

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Emanuelle de Toledo

A PRISÃO CAUTELAR COMO FORMA DE OBTENÇÃO
DO ACORDO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Passo Fundo

2017

Emanuelle de Toledo

A PRISÃO CAUTELAR COMO FORMA DE OBTENÇÃO DO ACORDO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Monografia apresentada ao Curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do Grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob a orientação do
professor Daniel da Silveira Menegaz.

Passo Fundo

2017

Ao meu orientador, Daniel da Silveira Menegaz, meus sinceros agradecimentos por ter compartilhado sua sabedoria, sem a qual seria impossível a elaboração e desenvolvimento deste trabalho. Aos meus pais, Adão Luiz de Toledo e Maria Cleonice Benedetti Toledo, exemplos de força e determinação, pelo amor, carinho e constante estímulo. Ao meu irmão, Ezequiel, pelo apoio de sempre.

Ao meu namorado, Lucas, pelo amor, afeto, paciência e por estar sempre vibrando pelas minhas conquistas.

A todos aqueles que, de uma forma ou outra, contribuíram para a realização deste trabalho.

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota”.

Theodore Roosevelt

RESUMO

A colaboração premiada é um meio de prova que visa contribuir, prestar auxílio ou cooperar no processo/investigação para a obtenção de informações retidas pelo acusado, que ao concordar com este instituto fará jus aos seus benefícios. No ordenamento jurídico brasileiro, não há lei específica que prevê a colaboração premiada. No entanto, ela é prevista no Código Penal e legislações. Para a eficácia da colaboração, além da previsão legal, é necessário que se cumpra o requisito da voluntariedade, o qual prevê que o agente colaborador somente poderá delatar de forma voluntária. Ao confrontar o requisito da voluntariedade, não há como não falar na modalidade de colaboração premiada obtida pelo colaborador preso cautelarmente. Eis, então, que gera a discussão, se a prisão do delator prejudicaria o requisito da voluntariedade. Sobre o assunto, diversos são os posicionamentos. Há a corrente que acredita que a prisão não afeta a declaração, uma vez que o acusado não será obrigado a colaborar, considerando o requisito da voluntariedade e da capacidade psíquica do colaborador no momento do acordo. Por outro lado, há outra corrente que entende que a prisão influi o estado psicológico, estando o colaborador em condições de vulnerabilidade. Em virtude do que foi mencionado, pode-se afirmar que, quando a prisão cautelar visa a obtenção do acordo de colaboração premiada, ferindo os direitos fundamentais do delator, reconhece-se uma inconstitucionalidade do objeto da colaboração, tornando-se um meio de prova ilícito, eis que se busca a verdade real no processo a qualquer preço.

Palavras-chave: Coação. Colaboração premiada. Prova ilícita. Prisão cautelar.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	9
2.1 Princípio da Proporcionalidade.....	9
2.2 A Prova no Processo Penal: conceito, sistemas, fases e ônus	13
2.3 A Admissibilidade da Prova Ilícita	17
3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS E PRISÕES CAUTELARES	22
3.1 Teoria Geral das Medidas Cautelares Diversas da Prisão.....	22
3.2 Prisão Temporária.....	27
3.3 Prisão Preventiva: requisitos e fundamentos	31
4. A OBTENÇÃO DA PROVA DECORRENTE DA COLABORAÇÃO PREMIADA.	36
4.1 Da colaboração premiada	36
4.2 Lei nº 12.850/13 (combate às organizações criminosas), Lei nº 9.807/99 (proteção as vítimas e testemunhas), Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos), Lei nº 11.343/06 (tóxicos).....	41
4.3 A prisão cautelar como forma de coação para a obtenção da colaboração premiada	45
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, devido ao aumento significativo das taxas de criminalidade, a segurança pública é um dos temas que mais preocupa o Estado democrático de direito no Brasil. Sendo assim, para tentar amenizar a deficiência do Estado no combate à criminalidade, criou-se o instituto da colaboração premiada, com o objetivo de beneficiar o acusado que traz provas eficazes para a elucidação da autoria e materialidade delitiva dos verdadeiros culpados no processo.

O referido instituto não possui lei específica que trata do tema, no entanto, possui previsão legal em inúmeras leis do ordenamento jurídico pátrio, como por exemplo, na Lei de crimes hediondos de nº 9.269/96, Lei de drogas de nº 11.343/06, Lei de proteção às vítimas e testemunhas e réus de nº 9.807/99, e agora, também na Lei de combate às organizações criminosas de nº 12.850/13.

Na aferição do acordo de colaboração premiada, muitas são as opiniões ao presente instituto. Sendo assim, quando se decide pesquisar sobre o assunto, não há como distanciar-se da crítica referente à prisão cautelar. Neste contexto, encontra-se o tema do presente estudo, que se concentra na seguinte indagação: As prisões cautelares vêm sendo utilizadas como forma de coação para a obtenção do acordo de colaboração premiada? Em caso positivo, havendo prova da coação por parte do Estado, as provas obtidas serão consideradas ilícitas, as quais serão nulas e desentranhadas do inquérito/processo.

Dessa forma, o objetivo é fazer uma pesquisa sobre o tema, haja vista os divergentes e atuais posicionamentos, os quais se encontram distantes de qualquer possibilidade de consenso. Busca-se elucidar os pontos favoráveis e contrários do acordo firmado pelo colaborador preso, bem como a licitude da prova obtida.

Preliminarmente, o primeiro capítulo refere-se sobre a importância do princípio da proporcionalidade, contexto histórico, conceito, previsão constitucional, dimensões e modalidades. Em seguida, serão abordados o conceito, sistema, fases e ônus das provas, dentro da esfera processual penal. Em momento posterior, o estudo será destinado ao conceito doutrinário de provas ilícitas, seus meios, causas, espécies, bem como as correntes doutrinárias que tratam do tema, tanto as que admitem ou não as provas ilícitas no processo.

No segundo capítulo, serão explanadas as medidas cautelares diversas da prisão, diante da Constituição Federal de 1988, bem como as mudanças advindas

com a lei nº 12.403/2011. Será feito um breve apanhado das medidas cautelares diversas da prisão, assim como a matéria contemplada no art. 282, do Código de Processo Penal, bem como os aspectos da prisão temporária, perante sua lei específica, lei nº 7.960/89. Ainda, serão abordados os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, interpelando os artigos, 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Por fim, no último capítulo, explanar-se-á a origem, conceito, natureza jurídica, prós e contras do instituto da colaboração premiada. Algumas das leis que preveem a colaboração no âmbito de aplicação da legislação brasileira e, finalmente, será proposta uma discussão acerca da legalidade da prisão preventiva como forma de coação para a obtenção da colaboração premiada.

2 A IMPORTÂNCIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

As provas são de suma importância no processo penal, haja vista que possuem como objetivo corrigir as informações que são trazidas para dentro do processo, bem como confirmar a existência ou não de alegações e fatos informados pelas partes. Dessa forma, no capítulo inicial, em um primeiro momento, tratar-se-á especificamente sobre a importância do princípio da proporcionalidade na aplicação das provas, contexto histórico, conceito, previsão constitucional, dimensões e modalidades da prova. Logo após, será elucidado o conceito, sistema, fases e ônus das provas, dentro da esfera processual penal. Por fim, ainda, será tratado o conceito doutrinário de provas ilícitas, seus meios, causas, espécies e as correntes doutrinárias que admitem ou não as provas ilícitas no processo.

2.1 Princípio da Proporcionalidade

De imediato, cumpre fazer um apanhado histórico sobre a origem, bem como a evolução do princípio da proporcionalidade. Em sua concepção, o princípio da proporcionalidade possuía como objetivo impor limites ao poder estatal, com relação aos particulares. Tratava-se de estabelecer uma relação de igualdade entre o “meio” e o “fim”, isto é, o objetivo da norma: a intenção de alcançar e a forma com que ela se fazia válida. A origem normativa é encontrada na Carta Magna de 1215, nos itens 20 e 21, quando dizia que: *“for a trivial offence, a free man shall be fined only in proportion to the degree of his offence”*¹ (ESTEFAN, 2010, p. 123). Também cumpre salientar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual em seu art. 8º veda a aplicação de penas a não ser que estrita e devidamente necessárias² (ESTEFAN, 2010, p. 123/124).

Desde o Iluminismo, procura-se subtrair na medida do possível toda a intervenção desnecessária do Estado na vida privada das pessoas, e são a partir das obras iluministas do século XVIII, que as ideias do Iluminismo e do Direito Natural passam a diminuir o poder opressivo do Estado, permitindo ao cidadão conquistar o seu espaço na sociedade (BITENCOURT, 2011, p. 54/55).

¹ “Por um crime trivial, um homem livre será multado apenas na proporção do grau de sua ofensa.”

² Art. 8º “A lei não deve estabelecer outras penas que não as estrita e devidamente necessárias.”.

O Código Criminal Brasileiro de 1830, com relação às Ordenações Portuguesas, já constituiu um avanço político social significativo, visto que cessou a tirania generalizada das fogueiras, dos pelourinhos, dos esqueletos estendidos sobre rodas, aderindo às ideias liberais que haviam dominado a França, Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte. No entanto, mesmo assim o juiz era limitado a identificar o fato e logo impor a pena no grau estabelecido, o magistrado não possuía poder de escolha, a proporcionalidade entre o fato e a pena a ser aplicada já estava expressamente na lei (BOSCHI, 2000, p. 63/85).

Com a República, embora tenha desaparecido a pena de morte, o Código de 1890 produziu um retrocesso ainda maior, pois limitou a função do juiz, acrescentando os três graus tradicionais da pena, quais sejam: “máximo”, “sub-máximo”, “sub médio”. Com a Reforma Penal da Lei nº 7.209/84, modernizando a parte geral do Código Penal de 1940, revogado pela Lei nº 6.578/78, identificando o espírito liberal, manteve-se as penas de reclusão, detenção e multa, bem como as penas restritivas de direito. Já, quanto ao processo de individualização judicial, se alcançou pela primeira vez o princípio da proporcionalidade (BITENCOURT, 2011, p. 54/55).

Atualmente não existe unanimidade na doutrina quanto ao fundamento legal do princípio da proporcionalidade, haja vista que não está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, porém, ele advém de regras básicas do Estado Democrático de Direito, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana. Existem algumas posições doutrinárias quanto à previsão na Constituição Federal de 1988, como por exemplo, art. 1º, *caput* (fórmula política do Estado Democrático de Direito); art. 1, inc. III (proteção da dignidade da pessoa humana); art. 5º, *caput* (princípio da igualdade); art. 5º, inc. XXXV (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”); art. 5º, inc. LIV (“devido processo legal”) e art. 6º (“direito social à segurança”) (BONFIM, 2012, p. 100).

Ademais, o princípio da proporcionalidade remete ao entendimento de que as penas aplicadas devem ser harmônicas com a gravidade da infração criminal cometida, pois seria totalmente desproporcional uma tentativa de furto simples, com uma elevada pena privativa de liberdade, ou até mesmo a aplicação de uma pena de multa para um crime de homicídio qualificado (NUCCI, 2012, p. 91).

Na doutrina discute-se, também, a natureza jurídica do princípio da proporcionalidade: se é um verdadeiro princípio ou uma norma-princípio. Dessa forma, vale ressaltar o posicionamento do doutrinador Edílson Mougenot Bonfim:

Assim, em caso de conflito de princípios funciona como método hermenêutico para dizer qual deles e de que forma prevalece sobre o outro princípio antagônico. Argumenta-se, dessa forma, ser o princípio da proporcionalidade, na verdade, um “princípio hermenêutico”, uma nova categoria, próxima ou análoga a um verdadeiro método de interpretação jurídico posto em prática sempre que houver a necessidade de restringir direitos fundamentais. Objetiva ser uma *restrição às restrições* dos direitos fundamentais por parte do Estado. Como o processo penal constantemente necessita contrabalançar valores e princípios que rotineiramente se opõem (ex.: o direito à liberdade do indivíduo e o dever do Estado de punir o culpado), o princípio da proporcionalidade tem grande e variada aplicação no processo penal, ainda que parte da doutrina e da jurisprudência resistam em aceitá-lo. Hoje, decisivamente, é francamente empregado nos países mais avançados da Europa e adotado largamente nas decisões prolatadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No Brasil, ainda que muitas vezes não obedeça a uma harmonia de método, confundindo-se inclusive com o “princípio da razoabilidade”. O STF já o reconheceu em variadas oportunidades (2012, p. 101).

