A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO DE ALCANÇAR A COLABORAÇÃO PREMIADA

Natália Raugusto Diniz

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a pesquisa da quebra do requisito da voluntariedade, a ser analisado pelo juiz no acordo de colaboração premiada, quando o réu/investigado está sob custódia cautelar, ou seja, prisão preventiva. Utiliza-se como parâmetro a Lei n. 12.850/2013, em virtude dos grandes esquemas de organizações criminosas compostas por agentes políticos e grandes empresários brasileiros em crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outros crimes, em assunção operação lava-jato. Para alcançar o objetivo da pesquisa, calca-se pelo método dogmático instrumental com pesquisa bibliográfica de doutrina, consulta legislativa e jurisprudencial, de modo a explicar os conceitos principais dos institutos da pesquisa e análise de caso.

Palavras-chave: Colaboração premiada; prisão preventiva; voluntariedade; Lei n. 12.850/2013.

ABSTRACT:The present work has the objective of investigating the breach of the requirement of voluntariness, to be analyzed by the judge in the award collaboration agreement, when the defendant / investigated is in custody, that is, preventive custody. It is used as parameter the Law n. 12,850 / 2013, due to the great schemes of criminal organizations composed of political agents and Brazilian businessmen in crimes of corruption, money laundering, among other crimes, in the assumption of a jet-laundering operation. In order to reach the research objective, it is based on the instrumental dogmatic method with bibliographical research of doctrine, legislative and jurisprudential consultation, in order to explain the main concepts of the institutes of the research and case analysis.

Kewywords: Legal collaboration; pre-trial detention; voluntariness; Low n. 12.850/2013.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa pesquisar sobre o instituto da colaboração premiada como instrumento no combate as organizações criminosas, tema amplamente percorrido pela doutrina e disciplinado também pela Lei n. 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas, bem como o procedimento criminal e também outros meios de obtenção de prova, como a ação controlada e a infiltração de agentes.

A atual conjuntura política do Brasil permeia sobre investigações da Polícia Federal, em conjunto com o Ministério Público Federal, para desvendar grandes esquemas de corrupção e de lavagem de dinheiro, com agentes políticos e grandes empresários envolvidos em crimes organizados, o que possibilita a aplicação da referida lei, bem como dos meios de prova nela estabelecidos, como a colaboração premiada, objeto central deste trabalho.

Sob este prisma, o ponto central deste trabalho está na problematização em se utilizar da colaboração premiada enquanto o colaborador está sob prisão preventiva, tendo em vista a violação de um dos pressupostos de validade da colaboração: a voluntariedade. Isso porque o cerceamento de liberdade com a medida da prisão preventiva pode gerar uma violação da voluntariedade, tendo em vista se tratar de coação moral do agente colaborador, ante as condições que vive dentro de um presídio, em contraposição com as que vivia antes de ser preso, influenciando para que colabore e saia o quanto antes da prisão.

O objetivo do presente estudo é responder a seguinte problematização: em que medida a prisão preventiva interfere na voluntariedade da colaboração premiada?

Assim, como a voluntariedade é um dos pressupostos de validade para que seja homologada uma colaboração premiada, a hipótese é a de que o cerceamento de liberdade com a prisão preventiva do agente colaborador, faz com haja uma quebra da voluntariedade, havendo uma espécie de coação moral, tendo em vista que a situação em que se encontram (em um cárcere, vivendo com poucos minutos de sol por dia, com comida e horários regradados, à presença de agentes penitenciários vigiando o dia inteiro, por fim, mas não menos importante, a privação da liberdade) interferem na voluntariedade do agente, que se veem de certa forma obrigados a delatar, almejando sua liberdade.

A pesquisa do trabalho de conclusão de curso terá como base o eixo metodológico dogmático instrumental, com pesquisa bibliográfica, consulta legislativa, bem como a análise de caso da colaboração premiada feita pelo Antonio Palocci. Assim, será realizada uma pesquisa teórica, bibliográfica e documental quanto ao conceito de prisão preventiva, organizações criminosas, colaboração premiada; análise de caso para verificar o cabimento da hipótese apresentada.

O estudo do trabalho está dividido em 3 (três) capítulos. O primeiro capítulo traz um breve histórico do surgimento da colaboração premiada, bem como trata de conceitos importantes para uma adequada compreensão do instituto, como o de colaboração premiada, o momento e a legitimidade para requerimento ou requisição da colaboração, o procedimento adotado pela Lei n. 12.850/2013 e os direitos e garantias do colaborador.

O segundo capítulo trata sobre as nuances da prisão preventiva, conceituando esta modalidade de prisão cautelar e analisando demais conceitos que permeiam o instituto como medida cautelar, o momento de decretação da prisão, seus requisitos legais, motivos autorizadores e o tempo de duração da prisão preventiva.

Por fim, no terceiro capítulo, há uma busca de marco teórico para sustentar a tese da utilização da prisão preventiva como meio de alcançar a colaboração premiada, bem como análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça na aplicação fática dos conceitos que permeiam os institutos principais do trabalho no caso de Antonio Palocci.

1 COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, que consiste em um réu investigado criminalmente cooperar com as autoridades – Ministério Público e policial – na investigação, em troca de uma redução de pena ou até mesmo o perdão judicial.

Este instituto foi incorporado no Brasil sobretudo para obtenção de prova nos grandes casos de investigação criminal de organizações criminosas que envolvem os crimes que envolvem agentes políticos da Administração Pública, podendo citar as operações Lava Jato, Banestado, Mensalão.

Para melhor compreensão do objeto de estudo do presente trabalho, faz-se necessário destacar conceitos importantes, como o de colaboração premiada, seu

procedimento previsto na Lei n. 12.850/2013¹, bem como os direitos e garantias do colaborador.

1.1 Conceito

Segundo Eduardo Araújo da Silva, a colaboração premiada ocorre quando o acusado, em fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes, evita a consumação de outras infrações (colaboração preventiva) e também auxilia a polícia na colheita de provas contra demais coautores (colaboração repressiva), incidindo assim sobre o desenvolvimento das investigações e o resultado do processo.²

Desse modo, Cibele Benevides conceitua e destaca a importância da colaboração premiada, a seguir:

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação que estimula a contribuição feita por um coautor ou partícipe de crime em relação aos demais, mediante o benefício, em regra, de imunidade ou garantia de redução da pena. Esse tipo de colaboração é por demais importante na investigação de algumas espécies de crimes, como os praticados por organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção, sempre cometidos sob pacto de silêncio (*omertà*).³

Portanto, a colaboração premiada é uma técnica de investigação que consiste em depoimento prestado por um coautor ou partícipe de crime, de forma a contribuir com o processo criminal em troca de um prêmio.

O instituto não possui uma origem histórica recente, vindo de testemunhas da coroa (*crown witness*) no sistema anglo-saxão; nos Estados Unidos o *plea bargain*⁴, amplamente utilizado no combate ao crime organizado, também utilizado na Itália para o desmantelamento das grandes máfias, com o movimento mãos limpas.

¹ BRASIL. Lei n° 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 22 de março de 2019.

² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n° 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Págs. 52 e 53.

³ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. Pág. 86.

⁴ É importante ressaltar que o *plea bargain* é um mecanismo que está no pacote anticrimes (projeto de lei (PL) 1.864/2019), proposto pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, importado dos EUA. Consiste em uma negociação entre o acusado e o Ministério Público, sem a participação do juiz (que somente homologa o que foi pactuado), com intuito de uma contraprestação entre as partes: o acusado presta informações, dentre as quais, a confissão do crime, e o órgão acusador propõe benefícios, como atenuação da pena.