A proporcionalidade se desdobra em três dimensões: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Com relação à adequação, deve ser analisado pelo legislador se o meio utilizado é o correto para o fim que é destinado a norma. Na dimensão da necessidade, deve-se analisar se os meios lesivos escolhidos pelo legislador são os mais eficazes, os menos danosos, isto é, não se justifica a utilização do direito penal quando em outros ramos do direito encontra-se a solução para a lide processual. Ainda, a necessidade busca não somente a proibição de excesso, como a vedação de proteção deficiente. Já, a proporcionalidade em sentido estrito, é quando se cuida de examinar a gravidade da sanção a ser imposta diante do crime praticado (ESTEFAN, 2010, p. 124/125).

Nesse sentido, Robert Alexy afirma que:

Os princípios da adequação e da necessidade dizem respeito à otimização dentro dos limites das possibilidades de fato presentes na situação específica. De outra parte, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas de otimização. A ponderação, em última análise, envolve a busca da solução ótima à vista de princípios concorrentes. A proporcionalidade em sentido estrito dá lugar a Lei de Ponderação, que pode ser assim enunciada: “Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro” (2014, n.p.).

Ainda, há duas modalidades do princípio da proporcionalidade no tocante à proibição do excesso (proteção vertical), bem como à proibição de proteção deficiente (proibição horizontal). A primeira é uma limitação do Estado a praticar quaisquer excessos nas restrições dos direitos fundamentais, possibilitando um controle nas ações do juiz. Já a segunda, também conhecida como princípio da proibição ou da infraproteção, não admite qualquer restrição dos direitos fundamentais, eis que o Estado estabelece em sua Lei maior a proteção dos bens e valores fundamentais, como por exemplo, direito à vida, liberdade, intimidade, honra, etc. (BONFIM, 2012, p. 103/104).

Além disso, há doutrinadores que relacionam o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade, os quais ensinam que o princípio da proporcionalidade mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Entretanto, tal posicionamento não é unânime na doutrina, pois cumpre fazer uma breve diferenciação (BITENCOURT, 2011, p. 57).

É com o princípio da proporcionalidade que se reconhece a transformação do “Estado Legal” para o “Estado Democrático de Direito”. Assim, define Edilson Mougnot Bonfim:

Ao atacar-se, portanto, o “princípio da proporcionalidade”, reconhecemos a transposição de um “Estado Legal”, onde há uma supremacia da lei, identificando-se o direito com a lei, tendo o Parlamento maior autonomia perante a Constituição – esta é apenas uma forte referência – para um “Estado Democrático de Direito” ou “Estado Constitucional”, no qual a Constituição passa a ter força normativa, impondo limites – nem sempre bem definidos, é verdade – ao Poder Legislativo e condicionado toda a estruturação do processo penal, de sua concepção legislativa à sua aplicabilidade prática ou concreta (2012, p. 106).

Sabe-se que a tarefa de alcançar a proporcionalidade não é nada fácil, ainda mais diante de uma sociedade com um grande número de infrações penais, tornando mais difícil o raciocínio do referido princípio. Pode-se dizer, que a “quase proporção” encontra-se no princípio de talião: “olho por olho e dente por dente”. No entanto, embora aparente proporcionalidade, este princípio ofende o princípio da humanidade, o qual é indispensável em uma sociedade em que se tem como fundamento do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana (inc. III. Do art. 1º da CF/88) (GRECO, 2012, p. 76).

A evolução dos tempos permite, em várias situações, violações do princípio da proporcionalidade, como por exemplo: o uso abusivo do poder de fazer leis,

resultando muitas vezes em contradições, falta de razoabilidade pelo excesso de criação de normas legais, inadequação dos meios e dos fins, se contrapondo aos diplomas legais com o chamado vício da inconstitucionalidade. No Estado Democrático de Direito a única forma de se não combater, ao menos questionar os excessos existentes, é por meio do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (BITENCOURT, 2011, p. 56).

2.2 A Prova no Processo Penal: conceito, sistemas, fases e ônus

Prova é todo o meio utilizado, através das partes, para se mostrar a existência de um fato e a conseqüente convicção do juiz, daquilo que se pretende provar com o processo. Nesse sentido, provar significa mostrar as outras pessoas algo que é estranho para elas, porém, de nosso saber (SHIDA, 2010, p.111). Segundo Vicente Greco Filho, “A palavra “prova” é originária do latim “*probatio*”, que por sua vez emana do verbo “*probare*”, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar” (2012, p. 208).

A prova é o mecanismo utilizado por todas as pessoas que intervêm na relação processual para comprovar os fatos alegados no processo, isto é, todas as informações que são entendidas pelas partes como fundamento para o exercício da proteção jurisdicional (BONFIM, 2012, p. 355). Entende-se por prova, tudo o que pode ser levado ao magistrado para a contribuição do seu próprio convencimento sobre os fatos discutidos no processo. Sendo assim, as provas levadas devem mostrar os fatos, bem como o próprio direito discutido na lide (ALENCAR; TÁVORA, 2009, p. 308).

As provas são os meios que buscam estabelecer a existência da verdade. Entende-se também, por prova, de ordinário, os elementos que são produzidos pelas partes do processo, ou até mesmo pelo magistrado, com a finalidade de determinar a vivência de fatos, possuindo como instrumento de verificação o chamado: “*themaprobandum*”³ (TOURINHO FILHO, 2009, p. 561).

Para Guilherme de Souza Nucci, o termo prova, possui três sentidos.

³ Conjunto de fatos a serem provados.

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (2012, p. 359).

A prova é um mecanismo que permite filtrar as diversas informações trazidas no processo, realizando uma escolha racional dentre as hipóteses que estão sendo discutidas, chegando mais perto da verdade de uma determinada alegação fática (BADARÓ, 2003, p. 161).

Quanto aos meios de prova, cabe dizer que é todo fato, documento, alegação que possa servir na solução da lide processual, de forma direta ou não, na busca da verdade real no processo, ou seja, é todo mecanismo utilizado pelo magistrado para chegar a um posicionamento sobre os fatos trazidos pelas partes (BONFIM, 2012, p. 360).

Além disso, Vicente Greco Filho pontifica que: “Meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato” (2012, p. 210). Fernando da Costa Tourinho Filho, também, conceitua os meios de prova, como: “tudo quanto possa servir, direta e indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, [...], tudo são meios de prova” (2009, p. 524).

Sobre o objeto da prova, cumpre salientar que é toda a circunstância, fato, argumentos, capazes de interferir na decisão do processo. Como, por exemplo: o “*quantum*” da pena, responsabilidade penal, medida de segurança, entre outros. Somente os fatos que trazem dúvidas no processo e que tenham relevância para o julgamento da causa é que devem ser alcançados pelas provas, como corolário do princípio da economia processual (CAPEZ, 2006, p. 282).

Já, em consonância com as palavras de Paulo Rangel, sobre o objeto da prova:

O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. Ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias (2006, p. 382).

O objeto da prova nada mais é do que os fatos, porém, nem todos precisam ser submetidos à atividade probatória, somente aqueles pertinentes ao processo. Nesse sentido, tem-se os fatos em que as partes possuem vantagem no processo ao dar conhecimento para o julgador. Já, os fatos impertinentes são aqueles não relacionados com a causa, devendo ser recusados pelo juiz, sob pena de se desenvolver uma atividade inútil (GRECO FILHO, 2012, p. 209).

No entanto, o direito à prova, mesmo sendo uma garantia constitucional do princípio do contraditório e da ampla defesa, possui limitações, pois a Constituição Federal de 1988 determinou claramente no inciso LVI, do art. 5º, que são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito no processo penal (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 30). No mesmo sentido, é o artigo 157, do CPP, com redação dada pela Lei 11.690/08 ⁴ (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 404).

Sobre o significado de provas ilícitas, entende-se as produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, ou seja, aquelas provas que violem as normas de Direito, bem como as que desrespeitam os princípios constitucionais. Dessa forma, essas provas não serão aceitas no processo penal. Como exemplos de provas ilícitas, cumpre salientar: a confissão obtida por meio de tortura, (Lei nº 9.455/97), a apreensão de documento realizado mediante violação de domicílio, (CP, art. 150), a captação de conversa por meio do crime de interceptação telefônica não autorizada por juiz competente (Lei nº 9.296/96, art. 10) e outras (CAPEZ, 2006, p. 286).

Ilícitas são todas as provas que forem colhidas contrapondo os direitos fundamentais estabelecidos no ordenamento jurídico. As que infringem as normas e princípios colocados pela Magna Carta como as leis para proteção das liberdades públicas e especialmente os direitos de personalidade, como por exemplo, o direito à intimidade (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2004, p. 161).

Edílson Mougenot Bonfim entende, em suma, como provas ilícitas: “As provas ilícitas seriam as violadoras de normas de direito constitucional material e processual, bem como a de norma legal de direito infraconstitucional material” (2012, p. 364).

Nesse sentido, o posicionamento de Fernandes, Gomes Filho e Grinover:

⁴ Art. 157 do CPP: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

A questão da denominada “prova ilícita” ubica-se juridicamente na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no procedimento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por essa investigação (2004, p. 156).

Quanto às provas, não serão admissíveis no processo os juízos divinos, crença sobrenatural. Esses são exemplos de provas ilícitas, visto que o meio não é previsto em lei e não é coerente com os princípios do processo moderno. A segunda hipótese de meio ilícito de prova é quando decorre da imoralidade ou da impossibilidade de produção da prova, como por exemplo, reconstituição de um grande incêndio. Já, a terceira hipótese de ilicitude é a que decorre da obtenção do meio de prova (GRECO FILHO, 2012, p. 211).

Ademais, a prova poderá ser considerada ilícita por diversas causas, bem como produzir-se em vários momentos, quais sejam: ser prova legalmente proibida; imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunhos entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais. Também pode produzir-se em diferentes momentos (antes ou durante o processo); operar em benefício do causador da ilicitude ou de um terceiro, ou finalmente, consistir em atuações de diferentes sujeitos (acusadores ou acusados) (DEU, 2011, p. 37).

Ainda, se faz necessário fazer a diferenciação da prova ilícita, já mencionada, e da prova ilegítima. Já, a prova ilegítima é quando a norma provocada tiver natureza processual, como por exemplo, o depoimento de uma testemunha obrigada a guardar sigilo por dever de função (CAPEZ, 2006, p. 285/286).

Por fim, mas não menos importante, cumpre mencionar a doutrina dos frutos da árvore venenosa ou teoria da prova ilícita por derivação e as provas derivadas, também conhecidas como doutrina da árvore envenenada (FEITOZA, 2008, p. 611).

A lógica da teoria é muito clara, e remete ao entendimento de que se a árvore está envenenada, os frutos que dela geram também estarão. Para esta teoria quando há uma prova obtida ilicitamente no processo, o vício se transmite a todas as provas produzidas *a posteriori*, eis que as contaminam com a mesma intensidade, devendo ambas as provas ser desentranhadas do processo. Como por

exemplo, é o caso de apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime (arma, carros), os quais só foram possíveis à apreensão através da escuta telefônica ilegal. No referido exemplo, mesmo que a apreensão dos objetos tenha sido originada de forma lícita, através de mandado de busca e apreensão, este ato é derivado do anterior, ou seja, da escuta telefônica ilegal, devendo ser desentranhadas do processo as provas colhidas (LOPES JR., 2014, p. 613/615).

O Supremo Tribunal Federal encontrava-se dividido sobre o posicionamento diante dessa questão. Inicialmente entendeu que não havia qualquer contaminação nesse meio de prova, e, portanto, válida se fazia a referida apreensão. Todavia, após alguns questionamentos reconsiderou o seu posicionamento passando a ser contrário a esse meio probatório e considerar vedada a prova obtida por meio ilícito (RANGEL, 2014, p. 477/481).

2.3 A Admissibilidade da Prova Ilícita

Grande parte da doutrina defende a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, tendo a regra do art. 5º, LVI, da CF/88, como absoluta, entendendo que jamais, poderá ser violada, eis que é inerente do Estado Democrático de Direito não admitir a prova ilícita do fato e conseqüentemente a punição do indivíduo (RANGEL, 2006, p. 427).

Os filiados à teoria da admissibilidade das provas ilícitas entendem que no momento em que há obtenção da prova ilícita dentro do processo, ocorre uma violação aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, não havendo qualquer possibilidade de relativização da vedação constitucional (LOPES JR., 2014, p. 609/610).