No Brasil, o instituto está disciplinado em diversas leis, tais quais: Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, art. 25, § 2º; Lei n. 8.072/90, lei dos crimes hediondos, parágrafo único do art. 8º; Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, parágrafo único do art. 16; Lei n. 9.269/96, que acrescentou o § 4º do artigo 159 do Código Penal, crime de extorsão mediante sequestro; Lei n. 9.807/99, também conhecida como Lei de proteção às vítimas e testemunhas, art. 13; Lei n. 9.034/95, antiga Lei de organizações criminosas, revogada expressamente pela Lei n. 10.850/2013; Lei n. 9.613/1995, comumente chamada de Lei dos crimes de lavagem de dinheiro, art. 1º, § 5º; Lei n. 10.409/2002, revogada pela Lei n. 11.343/2006, Lei de drogas, art. 41; Lei n. 12.529/2011, Lei antitruste, art. 86; Lei n. 12.846/2013, Lei Anticorrupção, art. 16.

A Lei n. 12.850/2013 (Lei de organizações criminosas) define organização criminosa⁵ e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, tratando em capítulo específico sobre a colaboração premiada.

Faz-se necessário destacar que há divergência doutrinária entre os termos colaboração e delação premiada, se há distinção entre eles ou não. Há uma corrente doutrinária que entende que são conceitos distintos, em colaboração premiada é gênero, da qual a delação premiada figura como espécie (restringe-se a “um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais”⁶). Adeptos desse entendimento são Eduardo Araújo da Silva⁷, Luiz Flávio Gomes, Nucci, que por sua vez, faz uma crítica a lei, a ver:

Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado,

⁵ Segundo o art. 1º, §1º da Lei 12.850/2013, organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 53.

⁷ Segundo Eduardo Araújo da Silva, a colaboração premiada também pode ser denominada como cooperação processual, que ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações se consumam, auxiliando concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores. SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 52.

mas àquela na qual se descobrem dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém – vulgarmente, o *dedurismo*.⁸

No entanto, outra corrente doutrinária entende que colaboração premiada e delação premiada são conceitos sinônimos, pacificado expressamente pela Lei n. 12.850/2013, a qual é possível citar Cibele Benevides.

1.2 Momento e legitimidade

Como falado anteriormente, a Lei n. 12.850/2013 inaugurou um capítulo específico para tratar de investigação e meios de obtenção da prova da criminalidade organizada, discriminando no art. 3º um rol taxativo de meios de obtenção de prova, no qual a colaboração premiada se encontra. A lei também reservou uma seção específica para aventar sobre o instituto ora em comento, discriminando seu conceito, o procedimento, os benefícios e os direitos do colaborador.

A Lei n. 12.850/2013, no art. 4º, determina prêmios (redução de até 2/3 – dois terços – da pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos) a quem, de forma efetiva e voluntária, tenha colaborado com a investigação e com o processo criminal, desde que a colaboração tenha alguns dos seguintes resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Ressalta-se que os resultados não são cumulativos, bastando a existência de um deles para que haja validade à colaboração.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 51.

Ainda, a depender da relevância da colaboração, o Ministério Público, a qualquer tempo, ou o delegado de polícia, desde que nos autos do inquérito policial e com manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que não tenha sido o pedido inicial.

O prazo para oferecimento da denúncia ou do processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se também o prazo prescricional.

O Ministério poderá também deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for líder de organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Se a colaboração for posterior a sentença, no entanto, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Em relação ao tempo, a colaboração premiada pode ser ofertada a qualquer momento, seja em inquérito policial, durante o curso do processo ou na fase de execução da pena. Isso porque o §2º do art. 4º da Lei de organizações criminosas é explícito em determinar que a qualquer momento o Ministério Público poderá requerer a concessão de perdão judicial do colaborador, ainda que o benefício não tenha sido previsto na proposta inicial (o delegado de polícia também poderá representar este pedido ao juiz, desde que com a manifestação do Ministério Público e nos autos de inquérito policial).

Nesse sentido, Soraia da Rosa Mendes e Kássia Cristina explicam que:

A lei não proíbe que a delação/colaboração premiada possa se dar em qualquer fase da persecução penal. Podendo ocorrer durante o inquérito policial, ou até antes dele, em, por extensão, sindicâncias preliminares ou averiguações administrativas. Assim como durante a instrução processual e a fase dos recursos ordinários e excepcionais. Ou, até mesmo, segundo Dipp (2015, p. 23), após a formação da coisa julgada formal e material, de modo que, em decorrência das inúmeras possibilidades de reexame da condenação, ser possível entender que haja também abertura legal para que o acordo de delação/colaboração dê-se mesmo em fase de execução da pena. Caso em que a colaboração premiada, nos termos da lei, ocorrida depois da sentença, implicará em redução de pena até metade, sendo também admissível a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos.⁹

⁹ MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016. Págs. 78 e 79.

Desse modo, verifica-se a partir da leitura dos arts. 4º, §2º e 6º, IV, ambos da Lei de organizações criminosas, que tanto o Ministério Público quanto o delegado de polícia são legitimados a propor o acordo de colaboração premiada com o investigado e seu defensor. Quanto ao Ministério Público, a sua legitimidade é um fato incontroverso; no entanto, quanto a previsão do delegado de polícia gerou uma discussão sobre a constitucionalidade da lei, em Arguição Direta de Inconstitucionalidade – ADI – 5508/DF¹⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que, por fim, concluiu pela constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13.

1.3 Procedimento

Formulados os detalhes do acordo entre o colaborador e Ministério Público, ou o delegado de polícia, formula-se o termo de colaboração premiada¹¹, peticionando ao juiz competente para homologação.

O pedido de homologação do acordo de colaboração premiada será distribuído de forma sigilosa¹², segundo o art. 7º da Lei, contendo apenas informações que não identifiquem o colaborador e o objeto. Ato contínuo, as informações detalhadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

O §2º do referido artigo ressalta que o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, a fim de garantir êxito nas investigações. É assegurado ao defensor amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. ADI n. 5508/DF.** Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Julgado em 04/12/2017, publicado em processo eletrônico DJe-283. Divulgado em: 07/12/2017, Publicado em: 11/12/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

¹¹ O art. 6º da Lei 12.850/2013 estabeleceu forma específica para o termo de colaboração premiada, que deve ser escrito e conter: o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

¹² Segundo o §3º do art. 7º da Lei 12.850/2013, o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia.

exercício do direito de defesa, desde que com interesse do representado e precedido de autorização judicial, com ressalva das diligências em andamento.

Com efeito, o juiz, ao receber os termos da colaboração, analisa se estão presentes os pressupostos de validade da colaboração premiada, estabelecidos no art. 4º da Lei (a efetividade da colaboração e a voluntariedade do colaborador). Verifica também as circunstâncias para a concessão do benefício, de acordo com o §1º, como a personalidade do colaborador, a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

O legislador cuidou nos §§6º e 8º do art. 4º da Lei 12.850/2013 da proibição do juiz participar das negociações entre as partes para a formalização do acordo de colaboração. Sendo assim, cabe ao magistrado decidir somente sobre a legalidade e a voluntariedade do acordo, podendo recusar homologação à proposta que não atender os requisitos legais.

Nesse sentido, Cibele Benevides explica que a justiça negociada rompe a tradição do sistema inquisitivo no Brasil, em que o juiz exerce uma intervenção maior nos assuntos entre as partes, prestigiando assim o sistema acusatório, cabendo as partes cuidarem das questões do acordo de colaboração premiada, restringindo ao juiz o papel de “fiscal da legalidade e da voluntariedade do acordo”.¹³

No entanto, se houver dúvida quanto a liberdade do agente colaborador, o juiz poderá ouvi-lo, sigilosamente, na presença de seu defensor, conforme o art. 4º, §7º, da Lei n. 12.850/2013, a fim de verificar um possível vício na voluntariedade do colaborador.

14

Desse modo, a voluntariedade é um ato de liberalidade do colaborador, que expressa a sua vontade em colaborar sem vícios de vontade (como a coação física ou moral, por exemplo). Silva pondera que a voluntariedade da iniciativa do colaborador é um dos pontos mais sensíveis do instituto, ante a possibilidade de constrangimentos para que haja uma colaboração eficaz.¹⁵

¹³ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. Pág. 120.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 68.

¹⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 57.

O §13 do art. 4º impõe mecanismos que facilitam a verificação da voluntariedade do acordo de colaboração premiada pelo juiz, como o registro dos atos de colaboração em meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou seminal, inclusive audiovisual, ou seja, meios destinados a obtenção de maior fidelidade das informações.

Outrossim, a efetividade da colaboração, outro requisito legal a ser verificado preliminarmente pelo juiz, consiste no dever de colaborar de forma permanente com as autoridades, que segundo Eduardo Araújo da Silva, o implica na necessidade de comparecer perante estas sempre que for solicitado, ainda que para acompanhar diligências, se necessário for¹⁶.

Por fim, segundo o art. 4º, §1º, da lei, devem ser observadas circunstâncias favoráveis (a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato criminoso) à colaboração premiada. Acrescenta Eduardo Silva:

Ainda a propósito da compatibilidade das circunstâncias do caso concreto com a finalidade do instituto, o §4º do art. 4º veda a aplicação do instituto na hipótese de não propositura da ação penal pelo Ministério Público se o colaborador for o líder da organização criminosa (inciso I) ou se não for o primeiro a prestar efetiva colaboração (inciso II).¹⁷

Portanto, se o colaborador for líder de organização criminosa ou se não for o primeiro a prestar efetiva colaboração, de acordo com o dispositivo em comento, não é possível conferir a ele o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Pública.

Sob este prisma, o §3º do mesmo artigo determina que o prazo para oferecimento da denúncia ou do processo pode ser suspenso por até 6 (seis) meses, sendo possível prorrogar por igual período, até que sejam cumpridas as medidas da colaboração. O prazo prescricional também fica suspenso nesse período.

Segundo Nucci, com o acordo de colaboração premiada, o juiz possui dois caminhos: homologar o acordo, que produzirá todos os efeitos jurídicos previstos na lei de organizações criminosas, ou indeferir a homologação por não atender os requisitos

¹⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Págs. 57 e 58.

¹⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Altas, 2014. Pág. 59.

legais. Poderá, ainda adequá-lo ao caso concreto, conceder um benefício no lugar de outro, por exemplo.

Homologado o acordo, o colaborador estará seguro, podendo ser ouvido pelo Ministério Público ou pelo delegado, acompanhado pelo seu defensor (art. 4º, §9º, da Lei n. 12.850/2013)¹⁸.

Vale ressaltar que não é necessária a análise do juiz sobre a veracidade das declarações do colaborador para fins de homologação do acordo. Segundo Cibele Fonseca, isso será necessário somente no julgamento do processo, em que o depoimento do colaborador será um meio de obtenção de provas, acrescentando que:

Com a homologação do acordo, algum processo tramitará, seja contra o próprio réu cooperante, seja com relação aos demais membros da organização criminosa ou coautores e partícipes. Nesse processo o colaborador deverá prestar depoimento, abrindo mão do direito ao silêncio e comprometendo-se a dizer a verdade. A instrução ocorrerá normalmente, contando com os meios de prova obtidos a partir, também, do acordo de colaboração premiada.¹⁹

Finda a instrução processual o juiz deverá proferir a sentença, que apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia, devendo respeitar o que foi acordado.

A Lei de organizações criminosas permitiu a retratação da proposta pelas partes, nos termos do § 10º do art. 4º. Neste caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, “mas poderá ser utilizado pelo acusador no tocante a outros investigados ou corrêus”²⁰

1.4 Direitos e Garantias do colaborador

O art. 5º da Lei de organizações criminosas se preocupou com a segurança do colaborador e seus familiares, que previu os seguintes direitos:

Art. 5º São direitos do colaborador:
I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 68.

¹⁹ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. Pág. 123.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pág. 69.

- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Quanto as medidas de proteção previstas na legislação específica, mais precisamente a Lei n. 9.807²¹, de 1999, é possível citar a alteração do nome completo, em casos excepcionais e considerando as características e gravidade de coação ou ameaça, podendo estender-se, inclusive à família e aos filhos menores do colaborador, disposto no art. 8º desta Lei.

Não somente leis infraconstitucionais estabelecem medidas de proteção ao colaborador, mas também Tratados Internacionais assinados pelo Brasil, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.687/06, as quais preveem que os Estados parte devem adotar medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou intimidação de testemunhas e peritos que atuaram nos processos penais. Os países signatários destas Convenções e que consagraram medidas de proteção a vítimas e testemunhas estenderam aos corréus colaboradores, “pois igualmente suportam riscos para a sua segurança e deus familiares quando se dispõem a prestar declarações contra as organizações criminosas”.²²

2 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um instituto do Direito Processual Penal que consiste em uma medida cautelar de privação da liberdade pessoal antes do trânsito em julgado de

²¹ BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.html. Acesso em: 18 de abril de 2019.

²² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13.** São Paulo: Altas, 2014. Págs. 76-80.

sentença penal condenatória, disciplinada pelo Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.698²³, de 3 de outubro de 1941), a partir do artigo 311, com redação dada pela Lei n. 12.403, de 2011.

Dessa forma, Fernando Capez²⁴ conceitua a prisão preventiva como uma prisão processual de natureza cautelar, decretada pelo juiz na investigação policial ou no processo criminal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sempre que preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Fernando Tourinho Filho, por sua vez, acrescenta que é uma medida cautelar “seja para garantir eventual execução da penal, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal”²⁵. Trata-se de uma medida drástica, que deve ser reservada a casos excepcionais.

Para uma clara compreensão do instituto em análise no presente trabalho, faz-se necessário analisar o conceito de prisão preventiva para trazer outros conceitos, como o de medida cautelar, o momento a ser decretada a prisão, bem como seus requisitos legais e motivos autorizadores.

2.1 Medida Cautelar

Por medida cautelar, entende-se que são medidas destinadas a resguardar o resultado útil da investigação ou do processo, podendo ser divididas em cautelares reais, relativas à prova e pessoais. Em suma, cautelares reais recaem sobre as coisas, destinadas à reparação do dano ou perdimento das coisas, como o arresto e o sequestro; cautelares relativas à prova são as medidas que evitam o perecimento do direito, como a produção antecipada de prova e a busca e apreensão; cautelares pessoais impõem restrições a direitos do cidadão, com o objetivo de assegurar a utilidade da investigação criminal ou da instrução processual penal.²⁶

Neste sentido, Eugênio Pacelli leciona que a prisão preventiva revela o caráter cautelar na tutela da persecução penal, pois objetiva impedir que eventuais condutas

²³ BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.html. Acesso em: 12 de março de 2019.

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 335

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 683.