A proibição da utilização da prova ilícita possui uma razão simples, qual seja, advertir aos órgãos responsáveis pela produção de provas, que não adianta valer-se de meios ilegais para almejar uma possível verdade processual. Já, para a sociedade deve preponderar a ideia de que na relação do Estado com o indivíduo deve ser sempre respeitada e observada à ética do devido processo legal (NUCCI, 2008, p. 301).

O ingresso de uma prova obtida de forma ilícita no processo penal impõe a ela a sanção de nulidade. Ainda, se o juiz valorar a sua sentença com base na prova obtida ilicitamente violará não somente a regra do art. 5º, LVI, como também o inciso

IX, do art. 93, ambas da CF/88. A sentença baseada na prova ilícita será considerada uma sentença viciada, tendo como pena sua nulidade (RANGEL, 2006, p. 439).

Sendo assim, na inadmissibilidade da prova ilícita dentro do processo, ressoa tanto na vedação da sua colheita, quanto na proibição de sua colaboração dentro do processo, o que implica na sua exclusão ou desentranhamento dos autos. A consequência jurídica da prova ilícita dentro do processo vai depender da fase processual em que se encontram os elementos probatórios remanescentes (FEITOZA, 2008, p. 616)

Por outro lado, são raros os posicionamentos doutrinários que entendem a admissibilidade da prova ilícita no processo penal como meio de descoberta da verdade real. Ocorre que, a teoria da admissibilidade das provas ilícitas, hoje no Brasil, é uma posição que não encontra qualquer amparo na jurisprudência, isto porque nessa teoria, o responsável pela prova ilícita poderia utilizá-la no processo com o objetivo de defesa do réu, porém, responderia em outro processo pela eventual violação da norma de direito material. Sendo assim, ao invés da prova ser trazida com o intuito de dar um fim no fato que desencadeou a ação penal, o efeito seria o oposto, pois com a utilização da prova ilícita, ocasionaria um novo processo contra o réu (LOPES JR., 2014, p. 609).

No entanto, a proibição à admissibilidade das provas ilícitas não é absoluta, pois para grande parte da doutrina existe aceitação quanto ao critério da proporcionalidade, nos casos em que a vedação da prova ilícita se mostrar em aparente conflito com outra norma ou princípio constitucional (LENZA, 2012, p. 262). É nesse sentido que Aury Lopes Junior, faz uma crítica aos adeptos da “absolutização” da vedação das provas ilícitas. Veja-se:

A crítica em relação à “absolutização” da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos, Para nós, desde Einsten, não há mais espaço para tais teorias que tem a pretensão de serem “absolutas”, ainda mais quando é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e, principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que poderia prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade (2014, p. 610).

Entende-se que mesmo parecendo ser absoluta a regra do texto constitucional, esta possui exceções, uma vez que nenhuma regra constitucional é

absoluta, pois precisa conviver com outras regras e princípios também constitucionais. Assim, se faz necessário o peso entre os bens jurídicos constitucionais que estão em conflito a fim de verificar a admissibilidade ou não da prova obtida por meio ilícito (GRECO FILHO, 2012, p. 211).

Na jurisprudência alemã, também vigora o princípio da proporcionalidade, (*Verhältnismassigkeitprinzip*)⁵, sob o fundamento de que em alguns casos a utilização das provas ilícitas decorre de um direito do Estado, devendo preponderar em relação aos direitos individuais, já que muitas vezes o interesse da coletividade se sobressai, como por exemplo, nos casos de delitos de alta gravidade ou também nos casos de criminalidade organizada (LIMA, 2002, p. 46).

Na Inglaterra e na França, as provas obtidas ilicitamente, são utilizadas no processo. No entanto, serão punidos os responsáveis pela produção das mesmas. Portanto, nesses países corre-se o risco de haver certo incentivo a produção de provas ilícitas, isto porque há uma menor expectativa de punibilidade aos produtores da prova. Por outro lado, no direito americano, de onde se importa a vedação constitucional da admissibilidade das provas ilícitas, há uma vedação quase que absoluta da admissibilidade dessas provas quando produzidas pelos agentes do Estado, pois o princípio da razoabilidade está conectado ao controle do poder público, sendo utilizados princípios para afastamento da ilicitude, como é o caso do princípio da boa fé, na obtenção da prova (DE OLIVEIRA, 2015, p. 374/378).

A Constituição Federal de 1988 dedica um capítulo inteiro à proteção de direitos e garantias fundamentais, o simples entendimento de que uma norma beneficiaria toda uma coletividade, já seria o suficiente para tal norma preponderar sobre a tutela de um indivíduo e não do outro (RANGEL, 2014, p. 487).

A prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade faz com que em certos casos prepondere o interesse social em prol do interesse individual. Todavia, o perigo encontrado nesta teoria é imenso, isto porque o conceito do princípio da proporcionalidade é constantemente manipulado, como por exemplo, de inúmeros casos em que direitos fundamentais do indivíduo são restringidos, tendo em vista a supremacia do interesse público sobre o privado (LOPES JR., 2014, p. 610/611).

Nesses conflitos de normas, o critério mais utilizado para a resolução do caso concreto encontra-se na chamada ponderação de interesses. Tal critério procura a

⁵ Proporcionalidade

proteção mais adequada a um dos direitos que está em risco, porém, de forma menos gravosa ao outro direito. “O critério de preferência não pode ser axiológico, isto é, valorativo, mas, sim, deontológico, na medida em que ambas as normas devem ser cumpridas” (OLIVEIRA, 2015, p. 374).

A doutrina e a jurisprudência brasileira também admitem o princípio da proporcionalidade nos casos de admissibilidade da prova ilícita no processo, como forma de defesa do réu, ou seja, *pro réu*, mas nunca em favor da sociedade *pro societate*. Porém, pode haver casos onde deverá prevalecer a admissibilidade da prova ilícita em *pro societate*, como por exemplo, uma violação de correspondência, onde há a informação de fuga no presídio. Em suma, o juiz deverá analisar cada caso concreto, para sopesar se outra norma constitucional não supera em valor aquela que estaria sendo violada (LIMA, 2002, p. 47/48).

Sobre a prova ilícita *pro societate*, Denilson Feitoza, pontifica que:

Somente em situações extremas e excepcionais se pode admitir a utilização de prova ilícita *pro societate*, pois, do contrário, o Estado estaria sendo incentivado a violar direitos fundamentais, o que iria frontalmente contra a própria noção de provas ilícitas, que foram originariamente idealizadas e instituídas exatamente para dissuadir o Estado de violar direitos fundamentais. O princípio constitucional da legalidade, por sua vez, também não se prestaria a esse intento, pois sua função precípua de defesa é a de garantir direitos fundamentais em face do Estado e não o contrário (2008, p. 615).

Exemplo típico de confronto de normas de índole constitucionais é o direito à liberdade do indivíduo, na hipótese em que a prova que pode conceder o seu direito de locomoção é uma prova de menor importância, porém admitida ilicitamente. Nesse caso, deve sobrepor-se o direito à liberdade do indivíduo, eis que prevalece o princípio constitucional da ampla defesa em detrimento daquele que veda a utilização das provas ilícitas (LENZA, 2012, p. 262).

Logo, entende-se que um réu quando, para provar sua inocência em um processo judicial criminal faz uma interceptação telefônica, a liberdade de locomoção do acusado tem um peso maior que a inviolabilidade das comunicações telefônicas. Tal questão recebe um tratamento diferenciado na doutrina brasileira, por tratar de um caso de exclusão de ilicitude da conduta do réu que intercepta a ligação telefônica somente como forma de precaver a sua liberdade de ir e vir, agindo assim, em caso de estado de necessidade justificante (teoria da exclusão da ilicitude) (RANGEL, 2006, p. 438/439).

Em um Estado Democrático de Direito não há como se ter a prova de inocência do réu e ao mesmo tempo não aproveitá-la, isto porque o próprio Estado como zelador do princípio da dignidade da pessoa humana jamais poderá admitir a condenação do indivíduo que ele mesmo entende ser inocente (DE OLIVEIRA, 2015, p. 376). “Desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte o valor “justiça”, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal” (LOPES JR., 2014, p. 612).

Contudo, consoante o supracitado, as referências favoráveis à admissibilidade das provas ilícitas tanto *pro réu* quanto *pro societate* não podem ser utilizadas de forma absoluta, isto porque os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal podem ser flexibilizados, do que decorre a utilização da prova ilícita, desde que em favor dos próprios direitos fundamentais do indivíduo. Todavia, é imprescindível ter cautela para que não ocorra um incentivo ao réu de procurar e produzir essas provas, pois dessa forma, ocorreriam futuras violações dos direitos fundamentais, acarretando um efeito contrário ao real objetivo de admitir a prova ilícita no processo, qual seja a garantia da veracidade da prova produzida *pro réu* (FEITOZA, 2008, p. 613/615).

Esgotado a discussão sobre as provas no processo penal, no próximo capítulo tratar-se-á das medidas cautelares diversas da prisão.

3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS E PRISÕES CAUTELARES

O segundo capítulo tem por objetivo analisar as medidas cautelares diversas da prisão, diante da Constituição Federal de 1988, bem como das mudanças advindas com a lei nº 12.403/2011, a qual possui como aspecto inovador utilizar as medidas cautelares processuais de forma preliminar à prisão. A princípio, serão feitas breves considerações das medidas cautelares diversas da prisão, assim como a matéria agraciada no art. 282, do Código de Processo Penal. Ainda, será desenvolvido os aspectos da prisão temporária, perante sua lei específica, Lei nº 7.960/89, e finalmente, serão abordados os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, interpelando os artigos, 311, 312 e 313 do Código de Processo Penal.

3.1 Teoria Geral das Medidas Cautelares Diversas da Prisão

Preliminarmente, cumpre distinguir o conceito de prisão e de medida cautelar. Define-se prisão como: a privação da liberdade de locomoção da pessoa humana, a qual fica recolhida junto ao cárcere. O fundamento Constitucional da prisão está expressamente previsto no art. 5º, LXI, da CF/88⁶. Já a medida cautelar conceitua-se como um mecanismo que restringe a liberdade, de caráter temporário e imediato (NUCCI, 2012, p. 606/607).

O art. 319 do Código de Processo Penal especifica expressamente as medidas cautelares que são diversas das prisões, quais sejam: o comparecimento regular em juízo; proibição de acessar ou frequentar determinados lugares, de manter contato com certas pessoas; proibição de afastamento da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno, bem como nos dias de folga; suspensão de exercer função pública, ou atividade de natureza econômica; internação provisória do acusado para crimes cometidos com violência ou grave ameaça, quando tratar-se de inimputável, ou semi-imputável, com risco de reiteração; fiança e por fim, nos casos de monitoração eletrônica (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 428/429).

⁶ Art. 5º, LXI, da CF/88 “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

O sistema cautelar do processo penal sofreu alterações com a Lei nº 12.403/2011, na qual o legislador expressamente disciplinou a utilização das medidas cautelares de forma preferencial à prisão. Agora, com as medidas cautelares não se precisa mais optar pela mera manutenção da liberdade do acusado ou uma medida mais severa como a decretação da prisão (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 816/817).

Sendo assim, importante mencionar a Lei nº. 12.403/2011, e mais especificadamente, o disposto no artigo 282 do Código de Processo Penal, o qual disciplina a aplicabilidade das medidas cautelares.⁷ A Lei nº. 12.403/2011 entrou em vigor no dia 4 de julho de 2011 e teve como objetivo, evitar o confinamento provisório do indiciado ou acusado junto ao cárcere, nos casos em que não há necessidade de prisão (CAPEZ, 2015, p. 279).

Para a aplicação das medidas cautelares, deve-se observar a fundamentação expressa, tal qual, se encontra no art. 282, CPP, da Lei 12.403/2011. Todavia, existem requisitos para a decretação de medida cautelar, pois embora esta seja menos prejudicial ao acusado do que a própria prisão provisória, ainda irá representar no constrangimento do livre arbítrio, direito de ir e vir do cidadão. Por isso, não poderá ser aplicada de forma generalizada, devendo ser observados os

⁷ Art. 282, do Código de Processo Penal: “As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”. (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 420/421).

dois requisitos genéricos da necessidade e da adequabilidade (NUCCI, 2012, p. 608).