²⁶ TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. Ed. re., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. Págs. 506 e 507.

praticadas pelo investigado ou réu possam colocar em risco a efetividade da investigação ou do processo. Nesse sentido:

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade.²⁷

Dessa forma, a prisão preventiva é uma medida necessária para assegurar o resultado útil da investigação criminal e a instrução do processo, quando se fazem presentes os requisitos e fundamentos legais necessários e suficientes para a prisão.

2.2 Momento

Como momento que a prisão preventiva pode ser decretada, o art. 311 do CPP dispõe que poderá se dar em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal.

Contudo, importa salutar que, em razão do sistema de garantias individuais constitucionais, a prisão preventiva somente poderá ser decretada por “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, conforme leitura do art. 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁸ – CRFB - de 1988. Nesse sentido, Leciona Eugenio Pacelli:

Mas não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos, a sua decretação deve estar expressamente prevista em lei, não podendo o juiz, nesse ponto, afastar-se do princípio da legalidade, nem mesmo se entender presentes circunstâncias e/ou situações que coloquem em risco a efetividade do processo e da jurisdição penal.²⁹

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013.** - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 549.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html. Acesso em: 18 de março de 2019.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013.** - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 550.

Ademais, é possível que o juiz estabeleça a prisão preventiva de ofício, mas somente quando já iniciado o processo criminal. No entanto, a qualquer momento poderá ocorrer o requerimento do Ministério Público (também pelo querelante em ação penal de iniciativa privada) ou por representação da autoridade policial.

Outrossim, existem duas outras situações que a prisão preventiva pode ser decretada, além da ora comentada quais sejam: como conversão da prisão em flagrante³⁰, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP) e em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º e art. 312, parágrafo único, ambos do CPP).³¹

A primeira consiste na possibilidade do juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, em converter a prisão em flagrante em preventiva, quando “presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”; a segunda, entretanto, consiste na aplicação do instituto, de modo subsidiário, ante o descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Sobre última hipótese, merece destaque o fato de que pode ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, além da obrigação de se decretar a prisão preventiva como último caso.

2.3 Requisitos legais

Eugênio Pacelli divide os requisitos para a prisão preventiva em fáticos e normativos, os quais estão estabelecidos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Como requisitos fáticos, entende ser as situações legais de risco à persecução

³⁰ Flagrante vem do latim *flagrantis*, do verbo *flagrare*, queimar, assim significa o delito no instante da sua consumação. Logo, a prisão em flagrante acontece a quem é surpreendido no mesmo instante da consumação da infração penal. Conceito retirado de Fernando da Costa Tourinho Filho. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 668.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013**. - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 551.

penal, enquanto que os requisitos normativos são os crimes passíveis de decretação de prisão preventiva.

Por outro lado, parte da doutrina, como Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró divide os requisitos em *fumus commissi delicti* - fumaça da existência de um delito - e *periculum libertatis* - perigo de permanecer em liberdade.

O *fumus commissi delicti*, ou requisito fático, estabelecido no final art. 312 do Código de Processo Penal, é a comprovação da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Sobre esse aspecto, assevera Badaró, que quanto a existência do crime (materialidade delitiva), há a necessidade de prova concreta que o fato existiu, ou seja, é imprescindível demonstrar um juízo de certeza quanto a existência do crime, não bastando a mera possibilidade. No entanto, quanto a autoria, o próprio texto legal traz “indícios suficientes de autoria”, não sendo necessário, portanto, a certeza, apenas elementos probatórios de probabilidade de autoria.³²

O fumus commissi delicti exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.³³

De outro modo, o *periculum libertatis* é “o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo”³⁴ estipulado pelo art. 312 do Código de Processo Penal como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ordem pública é uma expressão vaga e com conteúdo indeterminado, o que coloca uma ampla discricionariedade nas mãos do magistrado e por isso coloca em risco a liberdade individual. Desse modo, a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam uma corrente restritiva que entende que a fundamentação da prisão preventiva na ordem

³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Págs. 1062-1063.

³³ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. - 11 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 851.

³⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. - 11 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 854.

pública dever ser quando há um “risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade”³⁵.

Assim, Renato Brasileiro explica que a garantia da ordem pública é sinônima da periculosidade do agente, mas não é possível a decretação da prisão preventiva em virtude da gravidade em abstrato do delito e nem com base na repercussão da infração ou clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados.

No mesmo sentido apresentado por Renato Brasileiro, o STJ firma jurisprudência de que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública poderá ocorrer para evitar a reiteração delitiva e quando há indícios de fuga. A ver:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, PECULATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES.

INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

2. No caso em exame, a prisão preventiva do recorrente está suficientemente fundamentada no modus operandi empregado na empreitada delituosa, pois ele é apontado como integrante de organização criminosa voltada para a prática de delitos diversos, através de fraudes em procedimentos licitatórios e de contratação de parentes sem concurso público, movimentando astronômicas quantias em dinheiro (mais de R\$ 6.000.000,00), sendo apontado como um dos chefes da organização. Tais circunstâncias evidenciam o grau de periculosidade do recorrente e justificam sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, inclusive como forma de evitar a reiteração delitiva.

3. "A custódia cautelar visando a garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa" (RHC 122.182, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014).

4. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa e a periculosidade da recorrente indicam que a ordem pública não estaria acautelada com sua soltura.

5. Recurso em habeas corpus não provido.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág. 897.

(RHC 109.463/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 21/05/2019)³⁶

Há também o fundamento da ordem econômica, inserido no Código de Processo Penal através da Lei 8.884, de 1994, conhecida como Lei Antitruste. De acordo com Badaró, esta prisão “tem sido identificada com situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro”³⁷.

Por outro lado, a conveniência da instrução criminal, ou tutela da prova, é fundamento quando há risco para a instrução, ou seja, para conservar os meios ou provas para assegurar o resultado da sentença condenatória. Como exemplo, pode-se citar a ameaça ou suborno do réu aos peritos ou testemunhas, ocultação de provas, ou não comparecer a atos de instrução com presença necessária, como no reconhecimento pessoal.³⁸

Nota-se que a palavra conveniência traz uma discricionariedade, que segundo Aury Lopes Jr. é incompatível com o instituto da prisão preventiva, pois deve ser pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo um último instrumento a ser utilizado.³⁹

Assegurar a aplicação da lei penal, é o fundamento que se aplica quando há uma possibilidade de fuga do acusado, evitando-se que a condenação venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva.

Ademais, além dos requisitos ora expostos, há também os requisitos normativos (assim denominado por Capez), estipulados no art. 313 do Código de Processo Penal, que são os crimes ou circunstâncias que determinam a possibilidade da aplicação deste instituto, a ver:

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 109463.** Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. DJe: 21/05/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900712031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Pág. 1069.

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Pág. 1070.

³⁹ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares.** 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1944-Prises-Cautelares-2017-Aury-Lopes-Jr.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2019.

Art. 313. 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 (quatro) 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 no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a 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.

Assim, extrai-se da lei que crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se condenado por outro crime doloso por sentença penal transitada em julgado (com a ressalva do art. 64, I, do Código Penal⁴⁰) ou se o crime envolver violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa portadora de deficiência, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Ademais, o parágrafo único acrescenta a possibilidade de haver prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornece elementos para esclarecê-la, sendo que sanada a dúvida, deverá ser colocado em liberdade (salvo se houver outra hipótese para manutenção da medida).