Os incisos I e II do artigo 282, CPP, dispõem que as medidas cautelares previstas neste título, deverão observar a necessidade, bem como a adequação. Sendo assim, primeiramente, será sempre inevitável verificar a necessidade de impor uma medida cautelar, que deverá ser a mais adequada ao caso concreto. Entendendo-se por mais adequada àquela que menos abale o direito de liberdade do acusado (BADARÓ, 2015, p. 953/954).

Os requisitos da necessidade estão previstos no inciso, I, *caput*, do artigo 282, CPP, da Lei 12.403/2011, e possuem mais de uma alternativa para a sua aplicabilidade, pois podem ser empregados para a aplicação da lei penal; para a investigação ou instrução criminal; ou para evitar a prática de infrações penais. O primeiro requisito trata da aplicação da lei penal em caso de condenação, neste ato o principal obstáculo é o caso de fuga do acusado. Assim, se houver provas concretas nos autos de possibilidade de fuga, deverá o juiz decretar prisão preventiva, se não, poderá o magistrado decretar medida cautelar alternativa (LOPES JR., 2014, p. 901/902).

Já o segundo requisito se refere à investigação ou instrução criminal. Neste caso, se o réu conseguir destruir provas do processo - como, por exemplo: ameaçar testemunhas- deverá ser imposta a prisão preventiva. Entretanto, se a liberdade desencadear apenas problemas na instrução do processo aplica-se medida cautelar alternativa (BADARÓ, 2015, p. 955).

Quanto ao último requisito, o qual descreve a precaução para o não cometimento de novas infrações penais, decreta-se medida cautelar especial, como a internação provisória (art. 319, VII, CPP) (NUCCI, 2012, p. 608).

A adequação, do inciso II, *caput*, do art. 282, CPP, está sendo empregada no sentido de “necessidade”, “subsidiariedade”, ou de “alternativa menos gravosa”. O dispositivo legal ainda é finalizado pelo § 6º, o qual expressamente aduz que a prisão preventiva será decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, ou seja, como a medida cautelar é menos gravosa e mais adequada do que a prisão, ela deverá ser analisada primeiramente, porém, caso não seja a mais apropriada ao caso concreto, a prisão será subsidiariamente decretada (BADARÓ, 2015, p. 954/955).

Nesse sentido, são as palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, sobre o requisito da adequação:

A adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Têm-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautelar que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista (2014, p. 819).

A regra da adequação deve ser aplicada nas medidas cautelares na lógica de menor restrição para a de maior restrição, como por exemplo: proibição de ausentar-se do país, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar noturno, comparecimento periódico em juízo e outras (BADARÓ, 2015, p. 955).

Para ser possível a imposição das medidas cautelares não se faz necessário que fique evidenciado nos autos do processo indícios suficientes de autoria, bem como a materialidade delitiva, pois estes requisitos somente são prescindíveis nos casos de prisão preventiva e para o oferecimento da denúncia ou queixa. Todavia, a prisão temporária pode ser decretada com pequenas provas de autoria e materialidade delitiva do acusado (NUCCI, 2012, p. 609).

O art. 282, *caput*, CPP, se omitiu em mencionar o princípio da proporcionalidade como uma das características das medidas cautelares. No entanto, a proporcionalidade em sentido estrito faz parte do próprio caráter da medida cautelar. Sendo assim, ao impor uma medida cautelar, o juiz deve sempre ponderar qual delas será mais adequada ao caso concreto, pois não será justo, prender cautelarmente quem ao final do processo, segundo a pena provável a ser imposta não será penalizado com uma pena passível de reclusão. Somente nos casos em que diante das provas colhidas no processo, ficar evidenciado a possibilidade de pena privativa de liberdade é que será adequada a decretação da prisão preventiva como medida cautelar (BADARÓ, 2015, p. 956/959).

Todavia, não será admitida a imposição de medidas cautelares nos casos em que não foi cominada pena privativa de liberdade para a infração penal (art. 283, § 1º, CPP). Nestes casos, o legislador foi cauteloso, se valendo do princípio da proporcionalidade, para que não houvesse em casos de condenação, medidas cautelares superiores e mais gravosas ao próprio resultado final do processo. Ainda, estas medidas se fazem inadequadas nas infrações de menor potencial ofensivo,

pois, para estes delitos já é previsto o processo conciliatório, bem como a transação penal e até mesmo a proposta de aceitação da suspensão condicional do processo (OLIVEIRA, 2015, p. 519).

Quanto ao tempo de duração da medida cautelar, não há lei criminal que expressamente disponha sobre a sua durabilidade. Sendo assim, as medidas cautelares podem ser aplicadas durante toda a investigação, sendo por órgão policial ou judicial. Entretanto, mesmo não havendo limite de tempo para a decretação da medida, deve-se ter cuidado, pois a dilação excessiva da cautelar poderá trazer constrangimento ilegal ao acusado, pois ainda que não decretada prisão, o indivíduo permanece com a sua liberdade de ir, vir e ficar, restringida a medida (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 818/819).

Cumprir frisar que há uma grande novidade na Lei 12.403/2011, art. 282, § 3º, qual seja, a previsão de um contraditório antes da decretação das medidas cautelares. O contraditório prévio deverá ser aplicado tanto para as medidas alternativas, quanto para a prisão, isto porque se o juiz decidir pela prisão do acusado sem a defesa prévia, a parte ré ainda poderá valer-se do seu direito de ampla defesa, fazendo com que a sentença do juiz possa vir a se tornar ineficaz (BADARÓ, 2015, p. 959/960).

As medidas alternativas ou até mesmo a prisão preventiva poderão ser revogadas, substituídas, ou até mesmo novamente decretadas, desde que observados os requisitos da necessidade e da adequação (LOPES JR., 2014, p. 813). Além disso, o art. 282, § 4º, CPP, autoriza a decretação da prisão preventiva nos casos de descumprimento da medida cautelar, até mesmo para os crimes que em tese não se espera uma pena privativa de liberdade (DE OLIVEIRA, 2015, p. 520).

O § 6º, do art. 282, CPP, aduz que a prisão preventiva somente será determinada em última alternativa, quando não for cabível outra medida cautelar, devendo-se privilegiar o meio menos gravoso para o réu (BADARÓ, 2015, p. 960). Aury Lopes Jr. nos diz que: “O dispositivo é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares” (2014, p. 817).

3.2 Prisão Temporária

A princípio, cumpre salientar, que a prisão temporária não sofreu alterações com a Lei nº 12.403/2011, porém, o art. 282, que se aplica para todas as medidas cautelares é aplicado à prisão temporária também, principalmente no tocante aos requisitos da necessidade, e adequação. A prisão temporária que foi criada pela Lei nº 7.960/89, em substituição a denominada prisão para averiguações, visou atender a pressão exercida pelos policiais, diante do novo contexto Constitucional, pois, acreditavam estar sendo inferiorizados ante a perda de alguns poderes, entre eles: o da prisão sem a intervenção judicial (LOPES JR., 2014, p. 901).

Sendo assim, a prisão temporária foi criada como forma de proteção às investigações do inquérito policial, consoante expressamente disposta no art. 1º, inc. I, da Lei 7.960/89. Assim, a partir da edição da Constituição Federal de 1988, a decretação da prisão temporária não poderá ser feita de ofício pelo magistrado, somente será permitida, mediante a representação da autoridade policial ou pela provocação do *parquet*, ou seja, caso provocada pela autoridade policial deverá o juiz dar vistas ao Ministério Público, para manifestação (DE OLIVEIRA, 2015, p. 544/545).

Cumpre mencionar ainda, que a referida prisão foi criada através da Medida Provisória nº 111, de 24/11/1989, possui um defeito genético. Eis que, foi criada pelo Executivo, o qual legislou (criou um novo tipo penal na Lei nº 4.898) sobre matérias de competência privativa da União (Congresso Nacional), quais sejam: Direito Processual Penal e Direito Penal, violando o disposto no art. 22, inc. I, da CF/88 (LOPES JR., 2014, p. 902).

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar conceituam a prisão temporária como:

A prisão de natureza cautelar, com prazo preestabelecido de duração cabível exclusivamente na fase do inquérito policial – ou de investigação preliminar equivalente, art. 283, CPP, objetivando o encarceramento em razão das infrações seletamente indicadas na legislação (2014, p. 744/745).

Para a decretação da prisão temporária, tornam-se necessários, além dos requisitos específicos da necessidade e da adequação, as demais situações

elencadas no art. 1º, incisos, I, II, III, da Lei 7.960/89⁸. A seguir, nas alíneas “a” / “p”, inúmeras infrações penais são arroladas, inclusive os crimes hediondos ou equiparados (NUCCI, 2016, p. 542/543).

O inciso I, do art. 1º, da Lei 7.960/89, “*periculum libertatis*”⁹ trata da necessidade na decretação da prisão temporária, haja vista que, se o indiciado ficar em liberdade poderá comprometer o sucesso das investigações no inquérito policial. Já, o inciso II, refere-se ao risco do comprometimento da investigação por não conseguir localizar o acusado, tendo em vista, não possuir residência fixa, ou por não estar reconhecido civilmente (LOPES JR., 2014, p. 901/908).

Cabe novamente ressaltar, que para ser imposta uma prisão cautelar, se faz necessário estar presente o requisito da necessidade. Sendo assim, deve haver um risco concreto do indiciado empregar fuga, pois o simples fato do acusado não possuir residência fixa, não serve de embasamento para a decretação da prisão. Estes seriam os casos dos ciganos ou ‘*sem terra*’, que não devem levar uma medida tão repugnante pelo simples fato de não possuir endereço permanente (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 746/747).

Além disso, no art. 1º, inc. III, da Lei 7.960/89, dispõe nas alíneas “a” / “p”, os crimes que se enquadram na decretação da prisão temporária. Cabe ressaltar que, os 14 crimes elencados nas alíneas são taxativos, ou seja, para os crimes que não estiverem discriminados no artigo, será ilegal a aplicação da prisão temporária, como por exemplo, homicídio culposo, estelionato, apropriação indébita e outros (LOPES JR., 2014, p. 905).

Por oportuno, cabe a reflexão: é necessária para o cabimento da prisão temporária a apresentação dos três incisos, do art. 1º, da Lei 7.960/89, ou apenas um, ou mais de um? Ao analisarmos o inciso II, estaremos diante de uma hipótese que é perfeitamente cabível ao próprio inciso I, eis que, se o indiciado não tiver residência fixa, ou não fornecer elementos suficientes à elucidação da sua própria identidade, se estará diante da impossibilidade das investigações do inquérito policial (inciso I), haja vista, que todas as investigações restarão prejudicadas.

⁸ Art. 1º, incisos, I, II, III, da Lei 7.960/89: inciso I caberá a prisão temporária: “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”. No inciso II, a letra da lei é: “quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. Por fim, no inciso III: “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”. (Lei 7.960, acesso em 10/02/2017).

⁹ Liberdade do acusado oferece perigo.

Então, entende-se não ser cabível a aplicação de apenas um inciso, para a decretação da prisão temporária, devendo o inciso I, ser lido em consonância com os demais incisos (DE OLIVEIRA, 2015, p. 545/547).

Nesta linha de entendimento, segue o professor e doutrinador, Aury Lopes Junior, Veja-se:

Os incisos devem ser interpretados em conjunto, de modo que só pode haver prisão de alguém suspeito de ser autor ou partícipe de algum daqueles crimes (cujo rol é taxativo), e quando imprescindível para a investigação. Logo, sempre deve estar presente o inciso III. Da mesma forma, a necessidade da prisão esta estampada no inciso I, de modo que a tal “imprescindibilidade para as investigações” não pode faltar. Contudo, tanto o inciso I como o inciso III, de forma isolada, não justificam a prisão temporária, somente quando combinados. O inciso II é completamente contingencial, ou seja, sozinho não autoriza a prisão temporária e sua combinação apenas com o inciso I ou apenas com o inciso III não justifica a prisão temporária. Mais do que isso, o inciso II acaba sendo absorvido pela “imprescindibilidade” do inciso I, sendo logicamente redundante (2014, p. 907).

Ademais, cabe cautela ao analisar que o inc. I, do art. 1º, da Lei 7.960/89, não tem a palavra “indiciado”, diferentemente dos demais incisos, o que leva à seguinte reflexão: No inciso I, é possível enquadrar a prisão temporária para qualquer outra pessoa, como por exemplo, uma testemunha? Entende a doutrina que não, pois o Código de Processo Penal possui norma própria para a testemunha, que deixa de comparecer (art. 218 do CPP). Além de que, a polícia poderá provocar o Judiciário solicitando mandado de condução para a testemunha se dirigir à delegacia e prestar os esclarecimentos necessários para a elucidação do caso. Dessa forma, não é razoável prender uma testemunha que deixou de comparecer à prática de ato administrativo (RANGEL, 2014, p. 846).