Sobre o último inciso do art. 64, vale ressaltar que não basta que o crime envolva violência doméstica contra as pessoas ora comentadas, mas que haja a infringência de uma medida protetiva de urgência, pois o que está disposto na lei é para a salvaguarda dessas medidas de urgência. Desse modo, se há o descumprimento de uma medida de urgência em crime que envolva violência doméstica e familiar, caberá a prisão preventiva.

2.4 Duração

Não há determinação legal geral no Código de Processo Penal quanto ao prazo de duração da prisão preventiva, diferentemente do que faz em outros tipos de

⁴⁰ Art. 64, CP. Para efeito de reincidência (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984): I- não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

prisão, como a prisão em flagrante⁴¹. Desse modo, segundo o autor Renato Brasileiro, isso faz com que a prisão preventiva passe a assumir contornos de uma pena antecipada, pois assume um caráter de prisão definitiva, e não mais cautelar.

No entanto, existem diversas leis esparsas que determinam prazo para a prisão preventiva, como o Código Penal Militar, que em seu art. 390 estabelece o prazo de 50 (cinquenta) dias para o fim da prisão se o acusado estiver preso; nesse sentido, a Lei 12.850/2013, objeto de estudo do presente trabalho, estabelece no parágrafo único do art. 22, que a instrução criminal deve ser encerrada em prazo razoável não superior a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso. Este prazo, porém, poderá ser prorrogável por até igual período, desde que por decisão fundamentada e devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu⁴².

Nos demais casos em que não há uma fixação de período certo para o término da prisão preventiva, percebe-se a existência de uma discricionariedade e da facilidade de acontecerem abusos, transformando o caráter cautelar da prisão provisória em definitivo, ocorrendo uma “antecipação executória da própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, § 5º)”⁴³.

Nesse diapasão, os Tribunais Superiores flexibilizaram tempo de duração da prisão para análise de cada caso concreto, em razão da complexidade dos fatos e do procedimento (como a pluralidade de réus e testemunhas), da atuação das partes e do Estado, bem como a aplicação da Súmula 52 do STJ, que diz que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”. Nesse sentido, diz o STF:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL.

⁴¹ A prisão em flagrante, que ocorre nos termos dos arts. 301 e seguintes do Código de Processo Penal, tem prazo certo pois, segundo o art. 310, o juiz deverá fundamentadamente relaxar a prisão ilegal, converter em prisão em flagrante ou conceder liberdade provisória. Não há a hipótese de manutenção da prisão em flagrante.

⁴² BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm Acesso em: 13 de maio de 2019.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág.

CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO NO TRIBUNAL A QUO. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ÓBICE AO CONHECIMENTO DO WRIT NESTA CORTE. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. TEMA NÃO DEBATIDO PELA INSTÂNCIA PRECEDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. NECESSIDADE DE SE AFERIR A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO À LUZ DAS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

3. A complexidade dos fatos e do procedimento, permitem seja ultrapassado o prazo legal da instrução processual, máxime diante do registro do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “o processo necessitou da expedição de cartas precatórias, resolução de pleitos incidentais de liberdade provisória formulados pelo paciente, bem como contribuição da defesa no início do processo, dada a desídia para apresentação da defesa prévia. Assim, o feito está em constante movimentação, seguindo a sua marcha regular, sem evidência de desídia por parte do Estado”. Precedentes: HC 125.144-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber. DJe de 28/06/2016; e HC 132.610-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 06/06/2016.

(...)

(RHC 168807 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 07-05-2019 PUBLIC 08-05-2019)⁴⁴

No voto do RHC 168807, o Ministro Luiz Fux amparou-se na jurisprudência da Corte para dizer que a complexidade da causa permite seja ultrapassado o prazo legal, não podendo aferir a razoável duração do processo de modo dissociado das especificidades do caso, nem se podendo alegar excesso de prazo quando o feito está em constante movimentação, seguindo sua marcha regular, sem evidência de desídia por parte do Estado.

Desse modo, conclui-se que não há um prazo geral para o fim da prisão preventiva e que, embora haja legislações especiais esparsas que preveem esse prazo, como a citada Lei n. 12. 850/2013 e o Código Penal Militar, a jurisprudência o flexibiliza em virtude da complexidade do caso concreto.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 162154.** Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJe: 08/05/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756468>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

3 A UTILIZAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO PARA ALCANÇAR A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ÂMBITO DA LEI 12.850/2013

Estabelecidos os principais conceitos dos institutos de prisão preventiva e de colaboração premiada nos capítulos anteriores, faz-se necessário analisar a problematização desse trabalho, que consiste no questionamento de em que medida a prisão preventiva interfere na voluntariedade da colaboração premiada.

3.1 Voluntariedade

A voluntariedade é um requisito a ser analisados pelo juiz para a validade do acordo de colaboração premiada. No entanto, quando o colaborador está sob prisão preventiva, questiona-se se este requisito seria violado, tendo em vista ser uma espécie de coação ante a vulnerabilidade do preso a celebração de qualquer tipo de acordo para alcançar novamente a sua liberdade. Eduardo Araújo da Silva entende que este é um dos pontos mais sensíveis a se verificar na prática do processo penal, pois há uma grande possibilidade de constrangimentos para uma colaboração eficaz.⁴⁵

Desse modo, a doutrina aponta como um dos motivos da proibição da prisão a exigência da espontaneidade para colaborar, em que pese a Lei n. 12.850/2013 expresse a palavra voluntariedade no *caput* do art. 4º, e no §7º do mesmo artigo.

Nesse diapasão, Renato Brasileiro diferencia as expressões, dizendo que espontaneidade é aquele “cuja intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer interferência alheia”, enquanto que voluntariedade, é o que “nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento”, ainda que não tenha sido do agente a iniciativa.⁴⁶ Dessa forma, o autor entende pela literalidade da lei, que exige somente que o acordo deve ser dotado de voluntariedade, ou seja, sem qualquer coação, ainda que seja provocado por terceiros.

⁴⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13.** São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 57.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág. 739.

No mesmo sentido, Suxberger entende que voluntariedade advém do latim *voluntarius*, significando o “que age por vontade própria”. Desse modo, para o autor, agir voluntariamente é um ato de vontade que vem do indivíduo em autodeterminar-se e optar por praticar ou não uma ação, podendo ser sugerido por terceiros, como no caso da delação, pelas autoridades responsáveis pela investigação. Já a espontaneidade, continua o autor, a ideia surge da própria mente do acusado, sem ingerências externas.⁴⁷

Em suma, a Lei prevê a voluntariedade do colaborador, e não espontaneidade. Logo, conclui-se que não é necessário que o termo inicial para o acordo tenha que ser necessariamente do colaborador, mas pode vir de terceiros, como o Ministério Público, delegado de polícia, ou até mesmo de seu advogado ou defensor.

3.2 Modelo inquisitório

Superada a diferenciação dos termos voluntariedade e espontaneidade, bem como entendido que a lei exige que haja apenas a presença daquela expressão, surge o questionamento: a prisão preventiva, por si só, interfere na voluntariedade do colaborador, como um mecanismo de pressão psicológica, violência ou coação?

Primeiramente, é importante ressaltar que o acordo de colaboração premiada é legítimo, segundo Vinícius Vasconcellos, se aceito pelo investigado de forma voluntária, “sem pressões ou coações, com conhecimento de seus termos e de suas consequências, especialmente a renúncia de direitos fundamentais, como à defesa e ao contraditório, além de, por fim, apresentar uma base fática mínima para atestar sua adequação ao caso.”⁴⁸ Portanto, se houver pressão ou coação para a celebração do acordo, este será ilegítimo porque fere a voluntariedade e a validade deste, não podendo ser homologado pelo juiz.

⁴⁷ SUXBERGER, Antonio H G; MELLO, Gabriela S J V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. Vol. 3. N. 1. P. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40> Acesso em: 20 de abril de 2019.

⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. Pág. 89.

No entanto, é necessário citar o conceito de coação sob leitura do art. 153 do Código Civil⁴⁹, em que “não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.”. Desse modo, conclui Suxberger que só há coação se houver ilegalidade, portanto, a prisão preventiva por si só não pode ser considerada ato de coação se for legal e decretada em observância aos requisitos legais.

Insta salutar que de fato, a prisão é intimidante para um acusado em um processo penal. Porém, nem sempre se trata de violência ou de coação se for feita de acordo com a lei: após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória de pena privativa de liberdade, após um flagrante, ou como no caso em tela, prisão preventiva, casos em que estejam presentes todos os requisitos legais.

Ademais, segundo Ferrajoli, o prolongamento da detenção (exceto se para conservação de provas) tem o efeito de colocar o preso em condição de submissão, além de colocar obstáculos a sua defesa e induzi-lo eventualmente à confissão.⁵⁰

Sob este aspecto, se a prisão tiver o condão de obter informações, retoma-se o modelo inquisitório (baseado nos poderes de acusar, defender e julgar somente ao juiz, não existindo garantias fundamentais ao contraditório, ampla defesa, admitindo-se a tortura para a confissão e a busca da verdade⁵¹), advertindo sobre o interrogatório do acusado:

Sua coercitividade é não só um escopo desnecessário, mas um propósito francamente ilegítimo, cuja realização “para arrancar a confissão do réu” – nas palavras de Francesco Carrara – mostra “não estar morta a semente daqueles que secretamente lamentam a abolição da tortura; já que a masmorra, utilizada no sentido como acima se ensina, não é outra coisa que uma tortura disfarçada”.⁵²

Assim, segundo o autor, a coação para obtenção de informações do acusado em relação ao processo (sua confissão, bem como informações sobre envolvimento de terceiros, como é a organização criminosa, como se mantém, qual é o papel desempenhado por cada agente) não só é ilegítima, mas caracteriza tortura.

⁴⁹ BRASIL, Senado Federal. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 de junho de 2019.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 448.

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014. Pág. 45.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 448.

Importa ressaltar que o sistema inquisitório, foi superado ante o sistema acusatório (em que as funções de acusar, julgar e defender são de competência de pessoas distintas: Ministério Público, juiz e advogados/defensores, respectivamente) e pelos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que se destacam, dentre outros, a garantia do contraditório e da ampla defesa, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência. É importante proteger o princípio da presunção da inocência sob pena de reduzi-lo “a um inútil engodo, demonstrando que o uso desse instituto, antes ainda do abuso, é radicalmente ilegítimo e além disso apto a provocar, como a experiência ensina, o esvaecimento de todas as outras garantias penais e processuais”⁵³.

Na mesma linha de pensamento de Ferrajoli há a teoria dos jogos no processo penal, explicada por Alexandre Morais da Rosa, que segundo a qual as medidas cautelares podem configurar mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento, tendo em vista que “a prisão do indiciado/acusado é a modalidade de guerra com ‘tática de aniquilação’, uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura”⁵⁴

Assim, de acordo com essa teoria, a prisão cautelar é uma forma de pressão para angariar informações, uma vez que a defesa irá se movimentar para a liberdade do acusado. O autor segue explicando que somado a esse fator a facilidade probatória e a redução do acusado a objeto⁵⁵ podem ser úteis à acusação.

Conclui Alexandre Morais que, embora seja impossível a extinção das prisões cautelares, defende que para que sejam decretadas ou mantidas, é necessário que haja os requisitos legais, não bastando a referência a capitulação da conduta, mas a demonstração de sua excepcionalidade, a partir da noção do devido processo legal substancial (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito). Assim, a mera transcrição dos termos legais, bem como a mera gravidade da infração imputada, o clamor público e os antecedentes não bastam, devendo ser comprovada as condições fáticas para tal medida.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 445.

⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Pág. 78.

⁵⁵ DANTAS, Luziana Barata. **A Prisão Preventiva e o Paradigma da Pós-Modernidade em Bauman**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. Apud VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015. Pág. 89.

Portanto, à luz da teoria garantista de Ferrajoli e da teoria dos jogos, conclui-se que a pena cautelar de restrição da liberdade, ou seja, a pena privativa, se utilizada como forma de obtenção de meios de prova, tais quais a colaboração premiada, em que, reprisando o que já fora dito, o delator confessa e entrega terceiros, configura-se um retorno ao regime de inquisição, tornando um retrocesso ao avanço na legislação e na conquista de direitos e garantias fundamentais, alcançado para segurança do cidadão perante o poder Estatal.

Deve-se buscar, então, a autonomia da vontade do preso, respeitando-se a voluntariedade, pois trata-se de “requisito fundamental para a eficácia da colaboração premiada, é essencial para a garantia de direitos ao\à acusado\|a e, conseqüentemente, de uma persecução penal séria”.⁵⁶

3.3 A proibição da prisão preventiva e o cerceamento de defesa à luz do entendimento jurisprudencial

Percebe-se que em sede da operação Lava Jato existem investigados que foram presos preventivamente e após um certo período no cárcere, fizeram acordo de colaboração premiada, podendo citar Antonio Palocci, Joesley Batista, Roberto Youssef, dentre outros.

Dos exemplos citados, o caso que será analisado na presente pesquisa será o que envolve o Antonio Palocci⁵⁷. A razão da escolha desse caso está no fato de que Palocci permaneceu preso preventivamente desde setembro de 2016, impetrando diversos Habeas Corpus na Justiça (sendo todos negados), mas foi solto pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 29 de novembro de 2018, em virtude de acordo de delação

⁵⁶ MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org). **A delação/colaboração premiada em perspectiva**. Brasília: IDP, 2016. Pág. 87.

⁵⁷ “Antônio Palocci Filho exerceu o cargo de Ministro da Fazenda entre 01/01/2003 a 27/03/2006 durante o primeiro mandato do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Assumiu o mandato de Deputado Federal em 01/02/2007, licenciando-se, a partir de 01/01/2011, para exercer o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil durante o primeiro mandato da ex-Presidente Dilma Roussef, no qual permaneceu até 07/06/2011”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/evitar-ocultacao-propina-moro-determina.pdf> Acesso em: 04 de junho de 2019.

premiada firmado com a Polícia Federal e homologado pelo Desembargador João Pedro Gebran Neto em junho do mesmo ano.⁵⁸

Palocci foi preso investigado pelos crimes de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e associação criminosa, dando ensejo à Ação Penal n. 5054932-88.2016.4.04.7000/PR. A prisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC 5045442-90.2016.4.04.0000/PR, julgado em 14.12.2016 e impugnada no âmbito do STJ, por meio do HC 387.557/PR que, por sua vez, em 26.4.2017, não conheceu a medida. A prisão preventiva imposta foi mantida em sentença condenatória recorrível proferida, em 26.6.2017, em primeiro grau.

No STF, foi impetrado também o HC n. 143.333⁵⁹, caso em que houve divergência nos votos dos Ministros, que obteve maioria para manutenção de Palocci na prisão. De um lado, rejeitaram o pedido de liberdade da referida prisão preventiva os Ministros Edson Fachin, relator do processo, Alexandre Moraes, Barroso, Fux, Rosa Weber e Carmem Lúcia. Em sentido contrário se posicionaram os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Desse HC, surgiram algumas discussões entre os ministros sobre os pressupostos a serem atendidos para a prisão preventiva, como o prazo excessivo para compor a questão, tendo em vista que se passaram mais de quatro anos entre a prática da conduta e o encarceramento, a ausência de fundamentos para manutenção da custódia.