A prisão temporária pode ser decretada durante o inquérito policial, ou na fase de investigações, pois depois de ofertada a denúncia, não será mais cabível esta modalidade de prisão. O § 7º, do art. 2º, da Lei 7.960/89, nos diz que, após o término do prazo da prisão temporária, o acusado deverá ser colocado imediatamente em liberdade, salvo, se já estiver com sua prisão preventiva decretada (BADARÓ, 2015, p. 996). Além do que, o exaurimento do prazo, segundo o art. 4º, inc. I, da Lei n. 4.898/65, constitui modalidade específica do crime de abuso de autoridade (GONÇALVES; REIS, 2016, p. 421).

O prazo da prisão temporária difere dependendo o crime praticado. Nos casos dos crimes elencados na Lei nº. 7.960/89, o prazo de duração será de 05 dias,

prorrogáveis pelo mesmo período, caso comprovada a necessidade (art. 2, *caput*). Entretanto, tratando-se de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, drogas afins, terrorismo, o prazo será outro, qual seja de 30 dias, também sendo prorrogável por igual período, havendo grande necessidade (BONFIM, 2012, p. 528/529). Cabe mencionar, que em ambos os casos, o juiz poderá decretar prisão temporária por prazo inferior, ou prorrogá-la por menor tempo, desde que expressamente contemplado no despacho decisório (GONÇALVES; REIS, 2016, p. 421).

A fundamentação da prisão temporária está contemplada no art. 2º, § 2º, da Lei em comento ¹⁰. Sendo assim, a decisão do Juiz não se resumirá em mero despacho. Será uma decisão, onde todos os requisitos necessários para a decretação da privação da liberdade deverão ser evidenciados e fundamentados, conforme exigência Constitucional prevista no art. 93, inc. IX da Carta Magna (BADARÓ, 2015, p. 998).

Depois de efetuada a prisão, a autoridade terá que informar ao preso sobre os seus direitos Constitucionais (art. 2º, § 6º), sendo que uma das vias do mandado de prisão expedido será entregue ao detento que servirá como nota de culpa (art. 2º, § 4º). O preso detido na modalidade de prisão temporária deverá ficar apartado dos demais detentos (art. 3º). Todas as Comarcas e Seções Judiciárias irão dispor de plantão 24 horas, tanto o Ministério Público, quanto o Poder Judiciário, para a análise dos pedidos de prisão temporária. O indeferimento do pedido de prisão temporária irá acarretar em possibilidade de recurso em sentido estrito (art. 3º, c/c o art. 581, V, do CPP). No entanto, caso decretada a prisão temporária a decisão poderá ser recorrida por meio de *habeas corpus* (BONFIM, 2012, p. 529).

Por fim, destaca-se que além dos crimes elencados taxativamente no rol da Lei 7.960/89, também caberá prisão temporária para os crimes de terrorismo, tortura, crimes hediondos (art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90), crime de estupro de vulnerável (art. 217-A - Lei n.º 12.015/2009), bem como o crime de associação criminosa (Lei n. 12.850/2013) (GONÇALVES; REIS, 2016, p. 421).

¹⁰ Art. 2, § 2º, da Lei 7.960/89: “o despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento”. (Lei 7.960, acesso em 10/02/2017).

3.3 Prisão Preventiva: requisitos e fundamentos

A *priori* cumpre salientar que a prisão preventiva está expressamente prevista no art. 311 do Código de Processo penal.¹¹ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar conceituam a prisão preventiva como: “A prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução criminal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual” (2014, p. 732).

A lei 12.403/2011 alterou a redação do art. 311, pois antes da reforma da lei, constava o termo ‘inquérito policial’ no lugar de ‘investigação policial’, e, o termo ‘instrução criminal’, foi substituído por ‘processo penal’. Entende-se a importância dessa mudança de termos, haja vista, que a expressão investigação policial e processo penal são mais abrangentes, englobando todo o procedimento administrativo das investigações, bem como todo o curso do processo (RANGEL, 2014, p. 803/804).

A legitimidade da prisão preventiva estende-se ao Ministério Público, ao querelante e ao assistente de acusação. Quanto ao assistente de acusação, tanto ao Ministério Público nos casos de ação penal pública, quanto o querelante nos casos de ação penal privada, entende a doutrina ser incompatível a sua legitimidade, isto porque, somente a parte acusadora é quem pode promover a ação penal. Uma vez que pode acontecer do Ministério Público ou do querelado, quais sejam as partes principais, opinarem contra a decretação da prisão e o assistente de acusação manifestar-se favoravelmente a mesma (BADARÓ, 2015, p. 973).

A prisão preventiva, se atender todos os requisitos legais, poderá ser decretada sem instauração do inquérito policial, ou, até mesmo, antes do trânsito em julgado da sentença, desde que escrita e fundamentada pela autoridade judicial competente. Cumpre mencionar ainda, que a prisão preventiva é medida de exceção, devendo somente ser promulgada nos casos em que ficar comprovada a real necessidade do cárcere, devendo ser interpretada a luz do princípio da presunção da inocência (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 732).

¹¹ Art. 311 do Código de Processo Penal: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 426).

A prisão preventiva não pode ser decretada de ofício pelo juiz, no momento do inquérito policial, somente depois que houver a provocação da Jurisdição pelo órgão acusador, ou seja, no curso do processo. O juiz poderá manifestar-se no momento do inquérito, somente se houver requerimento do Ministério Público, do querelante, assistente ou pela representação da autoridade policial competente. O requerimento do *parquet* poderá ou não ser aceito pelo magistrado, caso não for acolhido, caberá recurso em sentido estrito (art. 581, inc. V, do CPP), se aceito for, caberá pedido de *habeas corpus* (art. 648, do CPP) (RANGEL, 2014, p. 805/806).

Todavia, uma vez provocada a Jurisdição por meio de denúncia do Ministério Público, ou queixa-crime do ofendido, poderá o juiz decretar de ofício a prisão preventiva, caso entender necessária, para conservar a prova, o resultado do processo e a segurança da sociedade (LIMA, 2011, p. 1.315).

Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a prova da existência de crime, com a materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria ou participação. A comprovação da materialidade delitiva pode estar evidenciada em várias formas, como por exemplo: exame pericial, laudo de necropsia, documentos, interceptação telefônica, entre outras. Já, para os indícios de autoria são necessários provas, mesmo que mínimas, mas que vinculem o agente ao delito (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 732).

O art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, especifica os requisitos e os fundamentos da prisão preventiva.¹² Sendo assim, cumpre fazer uma análise das hipóteses de cabimento da prisão. De maneira inicial, cabe explicar a “garantia da ordem pública”, a qual pode ser comparada como um sinônimo de “clamor público”, nos casos de crimes que geram uma grande repercussão social. Há quem entenda a prisão como uma forma de punição a omissão da Polícia, Poder Judiciário e Ministério Público. Ainda, há quem justifica a prisão como uma forma de segurança a integridade física do acusado, diante do risco de linchamento. Por fim, ainda teria o caso de que o denunciado fosse acusado de inúmeros crimes, então, a prisão o impediria de delinquir novamente (LOPES JR., 2014, p. 854).

A expressão “ordem econômica” refere-se à prisão do acusado que comete crimes que pode comprometer o livre exercício das atividades econômicas, com

¹² Art. 312, *caput*, do Código de processo penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

abuso de poder econômico, buscando a soberania dos mercados, com a consequente supressão da concorrência, bem como o aumento imotivado dos juros (RANGEL, 2014, p. 808).

A conveniência da instrução criminal aborda a livre instrução probatória, pois aqui o estado de liberdade do acusado pode colocar em risco as provas do processo, como por exemplo, ameaçar testemunhas, vítimas, peritos, destruir provas, alterar o local do crime, dentre outras possibilidades (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 734/735).

No tocante à prisão como forma de assegurar a aplicação da lei penal, entende-se como um meio de garantir a aplicação da pena imputada, após a sentença penal condenatória. No entanto, para a decretação da prisão por risco de fuga, deve haver no processo indícios suficientes e circunstâncias concretas para a eficaz admissibilidade da medida (LOPES JR., 2014, p. 856/857).

A doutrina discute o efeito da prisão preventiva como garantia da ordem pública, isto porque o “clamor público” não seria suficiente para a decretação da prisão, haja vista que a prisão não serviria como uma garantia legal do processo, mas como uma forma de proteção à coletividade como um todo. Ainda, haveria violação do princípio da presunção de inocência, pois como forma de garantia da ordem pública, estar-se-ia partindo de um convencimento antecipado de culpa do agente (DE OLIVEIRA, 2015, p. 556/559).

A lei nº 12.403/2011 acrescentou no parágrafo único, do artigo 312 do CPP, a previsão de decretar prisão preventiva, em caso de descumprimento de qualquer medida cautelar alternativa à prisão¹³ (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 426).

Sobre o tema, é o posicionamento do doutrinador Gustavo Henrique Badaró:

A nova situação do parágrafo único, de descumprimento de medida alternativa, permite uma prisão preventiva em substituição à medida alternativa descumprida. Ou seja, não se trata de situação em que desde o início, permitiria decretar a prisão, preventiva. Ao contrário, exige uma situação originária, de necessidade de tutela cautelar, mas que encontre adequação em medida alternativa à prisão, e é justamente o descumprimento de tal medida, originariamente adequada (por exemplo, proibição de sair da comarca), que implicaria reforço, da necessidade de cautela com exigência de medida mais restritiva, no caso, a prisão (2015, p. 985).

¹³ Art. 312, PÚ, do CPP, “A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º)”.

Sendo assim, verificado o descumprimento da medida cautelar e a imposição da prisão preventiva, ao acusado deverá ser assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa. O magistrado necessitará fundamentar as razões pelas quais entendeu a substituição da medida pela imposição da prisão, com observância aos critérios da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade (LIMA, 2011, p. 1336).

A prisão preventiva não será decretada, se o juiz entender que o fato foi praticado com excludente de ilicitude, mesmo que presentes todos os requisitos da prisão cautelar, o investigado permanecerá em liberdade (BADARÓ, 2015, p. 975).

Será admitida nos casos previstos no art. 313, CPP ¹⁴, na nova redação do inciso I e nos crimes dolosos, com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, não sendo admissível nos crimes culposos e nas contravenções penais. Além do mais, o legislador admite a prisão preventiva nos crimes cometidos com pena de reclusão e não com detenção, isto porque a maioria dos crimes com penas superiores a quatro anos, são punidos com regime de reclusão (RANGEL, 2014, p. 810).

Quanto ao inciso II, percebe-se que, independentemente de o crime ser superior ou inferior a quatro anos, ser punido com detenção ou reclusão, a prisão preventiva poderá ser decretada, se o acusado for reincidente em crime doloso. No entanto, caso já tenha cessado os efeitos da reincidência que terminam entre a data do cumprimento da pena ou de sua extinção e o novo delito (pelo qual se requer a prisão preventiva), já tiver se passado cinco anos, não será mais cabível a prisão preventiva (LOPES JR., 2014, p. 860).

Gustavo Henrique Badaró ensina sobre o inciso III, do art. 313, CPP, aduz que o referido inciso se refere aos casos em que: “a prisão se destinará a garantir a execução de medidas protetivas que já tenham sido decretadas, mas tenha havido descumprimento ou haja concreto perigo de descumprimento” (2015, p. 986).

¹⁴ Art. 313, da lei n°. 12.403/2011. “Nos termos do art. 312, deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – (revogado).

Parágrafo único: Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade, após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (NR)”. (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 426).”

Menciona ainda, que o inciso III, tem como abrangência os crimes com pena inferior a quatro anos, que resultem de violência doméstica, pois os crimes que possuem pena superior a quatro anos, já estão abrangidos no inc. I, do art. 313 (BADARÓ, 2015, p. 986/987).

Por fim, o parágrafo único, do artigo em comento, traz a previsão da prisão preventiva ao imputado em que há dúvidas com relação à sua identidade civil. Entende a doutrina que o presente artigo deve ser interpretado em consonância com o disposto na Lei nº. 12.037/2009. A Lei nos leva a regra de que o civilmente identificado (RG, CPF, Passaporte) não será submetido à identificação criminal (processo datiloscópico e fotográfico), exceto, nos casos listados nos incisos do art. 3º, que mesmo com a identificação civil, deverá o agente ser submetido à identificação criminal (BONFIM, 2012, p. 520/253).