Segundo entendimento do Ministro Lewandowski, já havia tempo suficiente para exame do processo de Palocci, destacando também sua primariedade e bons antecedentes, o que não era motivo suficiente para manutenção da custódia. Destacou, ainda, que a prisão preventiva está ancorada exclusivamente na garantia da ordem pública, que se consubstancia, em caso, na probabilidade de reiteração delitiva – o que, no entendimento do ministro, é motivo frágil, diante do lapso temporal de mais de quatro anos entre a prática da conduta criminosa e o encarceramento.

⁵⁸ BOMFIM, Camila. **TRF-4 homologa delação do ex-ministro Antonio Palocci à Polícia Federal**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/trf4-homologa-delacao-de-palocci.ghtml>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 143333/PR**. Relator(a): Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2018, publicado em processo eletrônico DJe-055. Divulgado em: 20/03/2019, publicado em: 21/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076> Acesso em: 11 de junho de 2019.

O Ministro Gilmar Mendes destacou que a prisão não mais era necessária e deveria ser reavaliada conforme a evolução das circunstâncias, bastando a aplicação de medidas cautelares diversas, como as presentes no art. 319 do CPP, tendo em vista que “não há acusação de crimes violentos, não sendo a segregação a forma única de acautelar a sociedade”.

Ora, é de causar estranheza o fato de que Palocci passou 2 anos preso preventivamente, utilizando-se de todos os meios processuais para converter a decisão de prisão e conquistar sua liberdade, sendo todos esses meios negados, inclusive pelo STF, para posteriormente, após prestação de informações através de acordo de colaboração premiada ser solto.

Sobre esse aspecto, até os Ministros do STF, na votação do HC 143.333, posicionaram-se que a prisão preventiva para obtenção da colaboração premiada é ilegal, tendo em vista que não constitui fundamento legal para a custódia. O Ministro Gilmar Mendes advertiu que “não se pode, volto a repetir, usar prisão provisória para obter delação premiada! Isso é tortura, em qualquer lugar do mundo! E é preciso deixar isso muito claro; e isso é um vilipêndio a nossa história constitucional, e a história constitucional de qualquer país do mundo!”. O Ministro Marco Aurélio acrescentou que isso é inquisição.

Assim, a prisão para obter a colaboração torna-se ilegal, pois ausentes o fundamento para manutenção da prisão. Não pode a acusação, nem o juiz, amparar-se em fundamentos abstratos, sem provas concretas, prender para obterem informações, ou invocando anseios da sociedade, ante e impunidade frente a esses crimes, que de fato precisam ser combatidos, mas não se pode esquecer da lei, do devido processo legal.

Sob esta ótica, o Ministro Nefi Cordeiro, em votação do HC 509.030⁶⁰, que decidia sobre a prisão preventiva do ex-Presidente da República Michel Temer, destacou que não se pode prender pela gravidade abstrata do crime, pela revolta dos fatos, ou porque o acusado é “estrangeiro, rico ou influente. Não se pode prender como resposta a desejos sociais de justiça instantânea”.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC n. 509030**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma. DJe: Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901287822&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

Assim, por mais que um crime seja grave, o clamor popular não poderá ser levado em conta na hora da prisão. Tanto o juiz, quando os membros do Ministério Público têm que ser imparciais e agirem em estrita observância da lei e buscarem obtenção de informações e provas nos seus meios legais, ainda que os crimes sejam de elevada complexidade, como são os casos das grandes operações contra organizações criminosas, que envolvem crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, contra o sistema financeiro, dentre outros.

3.4 A prisão preventiva e a colaboração premiada

Conforme exposto em capítulo anterior, a prisão preventiva é medida cautelar, que tem como objetivo assegurar o resultado útil da investigação e do processo. Como é uma medida cautelar extrema, deve ser utilizada em último caso, excepcionalmente.

Destarte, deve ser utilizada como última medida, pois é necessário que haja uma análise prévia da viabilidade de empregar outras medidas cautelares, como as previstas no art. 319, CPP (a exemplo, o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante, dentre outras).

Como serve para justificar a proteção da persecução penal, deve estar fundamentada nos requisitos elencados no art. 312 do CPP, que são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Além desses requisitos, a decisão deve ser fundamentada em fatos concretos e atuais (não podendo se basear na gravidade abstrata do delito e em suposições sobre o que poderia acontecer) que demonstrem o perigo de voltar a delinquir e/ou interferir no resultado da persecução penal, sendo suficiente e idônea.

Deste modo, pela leitura do dispositivo do art. 312 do CPP, conclui-se que não constitui fundamento autorizador de prisão preventiva a sua utilização como meio para alcançar a colaboração premiada, nem tampouco isso se caracteriza um dos fundamentos citados acima. E se houver uma prisão com este tipo de fundamento, essa se revela ilegal. Nesse sentido, Suxberger entende que:

Como se vê, teoricamente, não há — nem deve haver — relação de causa e efeito entre prisão e colaboração. Se a prisão preventiva é decretada unicamente com o intuito de provocar a colaboração do acusado, ela é ilegal, pois a sua finalidade foi distorcida e manipulada de forma indevida. Nessa hipótese, há vulneração do requisito da voluntariedade, em virtude da ocorrência de coação do acusado, o que deve ensejar a nulidade do acordo e, conseqüentemente, dos elementos dele derivados.⁶¹

Cumprindo a prisão preventiva todos os requisitos, em plena legalidade, não há falar em coação, segundo o art. 153 do Código Civil, como assim citou Suxberger, pois a coação precisa de um ato ilícito anterior.

Se não há coação, nem ilegalidade, pode colaborar, desde que respeitada a voluntariedade do investigado/delator. E sobre isso, a Lei n. 12.850/2013 trouxe mecanismos para coibir abusos das autoridades na quebra desse requisito, quem importam na obrigatoriedade da presença do advogado/defensor do colaborador em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, conforme determina o § 15 do art. 4º da Lei de organizações criminosas.

Outra solução que a Lei trouxe foi a oitiva do colaborador pelo juiz, na presença de seu defensor, com a finalidade de verificar a voluntariedade, regularidade e legalidade do acordo, conforme o art. 4º, §7º, da Lei 12.850/2013, bem como o registro dos atos da colaboração pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, para obter a fidelidade das informações.

Portanto, segundo Suxberger, a proibição da colaboração premiada estando preso preventivamente, poderia inverter a intenção de proteger o investigado, ante a diminuição de uma das suas formas de defesa, pois “o réu preso cautelarmente é, assim,

⁶¹ SUXBERGER, Antonio H G; MELLO, Gabriela S J V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. Vol. 3. N. 1. P. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3il.40> Acesso em: 20 de abril de 2019.

um dos maiores interessados na colaboração, não pela coação exercida pela prisão, mas pelo forte receio do resultado final da persecução penal”. Acrescentou que:

Contudo, ao se transferir a crítica para os operadores do instituto, entra-se em uma zona obscura, em que não há certeza jurídica. Desconfia-se da idoneidade moral dos agentes estatais, mas não é possível controlar o pensamento de cada um dos envolvidos no acordo. Suspeita-se que medidas ilegais estão sendo tomadas, mas dificilmente elas serão comprovadas. A crítica que ora se apresenta pressupõe uma falência ética do Poder Judiciário. É como se não houvesse instância de controle que fosse confiável o suficiente para impedir que o réu sofra algum tipo de constrangimento indevido.