Após a análise das medidas cautelares diversas da prisão, bem como da prisão temporária e prisão preventiva, na sequência trataremos sobre a obtenção da prova decorrente do acordo da colaboração premiada e ao final, sobre a prisão cautelar como forma de obtenção do acordo da colaboração premiada.

4. A OBTENÇÃO DA PROVA DECORRENTE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Neste último capítulo, abordar-se-á origem da colaboração premiada, seu conceito, natureza jurídica, e os consequentes prós e contras do instituto. Ainda, serão esclarecidas algumas das leis que preveem a colaboração no âmbito de aplicação da legislação brasileira e, finalmente, será proposta uma discussão acerca da legalidade da prisão preventiva como forma de coação para a obtenção do acordo da colaboração premiada.

4.1 Da colaboração premiada

O instituto da colaboração premiada teve origem no direito penal Italiano, bem como no direito norte-americano, inserindo-se, visivelmente no mecanismo da transação penal, com o objetivo de por meio de uma investigação em conjunto com o acusado, obter provas até então obscuras no processo (MACHADO, 2014, p. 536).

Na Itália, a colaboração premiada surgiu em meados da década de 70 e seu principal propósito era atacar o terrorismo político que assombrava a todos os cidadãos da época. *A posteriori*, passou a ser utilizada nos crimes de extorsão mediante sequestro, trazendo enorme aborrecimento de italianos penalistas que acreditavam que a colaboração nos crimes de processo comum atingiria os princípios da legalidade, da igualdade, da ampla defesa e do contraditório (MOREIRA FILHO, 2015, p. 384).

O direito brasileiro adotou o instituto da colaboração premiada como um meio de prova. No entanto, não se encontra expressamente disposto no Código de Processo Penal e nem em lei específica, sendo encontrado no art. 159, § 4º, CP (extorsão mediante sequestro) e em leis espalhadas por todo o ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo: nas leis de organização criminosa, de crimes hediondos, de proteção a vítimas e testemunhas e de tóxicos (MACHADO, 2014, p. 536).

Tal instituto foi introduzido no Brasil, logo após o sequestro do empresário Abílio Diniz, pela Lei 8.072/1990 (crimes hediondos e assemelhados). No final dos anos 80, mesmo já tendo sido instituído, era pouco utilizado, pois como no exemplo de crime de extorsão mediante sequestro era registrado mais de 20 sequestros por

dia. Tal fato fez com que a colaboração premiada disseminasse para outros tipos de crimes, como no caso de organizações criminosas e crimes contra o sistema financeiro (MOREIRA FILHO, 2015, p. 384).

Guilherme de Souza Nucci, conceitua o termo colaboração premiada como: “prestar auxílio, cooperar, contribuir, associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa [...]” (2015). Sendo assim, nesse instituto o autor ou partícipe poderá confessar a prática criminosa, revelando ainda, a concorrência de outro(s) participante(s), fazendo com que o Estado conheça fatos até então desconhecidos no processo, ampliando seu conhecimento quanto à autoria e materialidade delitiva dos verdadeiros responsáveis da infração penal, beneficiando-se o colaborador com a redução da sua pena, a qual poderá variar dependendo do tipo de infração cometida (NUCCI, 2015).

Ainda assim, cabe mencionar o conceito de delação estabelecido por Walter Barboza Bittar:

Etimologicamente delação advém do latim *delatione*, e significa a ação de delatar, denunciar, revelar, etc. No entanto, a palavra delação, de modo isolado, pode ter dois significados nas ciências penais, restando necessária uma breve distinção de sentidos da palavra. Num primeiro momento, delação, na sua acepção de denunciar, deve ser entendida, no sentido de *delatio criminis*, ou seja, seria o conhecimento provocado, “por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso”. Neste sentido, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já, em sua acepção de revelar, se poderia entender a delação como sendo a conduta do participante que efetua “a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia”. É nesse sentido, que se encontra a figura dos colaboradores ou, no Direito Italiano, dos arrependidos (*pentiti*) (2011, p. 4/5).

Dessa forma, pode se afirmar que a colaboração premiada é um acordo entre as partes do processo, haja vista que podem negociá-la livremente, sem qualquer intervenção Estatal. Entretanto, difere de um acordo propriamente dito, pois naquele nem sempre se faz necessário à homologação judicial. Já, na colaboração, sempre fará jus a validação do acordo pelo juiz, o qual não pode interferir no conteúdo, mas analisará o seu aspecto formal e legal (MENDRONI, 2014, p.131).

A colaboração nada mais é do que um prêmio concedido ao investigado, indiciado, acusado, ou condenado, que garante a diminuição ou liberação da pena (perdão judicial), diante da confissão ou pela ajuda nos processos que estão sendo investigados, desde que prestada de forma voluntária do delator. Sendo assim, as

condutas do “delinquente arrependido”, resume-se em confessar sua autoria, revelar à justiça a identidade dos outros participantes do fato ou até mesmo apresentá-los (BITTAR, 2011, p. 5/6).

Para que a prova obtida na colaboração seja válida é necessário que seja ofertado o contraditório, ou seja, o colaborador deverá estar acompanhado de seu advogado no dia das declarações, oportunizando a este que faça perguntas para aquele. Ainda, caso o advogado não compareça no dia da audiência, se necessário, poderá ser marcada nova data para a realização da oitiva, para que o procurador possa participar da audiência garantindo a ampla defesa do colaborador (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 568). Ademais, o STF reconheceu o direito dos corréus através de seu advogado realizar reperguntas aos demais denunciados, garantindo o seu direito do contraditório (GONÇALVES; REIS, 2017, p. 303).

Ao contrário da testemunha, que no processo penal é compromissada de dizer a verdade sob pena de cometer o delito de falso testemunho, para o colaborador não será necessário tal responsabilização, eis que no momento em que mentir não fará jus aos beneplácitos da delação. Além do mais, a declaração mentirosa poderá resultar na imputação de novo processo criminal, como por exemplo, os crimes de denunciação caluniosa e contra a honra (BITTAR, 2011, p. 175).

A colaboração pode ocorrer tanto na fase de investigação como em juízo. Quando ocorrer no inquérito, o delegado após representar pela delação encaminhará os autos ao Ministério Público, para que apresente a sua manifestação. Já, o *parquet* quando optar pelo perdão do instituto da colaboração se valerá do inquérito e encaminhará diretamente para o magistrado. O perdão não poderá ser concedido de ofício pelo juiz, devendo este ser provocado. Quando a autoridade policial manifestar-se pela concessão do perdão, e o Ministério Público entender não ser cabível tal beneplácito, os autos serão encaminhados para o juiz para que invoque a intervenção do Procurador Geral de Justiça, afim de que se pronuncie sobre a concessão da colaboração. Se entender cabível, serão delegados os autos a outro Promotor de Justiça para que se manifeste sobre o perdão. Cabe citar que o perdão pelo Ministério Público pode ocorrer desde a fase de investigação até a decretação da sentença (NUCCI, 2015).

Ademais é de suma importância analisar se a voluntariedade do acusado que decidiu colaborar não fora alterada de forma indireta ou direta, tendo em vista que

possui o direito de permanecer calado ou não produzir provas contra si mesmo. No entanto, se a vontade de colaborar for voluntária, as provas trazidas nas suas declarações poderão ser utilizadas no processo sem qualquer limitação, não havendo qualquer impedimento no benefício amparado pela colaboração. Ocorre que, no ordenamento jurídico brasileiro pouca importância é dada para a vontade de colaborar do suposto infrator, eis que o mesmo encontra-se preso e para ser livre pode optar pelo instituto da colaboração (BITTAR, 2011, p. 230/231).

Sobre o valor da prova obtida por meio da colaboração, entende Guilherme de Souza Nucci:

O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio. Diante disso, é inviável lastrear a condenação de alguém baseado unicamente numa delação. É fundamental que esteja acompanhada de outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão. Note-se o disposto pelo art. 4.º, § 16, da Lei 12.850/2013: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador (2015).

Quanto aos beneplácitos da colaboração para o colaborador, as leis brasileiras preveem quatro possibilidades, quais sejam: não aplicação da pena, diminuição de um a dois terços da pena, cumprimento inicial da pena em regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Cabe citar, que não há ainda qualquer critério tanto na lei quanto na jurisprudência que esclareça qual benefício deverá ser utilizado para cada tipo penal, devendo o juiz analisar o caso concreto em consonância com o princípio da ponderação, buscando sempre estabelecer da forma mais justa possível à decretação da regalia para o delator (BITTAR, 2011, p. 167).

Observa-se que os benefícios da colaboração, só poderão ser alcançados ao acusado se realmente forem eficazes no processo, pois devem ser suficientes para o esclarecimento de fatos ocorridos, como por exemplo, a descoberta de objetos, a apreensão de produtos do crime, a localização da vítima com sua integridade física preservada e outros. O beneplácito da colaboração somente será eficaz por sentença judicial fundamentada. Desta forma, uma colaboração mentirosa, não terá o poder de diminuir ou perdoar a pena do colaborador, não resultando para o réu qualquer benefício, fazendo com que os argumentos de que a colaboração é

utilizada como forma de estimular a calúnia, perca sua justificativa (MACHADO, 2014, p. 538).

Quanto à natureza jurídica da colaboração premiada, entende Walter Barboza Bittar: “[...] por estar prevista em diversos diplomas legislativos no ordenamento jurídico pátrio, inclusive como visto no Código Penal, é um meio de prova nominado. No entanto, irá se tratar de um meio de prova nominado *sui generis*” (2011, p.174). O termo *sui generis* advém do fato de não possuir a colaboração uma lei específica, então, aplicar-se-ão as regras estabelecidas no Código de Processo Penal, quanto ao interrogatório, confissão, oitiva de testemunhas e outras (BITTAR, 2011, p. 174/175).

Entende-se que a colaboração possui pontos contrários e favoráveis a sua utilização. Sobre os pontos negativos cabe ressaltar alguns apontamentos, quais sejam: possibilidade de corromper o princípio da proporcionalidade, haja vista que o colaborador pode receber penas mais brandas que os delatados, mesmo que tenha comportamento mais grave que aqueles; não se pode utilizar o pensamento de que os fins justificam os meios, na dimensão de que estes podem ser imorais; incentivo a delações mentirosas e outros (NUCCI, 2015).

Ainda sobre pontos desfavoráveis da colaboração, há doutrinadores que entendem que esse meio de obtenção de prova seria um meio antiético, ante a sua imoralidade no momento da sua aquisição, compreendendo o direito como justo, correto, não se harmonizando com a conduta do colaborador eis que muitas vezes provoca desentendimentos, mentiras, maldades, traição. Argumenta-se também, que a declaração do colaborador não possui o mesmo peso probante de qualquer outra testemunha, haja vista que se torna vantajoso para o colaborador fazer recair todas as acusações em cima de outra pessoa para que possa fazer jus aos “favores da lei” (MACHADO, 2014, p. 538).

No que pese ser inegável a consistência dos argumentos mencionados cabe, no entanto, explanar também os pontos positivos do instituto da colaboração, quais sejam: no mundo criminoso a ética é ponto secundário a ser analisado, eis que muitas vezes o indivíduo, bem como bens jurídicos tutelados pelo Estado já se encontram corrompidos; não há qualquer prejuízo ao princípio da proporcionalidade, eis que a pena a ser aplicada será baseada na culpabilidade do agente; a delação como forma de “traição por bons propósitos”, visto que estaria sendo utilizada em desfavor ao delito e em benefício do Estado; os fins justificam os meios quando

legalizados e inseridos no ordenamento jurídico; a colaboração é apenas uma condição diversa da transação; embora exista a colaboração mentirosa o colaborador poderá ser rigorosamente punido (NUCCI, 2015).

Igualmente, cabe ressaltar que muitas vezes a colaboração cumpre papel fundamental na descoberta dos verdadeiros culpados no processo, sendo decisiva para o conhecimento de crimes graves, bem como de crimes cometidos pelas facções criminosas. É comum que com o instituto da colaboração, o réu confesse a sua conduta delitiva e também indique outros envolvidos que verdadeiramente, participaram dos fatos, sem que essa declaração seja aética ou imoral, eis que não se pode presumir que o colaborador sempre faltará com a verdade o que, conseqüentemente, não lhe ensejará a responsabilização por qualquer tipo penal (MACHADO, 2014, p. 538).

4.2 Lei nº 12.850/13 (combate às organizações criminosas), Lei nº 9.807/99 (proteção as vítimas e testemunhas), Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos), Lei nº 11.343/06 (tóxicos)

Consoante o já mencionado no sub capítulo a colaboração premiada não está expressamente prevista em uma Lei específica, evidenciando-se, no entanto, em diversos diplomas legais Nacionais, como na Lei de crimes hediondos de nº 9.269/96, Lei de drogas de nº 11.343/06, Lei de proteção às vítimas e testemunhas e réus de nº 9.807/99 e agora também na Lei de combate às organizações criminosas de nº 12.850/13 (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 182).

Preliminarmente, cumpre fazer breves considerações sobre a Lei nº 12.850/2013, a qual revogou expressamente a Lei nº 9.034/1995. A antiga lei previa que a pena do agente colaborador poderia ser reduzida no mínimo de 1/3 a 2/3, desde que colaborasse de forma eficaz para o processo. Ainda, tal colaboração poderia ocorrer em qualquer momento do processo, até mesmo após o trânsito em julgado. Tais hipóteses foram alteradas pela nova Lei, o que será objeto de discussão no decorrer do capítulo (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 569).

Com a entrada em vigência da Lei nº 12.850/13, qual seja a lei de combate às organizações criminosas, esta passou a utilizar o termo, até então conhecido como delação premiada, para colaboração premiada. No tocante a esta lei, são três os benefícios que poderão ser concedidos pelo juiz ao colaborador, quais sejam: o

perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade até 2/3 ou ainda, a substituição por pena restritiva de direitos, conforme expressamente mencionado no art. 4º da Lei em comento. A aplicação do benefício à pena do colaborador dependerá do caso concreto, mas sempre em consonância com o princípio da proporcionalidade. A todo o momento será observada a eficácia da declaração obtida por meio da colaboração, a qual poderá ser corroborada com a juntada de documentos, vídeos, áudios incriminadores, elucidação das formas de atuação da organização criminosa, crimes executados e outras formas (MENDRONI, 2014, p. 130/133).

Tal instituto poderá ser ofertado em qualquer momento. No entanto, deverá ser observado que havendo colaboração, após sentença penal condenatória, ainda que não tenha transitado em julgado, a pena poderá ser diminuída até a metade ou permitido a progressão de regime. Após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, será necessário entrar com recurso de revisão criminal pleiteando qualquer uma das formas de benefícios da colaboração (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 568/570).

Conforme mencionam Eduardo Luis Santos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Nahur, para a concessão do benefício da colaboração ainda se faz necessário: “analisar a personalidade do colaborador, sua sinceridade, sua boa-fé naquele momento em específico, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso, bem como a eficácia da colaboração” (2014, p. 198). Consoante expressamente disposto no art. 4º, § 1º, da lei de combate às organizações criminosas (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 198).

O art. 4, § 6º, da Lei nº 12.850/13, prevê que o magistrado não participará das negociações em respeito ao princípio da imparcialidade do juiz, podendo exercer apenas um controle judicial, onde analisará se estão presentes todos os requisitos legais sobre o acordo, sendo que se entender necessário poderá até mesmo adequá-lo para a *posteriori* homologação por ele (MACHADO, 2014, p. 541/542). Ademais, quanto ao perdão judicial e ao quantum da pena a ser fixada deverão ser admitidos pelo Ministério Público, de acordo com suas próprias avaliações ao caso específico, eis que é o propósito do Princípio do Consenso (manifestação da sua própria vontade) (MENDRONI, 2014, p. 130/133).

Ainda deve ser levada em consideração a possibilidade de suspensão do oferecimento da denúncia pelo prazo de seis meses após a colaboração,

prorrogáveis pelo mesmo período, desde que necessário para as investigações das declarações. Durante a suspensão do processo, o prazo prescricional também restará suspenso. Igualmente, poderá entender o Ministério Público por não ofertar a denúncia desde que concluir não ser o agente o líder da organização criminosa ou caso em que o colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 569).

Se realizado o acordo, deverá o mesmo ser reduzido a termo e conter todas as informações nos termos do art. 6º da Lei, sendo encaminhado ao juiz, acompanhado das declarações do colaborador e cópia da investigação para a sentença homologatória. O termo deverá ser lavrado em autos apartados, como incidente, devendo ser distribuído sigilosamente a um juiz, no entanto, caso o inquérito ou processo já possua juiz prevento deverá ser remetido ao mesmo, requerendo a homologação do acordo. Além do mais, deverá ser preservado o sigilo do acordo, necessitando o mesmo ser envelopado e encaminhado diretamente ao magistrado, com o prazo previsto de 48 horas para a análise do feito. Dessa forma, o acesso ao feito será restrito ao juiz, ministério público, delegado de polícia, bem como do advogado do agente, desde que, autorizado pelo magistrado, salvo, quanto às diligências em andamento (NUCCI, 2015).

Além dos benefícios advindos com a colaboração, o acusado será ainda amparado pelas medidas asseguradas à proteção às vítimas e testemunhas elencadas na Lei 9.807/99, a qual dispõe sobre a proteção dos acusados que tenham colaborado com a justiça, por meio da delação. No seu artigo 13, prevê expressamente a possibilidade de perdão judicial para o réu que tenha colaborado com a justiça, mas com a condição de que o colaborador seja réu primário e desde que sua colaboração seja voluntária e efetiva na investigação ou no processo criminal (MACHADO, 2014, p. 537).

Ainda no artigo 14 da Lei nº 9.807/1999, está previsto a redução da pena de 1/3 a 2/3, não prevendo como no art. 13 a extinção da punibilidade. Assim, caso não possua o colaborador os requisitos da primariedade, personalidade favorável, poderá pleitear ainda pelo disposto no art. 14, tendo a redução da pena (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 571).

Quanto a Lei de nº 8.072/1990, qual seja, a lei de crimes hediondos, cabe mencionar as palavras de Antônio Alberto Machado, o qual nos ensina que:

A lei dos crimes hediondos (Lei nº8.072/90), no seu art. 8º, parágrafo único, garante que o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. No caso de crime praticado por grupos que a Lei nº 12.850/13 denomina “organizações criminosas”, a delação poderá ser também premiada com a redução da pena em até dois terços, com o perdão judicial ou com a substituição da pena privativa de liberdade (2014, p. 537).

Ademais, vale ressaltar ainda que havendo eficácia na colaboração premiada com informações importantes para desmantelar com a associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal, será obrigatória a redução da pena, no entanto, não caberá a redução da pena para outras infrações praticadas pelo grupo (ALENCAR; TÁVORA, 2014, p. 570).

Por fim, mas não menos importante, cabe fazer breves considerações sobre a aplicação da delação na Lei de Tóxicos de nº 11.343/06, a qual instituiu o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que prevê normas para conter a produção e comercialização do tráfico de drogas. A colaboração premiada está prevista na redução da pena do colaborador na proporção de 1/3 a 2/3 em caso de condenação, desde que voluntária e resulte na descoberta de coautor, partícipe ou recuperação do produto do crime, consoante expressamente disposto no art. 41 da Lei em análise (MACHADO, 2014, p. 537/538).

Entretanto, para que seja aplicado tal benefício, faz-se necessário cumprir alguns requisitos, os quais serão pontuados por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

a) existência de inquérito instaurado com o respectivo indiciamento, ou processo criminal já deflagrado; b) Voluntariedade do agente (a lei não exige a espontaneidade); c) obtenção dos seguintes resultados, de forma cumulativa: identificação dos demais infratores e recuperação total ou parcial do produto do crime. Basta que os demais coautores ou partícipes sejam identificados (a captura não foi exigida). Se o delator indica o nome de todos aqueles que tem conhecimento, e descobre-se depois que outras pessoas estavam envolvidas sem que ele soubesse, como, por exemplo, o grande narcotraficante, entendemos que ainda assim o benefício tem cabimento [...] (2014, p. 572).

Contudo, a colaboração premiada será aplicada ao caso concreto sempre que necessária, porém com cautela e ponderação. Além do mais, será empregada somente nos casos que tenham previsão legal. Sendo assim, fora os casos expressamente previstos em Lei, a colaboração não poderá ser utilizada, eis que esse meio de prova exige uma autorização legislativa (MACHADO, 2014, p. 539).

4.3 A prisão cautelar, como forma de coação para a obtenção da colaboração premiada

De maneira inicial, cabe uma reflexão: as prisões cautelares vêm sendo utilizadas como forma de coação para a obtenção do acordo da colaboração premiada? Há contrapontos divergentes entre juristas, doutrinadores, estudiosos e aplicadores da lei. Há a corrente que entende não haver qualquer ilegalidade na obtenção da colaboração na prisão cautelar, argumentam que vive-se em um Estado democrático de Direito onde o acusado não será obrigado a colaborar. Além do que, para ocorrer à colaboração deve estar presente o requisito da voluntariedade do agente, não forçando o denunciado a falar, pois ninguém será obrigado a ajudar os órgãos de investigação, bem como o Ministério Público se assim não for o seu desejo (FONSECA, C. B. G. et. al., 2015).

É nesse sentido que estando o colaborador com capacidade psíquica para decidir se pretende transigir, não há que se falar em qualquer irregularidade na colaboração, eis que não está presente qualquer vício substancial, quais sejam: os vícios do consentimento, erro, dolo, coação e outros. Assim, o colaborador de livre e espontânea vontade deverá manifestar-se colaborando com a justiça e conseqüentemente recebendo os benefícios da colaboração, quais sejam redução de pena ou até mesmo o perdão judicial (NUNES, 2017).

Ademais, o mais importante acórdão do STF, o *habeas corpus* de nº127.483/SP, do relator ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de agosto de 2015 e publicado no DJE de 04 de fevereiro de 2016.¹⁵ Nesse julgado a Suprema Corte

¹⁵ EMENTA: Habeas corpus Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Votor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação.

decidiu por unanimidade que a liberdade que o colaborador tem que ter é a liberdade psíquica e não a liberdade de locomoção. A voluntariedade do agente advém da sua liberdade psicológica e não física. Sendo assim, a prisão preventiva não limita a espontaneidade do colaborador, eis que esta não está adstrita ao seu direito de ir e vir (CAPEZ, 2016).

Além disto, para a decretação da prisão cautelar pelo magistrado, dar-se-á atenção aos seus requisitos, ou seja, o juiz não irá decretar a prisão por sua livre convicção, deverão estar presentes todos os fundamentos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, bem como indícios de autoria e materialidade delitiva. Desta forma, se preso preventivamente, por que não estimular o denunciado a colaborar com a Justiça por meio da colaboração? Tal colaboração pode ser comparada ao momento em que o réu vai prestar o seu interrogatório e é advertido pelo juiz que se confessar a sua autoria delitiva, poderá ter a redução da sua pena, cabendo a ele juntamente com o seu procurador optar pela confissão ou não. É o mesmo que acontece com a colaboração premiada, o réu será advertido que caso sua colaboração seja eficaz no processo, terá sua pena reduzida, cabendo a ele tomar essa decisão (FONSECA, C. B. G. et. al., 2015).

Ainda, cumpre mencionar que a vedação do instituto da colaboração premiada para o denunciado/investigado que estaria preso, afrontaria o princípio da isonomia, pois muitas vezes em uma mesma organização criminosa o acusado que

Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada.

responde o seu processo em liberdade, pode fazer jus aos benefícios da colaboração em detrimento daquele acusado que esta com seu direito de liberdade limitado pelo cárcere (NUNES, 2017).

Outro questionamento importante é que o denunciado deve analisar o custo-benefício em ficar preso ou não. Explica-se: Para o acusado de crime de colarinho branco ficar preso pode parecer algo totalmente significativo, eis que completamente diferente da sua realidade, fazendo com que opte mais facilmente pela colaboração. Já, para o traficante que já foi para o cárcere inúmeras vezes, com uma vasta lista de antecedentes criminais, permanecer preso e jamais colaborar poderá ter mais benefício para si, eis que poderá de dentro do presídio controlar a sua organização criminosa (FONSECA, C. B. G. et. al., 2015).