Desse modo, se a colaboração obtida for ilegal, ela deve ser anulada, seja pela ausência de voluntariedade, seja pela coação (a exemplo, tomada após uma prisão preventiva ilegal).

Comprovando-se a ilegalidade do acordo de colaboração premiada, vale ressaltar que as provas obtidas a partir da ilicitude deste meio de prova devem ser desconsideradas, pela leitura do art. 157, *caput* e §1º, do CPP, com a ressalva de quando não evidenciado o nexo de causalidade entre elas, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente. As provas ilícitas, por oportuno, bem como suas derivadas, devem ser desentranhadas do processo.

Importante ressaltar, por fim, que ao juiz cabe a solução de conflitos, de forma imparcial, aplicando as leis; enquanto ao Ministério Público, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, nesses casos, cabe ao juiz a observância do procedimento exposto na Lei n. 12.850/2013, que não poderá participar das negociações realizadas entre as partes, mas cabe a ele verificar os pressupostos legais do acordo e, caso presentes, homologá-lo. Ao Ministério Público, cabe a promoção da ação penal pública de acordo com a regra exposta no Código de Processo Penal e com a legislação penal vigente. Ambas as funções, de acordo com o cumprimento da lei, devem observar também os princípios fundamentais consagrados pela legislação pátria, como a presunção de inocência, garantia do contraditório e da ampla defesa, dignidade de pessoa humana, dentre outros.

CONCLUSÃO

A colaboração premiada vem sendo utilizada no Brasil, sobretudo após a operação lava-jato, tendo em vista os grandes esquemas de organizações criminosas e conseqüentemente a dificuldade em se obter provas se não por quem esteja dentro de tais esquemas, surgindo aí a figura do colaborador.

Assim, o enfoque deste trabalho foi responder o questionamento sobre em que medida as prisões preventivas interferem na voluntariedade do colaborador, ou seja, se as prisões preventivas quebram a voluntariedade e, por isso, deveria o juiz deixar de homologar tal acordo.

Foram traçados alguns pontos pelos quais se sustentaram a linha de pesquisa metodológica, quais sejam: a diferenciação da voluntariedade e da espontaneidade, apontado por alguns autores como um dos pontos da impossibilidade de se colaborar estando preso; a semelhança do *status* com o modelo inquisitório, em que o juiz compunha as funções de acusar e julgar, podendo ser utilizados todos os tipos de meios de prova para o alcance da verdade dos fatos, inclusive a tortura para obter a confissão; o estudo de caso da prisão preventiva de Antonio Palocci; a existência de parâmetros na Lei 12.850/2013 que coíbe a quebra da voluntariedade do colaborador.

Dito isso, concluiu-se primeiramente que a voluntariedade e espontaneidade possuem conceitos distintos e que a Lei n. 12.850/2013 previu em seus dispositivos o termo voluntariedade. Logo, não há necessidade que a colaboração seja espontânea, ou seja, podendo vir de terceiros como o Ministério Público, seu defensor/advogado ou até mesmo o delegado de polícia responsável pela investigação.

Ademais, quanto ao segundo ponto, nota-se que a colaboração obtida de uma pessoa com sua liberdade cerceada remete ao modelo inquisitório do processo penal. Isso porque, à luz do pensamento garantista de Luiz Ferrajoli e da teoria dos jogos, a prisão é um mecanismo que interfere no psicológico de quem está com a liberdade cerceada, pois se vê obrigado a colaborar com a justiça, fornecendo ao Estado informações sobre o que sabe (confessando, entregando terceiros) em troca da sua liberdade.

Porém, denota-se que a ilegalidade do instituto da prisão preventiva, quando ausentes os requisitos autorizadores para a medida extrema, além de outros requisitos,

como a fundamentação do juiz em fatos atuais e concretos, é que se configura a ideia de coação, por aplicação do conceito legal explícito no art. 153 do Código Civil.

No contrário, se presentes todos os requisitos, a prisão preventiva está amparada de legalidade, segundo o Código de Processo Civil e a jurisprudência, não há falar de coação. E se não há coação, não há proibição legal para colaborar, desde que se preserve sempre a voluntariedade do agente colaborador com mecanismos expostos pela própria Lei n. 12.850/2013, como a presença de seu advogado ou defensor em todos os atos do acordo, a oitiva do juiz para verificar a legalidade, voluntariedade e regularidade do acordo, bem como a utilização de recursos eletrônicos previstos na lei em tela.

Em caso de haver qualquer ilegalidade, seja pela violação da voluntariedade do colaborador ante a coação, seja pela própria prisão preventiva, que não pode ter como fundamento a aquisição de informações diante da colaboração premiada (pois assim estaria diante do retorno ao modelo inquisitório), o meio de prova estará viciado.

Se há ilegalidade na obtenção de prova (colaboração premiada), importa ressaltar que qualquer prova obtida a partir dela estará contaminada, de acordo com a teoria da árvore dos frutos envenenados, aplicação do art. 157 e seu §1º do Código de Processo Penal, de forma de devem ser retiradas do processo.

Além disso, o juiz, ao aplicar a prisão preventiva, deve observar também outros requisitos além daqueles expostos no Código de Processo Penal, como embasamento em fatos atuais em concretos, e impondo a medida sempre em tempo razoável que faça cessar o perigo da liberdade. Não pode prender alguém durante o processo pelas condições pessoais do réu/investigado, nem pelo clamor social, nem para obter informações diante de uma colaboração premiada, motivos que não se configuram como fundamentos adotados pela lei.

Dessa maneira, a utilização do fundamento de obter a colaboração premiada para prender preventivamente um réu não se configura fundamentação idônea para a cautela máxima e se alguma prisão tiver esse fundamento, será considerado ilegal, pois estaria retornando ao modelo inquisitório, há muito superado pelo modelo acusatório, incorporado pelo Código de Processo Penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html Acesso em:

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.html. Acesso em: 12 de março de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.html. Acesso em: 12 de março de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.html. Acesso em: 18 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. ADI n. 5508/DF**. Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Julgado em 04/12/2017, publicado em processo eletrônico DJe-283. Divulgado em: 07/12/2017, Publicado em: 11/12/2017.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4972866>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. HC n. 143333/PR**. Relator(a): Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 12/04/2018, publicado em processo eletrônico DJe-055. Divulgado em: 20/03/2019, publicado em: 21/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749413076>. Acesso em: 11 de junho de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 162154**. Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. DJe: 08/05/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749756468>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC n. 509030**. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma. DJe: Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201901287822&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em Habeas Corpus. RHC n. 109463**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. DJe: 21/05/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900712031&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6 ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BOMFIM, Camila. **TRF-4 homologa delação do ex-ministro Antonio Palocci à Polícia Federal.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/trf4-homologa-delacao-de-palocci.ghtml>. Acesso em: 30 de maio de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações Criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013.** Salvador: JusPODIVM, 2015.

MENDES, Soraia da Rosa (Org). **A delação/colaboração premiada em perspectiva.** Brasília: IDP, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** - 11 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** – 2 ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm: 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal. 18 ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.850 e 12.878, todas de 2013.** - São Paulo: Atlas, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.

SUXBERGER, Antonio H G; MELLO, Gabriela S J V. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre. Vol. 3. N. 1. P. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org.10.22197/rbdpp.v3il.40>. Acesso em: 20 de abril de 2019.

TAVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. Ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.