Por outro lado, mesmo que o ordenamento jurídico brasileiro permita o acordo de colaboração premiada para o preso cautelar, não se pode desconsiderar o direito fundamental do silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, CF/88. Por ser o silêncio um direito fundamental do indivíduo, jamais poderá ser utilizado de forma desfavorável que possa prejudicá-lo, ou seja, no momento em que eu restrinjo a liberdade de locomoção do acusado somente por necessidade da obtenção de provas na investigação ou instrução do processo, se estará diante de uma inconstitucionalidade, entendendo-se que o referido ato resulte na auto-incriminação do colaborador(CAPEZ, 2016).

Dessa forma, quando a prisão preventiva for decretada como forma de coação para a obtenção do acordo da colaboração premiada esta não será válida, haja vista que fere a manifestação voluntária do denunciado em colaborar com a justiça. Neste caso, se evidencia o vício do negócio jurídico firmado, eis que ausente à boa-fé objetiva, bem como o direito fundamental do exercício da liberdade de manifestação do pensamento do colaborador, previsto no art. 5º, inc. IV, da Carta Magna de 1988. Tal direito fundamental é um direito constitucional de primeira dimensão, o qual pressupõe maior liberdade de pensamento a pessoa humana com menor intervenção Estatal (NUNES, 2017).

Nessa mesma linha de pensamento cabe referir que quando o acusado/investigado estiver preso em um ambiente com mínimas condições de sobrevivência, correndo risco de vida, aterrorizando-se na hipótese de ter que permanecer nesse meio, a sua liberdade psicológica está vulnerável, o que o induz a colaborar com a Justiça. Em vista disso, presume-se que a liberdade psicológica do

agente, é sim corrompida pela falta da liberdade de locomoção, violando a diretriz estabelecida no art. 4º *caput*, da Lei 12.850/2013 (CAPEZ, 2016).

Esse método de obtenção de provas não seria o mais viável uma vez que são possíveis de serem usados outros meios legais para se buscar a verdade real do processo sem violar os direitos e garantias do colaborador. Não cabe prender o acusado com a intenção de fragilizá-lo, devendo ser um ato espontâneo daquele que cometeu um crime e se arrependeu por ele (SUXBERGER; MELLO, 2017).

A prisão cautelar como forma de coação para a obtenção da colaboração geralmente é encontrada nos crimes em que resulta em complexas investigações de organizações criminosas, grupos de agentes, lavagem de dinheiro, crimes contra a administração pública. Ou seja, nos crimes em que os Órgãos de persecução penal possuam conveniência em descobrir os verdadeiros coautores, partícipes (CAPEZ, 2016).

A polêmica gerada resultou no projeto de Lei nº 4.372/16, de autoria do Deputado Federal Wadih Damous, com o objetivo de alterar a Lei 12.850/13, que regulamenta a colaboração premiada na prisão preventiva, com a inclusão de um terceiro parágrafo no artigo terceiro. O texto do projeto estabelece como condição para a homologação do acordo de colaboração o requisito de estar o acusado respondendo a investigação ou o processo em liberdade. O referido projeto ao ser apresentado e averiguado pela Comissão de Segurança Pública da Câmara dos Deputados resultou em parecer pela sua inadmissibilidade, entendendo os parlamentares não haver qualquer liame entre a colaboração e a prisão, eis que aquela tem natureza penal e esta processual (SUXBERGER; MELLO, 2017).

Nesse sentido, o relator Ministro Teori Zavascki, referente à denominada “operação Lava-a-Jato”¹⁶, assentou que:

[...] seria extrema arbitrariedade que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, *caput* e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada (CAPEZ, 2016).

¹⁶ STF, HC nº 127.186/PR, Segunda Turma, DJE de 03/08/15.

O argumento central quando afronta princípios constitucionais e direitos fundamentais, como por exemplo, a não auto-incriminação, expressa nos artigos 5º, inciso LXIII da Constituição Federal e no artigo 8º, § 2º, alínea g da Convenção Americana de Direitos Humanos, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 5º, incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), ofensa a integridade física e mental, XLIX (proteção da integridade do preso), LXIII (direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo), são provas consideradas ilícitas, isto porque não se pode constranger o acusado por meio de métodos ilegais a dizer algo, eis que evidente o desrespeito a Constituição Federal de 1988 (BAPTISTA, 2010).

Ademais, em muitos casos a prisão preventiva é tida como uma moeda de troca pela liberdade do acusado, fazendo com que o denunciado renuncie as suas seguranças constitucionais, como o próprio direito de *habeas corpus* em detrimento da colaboração como forma de obtenção da sua liberdade. Dessa forma, quando se afeta direitos fundamentais do cidadão reconhece-se a inconstitucionalidade do objeto da colaboração, se tornando uma prova ilícita, eis que se evidencia a busca da verdade real no processo a qualquer preço (SIMÕES; PEREIRA, 2016).

Enfim, é inevitável o seguinte questionamento: É aceitável presumir que o Estado está agindo de forma ilícita? De Imediato cumpre dizer que não se pode afirmar a má-fé do Estado em prender com a intenção de coação para a colaboração premiada, ou seja, a má fé não deve ser presumida e sim provada no caso concreto. Uma vez comprovada à coação na colaboração, o acordo deverá ser anulado.

5 CONCLUSÃO

É alarmante e inaceitável a quantidade de crimes cometidos no Brasil nas mais diversas áreas. Diante deste cenário, que ora se apresenta através dos meios de comunicação, se torna incalculável o número de investigações realizadas diariamente pelo Estado. Entretanto, sabe-se que os instrumentos processuais utilizados, nem sempre são suficientes para a descoberta dos verdadeiros violadores do direito. Foi nesse contexto, que surgiu o instituto da colaboração premiada, como meio apto de combate à criminalidade.

Sendo assim, a colaboração premiada se torna uma opção a ser utilizada nas investigações e nos processos, haja vista que obtem informações privilegiadas, as quais são complicadas ou até impossíveis de conseguir no curso normal da lide processual, pois sabe-se da tamanha complexidade em se obter provas quando se fala em crimes com grandes dimensões, onde se está diante de uma cadeia de pessoas envolvidas, à exemplo das grandes organizações criminosas e dos crimes de “colarinho branco”.

Ocorre que muitas são as críticas existentes na aplicação do instituto da colaboração premiada, principalmente quando as declarações são colhidas do colaborador preso cautelarmente, pois entendem que o acusado é preso como forma de coação para a obtenção da colaboração premiada, com o objetivo de facilitar a instrução ou investigação no processo criminal. Por outro lado, os adeptos a este meio de prova acreditam que, se presente os requisitos da prisão e da colaboração, não há qualquer ilegalidade na prova obtida por meio do colaborador preso.

Nesse sentido, cabe mencionar que quando o acusado encontra-se preso, porém, presente o requisito da voluntariedade no momento da sua declaração, sem qualquer coação do meio interno ou externo, com respeito aos princípios da não autoincriminação, direito fundamental ao silêncio, bem como da liberdade de manifestação de pensamento, não há que se falar em impossibilidade de utilização da prova obtida, eis que presente o respeito ao devido processo legal.

Dessa forma, entende-se que a colaboração premiada é muito importante, haja vista os inúmeros benefícios que podem advir dela, no entanto, ao ser ofertado o instituto da colaboração ao réu preso, este deve sempre observar qual o seu custo-benefício para a participação no acordo.

Como por exemplo, no caso de um crime de “colarinho branco”, para este réu que muitas vezes está acostumado com um alto padrão de vida, sem qualquer antecedente criminal, com uma “imagem” a ser preservada, ao se deparar com as condições de sobrevivência dentro do sistema prisional, aliando-se ao fato de que para estar preso existem indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, será mais vantajoso aceitar o acordo de colaboração premiada, haja vista que, se conseguir colaborar eficazmente com o Estado, poderá dispor dos beneplácitos da colaboração.

Em contrapartida, como por exemplo, o réu participante de uma grande facção criminosa, com uma vasta lista de antecedentes criminais, acostumado com o ambiente carcerário, onde poderá de dentro do presídio comandar toda a sua organização criminosa, cometendo atos que se estivesse com sua livre liberdade de locomoção talvez fosse mais difícil realizar, há de se concordar que para este acusado não haveria qualquer oportunidade e conveniência no acordo de colaboração com a justiça.

Contudo, não se pode negar que quando o réu é preso e coagido a colaborar, sem observância ao seu direito de permanecer calado e de não produzir provas contra si mesmo, há uma evidente inconstitucionalidade no ato, ante a violação do ordenamento jurídico e dos princípios constitucionais previstos em nossa Carta Magna. Portanto, quando dessa forma for obtida a prova, se estará diante de uma prova considerada ilícita, entendendo-se por prova ilícita a obtida mediante a prática de crime ou contravenção, ou seja, aquelas provas que violem as normas de direito, bem como as que desrespeitam os princípios constitucionais. Dessa forma, essas provas não serão aceitas no processo penal, eis que vedadas no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, embora constitucional a prova obtida por meio do colaborador preso, a forma com que ela será trazida para o processo é o que a tornará manifestamente legítima ou não.

Cabe ressaltar ainda, a impossibilidade de presumir que o Estado quando prende e oferta o acordo de colaboração premiada estaria agindo de má-fé e conseqüentemente de forma ilícita. Então, a má fé deve ser comprovada no caso concreto, sendo que se comprovada for, o acordo de colaboração premiada deverá ser anulado.

Em suma, percebe-se que as provas obtidas através da colaboração vêm sendo um dos recursos mais rápidos e eficazes usado pela justiça na tentativa de

desvendar e combater o crime nas mais diversas áreas, que diuturnamente a mídia traz para dentro de nossos lares, deixando o mundo perplexo e inconformado com tamanhas atrocidades cometidas pelo homem que infelizmente acaba respingando em toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5703-2/cfi/6/22!/4@0:0>>. Acesso em 14 maio 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BAPTISTA, Bruno de Souza Martins. *A inconstitucionalidade da delação premiada no Brasil*. [2010] Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14848/a-inconstitucionalidade-da-delacao-premiada-no-brasil/4?secure=true>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada, Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL, *Conversão da Medida Provisória nº 111, de 1989, Poder Executivo, Brasília, 21 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade Organizada e Globalização desorganizada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Código de Processo Penal Comentado*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso de Processo Penal*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Rodrigo. Polêmica em torno da colaboração premiada de preso é estéril. Disponível em: <<http://www.fernandocapez.com.br/sala-de-imprensa/artigos/polemica-em-torno-da-colaboracao-premiada-de-presos-e-esteril/>>. Acesso em 14 abr. 2017.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita um estudo comparado*. 2.ed. São Paulo: Do Brasil Ltda, 2011.

ESTEFAN, André. *Direito Penal*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal*. 5.ed. Niterói/RJ: Impetus, 2008.

FONSECA, C. B. G. et. al. *A Colaboração Premiada Compensa?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº181). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td181>>. Acesso em 13 abr. 2017..

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo; MARTINS, Flávio; MDEIRA, Guilherme; VANZOLINI, Patrícia. *Mini VadeMecum Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito Processual Penal Esquemático*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal parte geral*. 14. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Processual Penal Esquemático*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Marcellus Palastri. *A Prova Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522486687/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 14 maio 2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. Disponível em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494088/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 14 maio 2017.

MOREIRA FILHO, Guaraci. *Código Penal Comentado*. 5.ed. São Paulo: Editora Rideel, 2015. Disponível em: <<http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788533934955/pages/-9>>. Acesso em: 14 maio 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Código de Processo Penal comentado*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de Direito Penal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Organização Criminosa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6501-3/cfi/6/22!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 14 maio 2017.

NUNES, Leandro Bastos. A validade da colaboração premiada na hipótese de réu investigado ou réu preso envolvido em organização criminosa. Disponível em <<https://leompf.jusbrasil.com.br/artigos/425465412/a-validade-da-colaboracao-premiada-na-hipotese-de-investigado-ou-reu-preso-envolvido-em-organizacao-criminosa>>. Acesso em 13 abr. 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Processual Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Direito Processual Penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SHIDA, Valter Kenji. *Processo penal: de acordo com a reforma processual penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SIMÕES, Maria Tereza Aranega dos Reis; PEREIRA, Monique Rodrigues Silva Cavalcante. *Delação premiada e a quebra dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<https://terezasim.jusbrasil.com.br/artigos/317388121/delacao-premiada-e-a-quebra-dos-principios-constitucionais>> Acesso em 15 abr. 2017.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. *A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador*. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/download/40/57>>. Acesso em 15 abr. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2009.

_____. *Curso de Direito processual penal*. 9.ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.