

INTRODUÇÃO

No ano de 2016 o instituto da colaboração premiada tomou novos rumos no Brasil, o que se deu em razão da Operação Lava Jato, onde se verificou que muitos dos investigados fizeram uso da colaboração premiada, com objetivo de diminuição de pena.

Esse formato de colaboração premiada, com a Lei n. 12.850/2013 trouxe vários benefícios aos colaboradores, que por sua vez, preferiram colaborar com as investigações, para que a partir disso pudessem ser beneficiados.

Ocorre que, muito se questiona com relação à celeridade e eficiência da colaboração premiada, já que se tem na Constituição Federal de 1988 princípios constitucionais penais que garantem ao investigado a persecução penal no formato que com garantia, o investigado possa exercer o direito ao contraditório e ampla defesa sem receber pressão do Estado.

As promessas da colaboração premiada são na verdade mecanismos de pressão do Estado no investigado que, com base em uma promessa de não receber pena, acaba por se auto incriminar.

Diante disso, questiona-se se a celeridade e eficiência da colaboração premiada violam princípios instituidores da Constituição Federal de 1988? A resposta do problema de pesquisa será dada a partir do método hipotético dedutivo, da pesquisa bibliográfica e documental.

Essa pesquisa se divide em duas partes, a primeira se analisa os princípios da Constituição de 1988 violados pela Colaboração Premiada e, num segundo momento análise da colaboração premiada do investigado encarcerado.

2 A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PELA COLABORAÇÃO PREMIADA

Neste tópico será tratado dos princípios constitucionais que, em tese, estão sendo violados com a realização do acordo de colaboração premiada nos termos da Lei n. 12.850/2013, sendo que tais violações implicam, a contento, com a mitigação de direitos fundamentais dos investigados contrariando, assim, a proteção constitucional.

2.1. Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública

O princípio da obrigatoriedade da ação penal se refere à atuação dos membros do Ministério Público que, de acordo com o art. 24 do Código de Processo Penal, estaria vinculado ao oferecimento de denúncia, presentes a materialidade delitiva e os indícios de autoria. Isto é, havendo justa causa, para deflagração da ação penal, o representante ministerial não tem a faculdade de oferecer a exordial acusatória. É o que dispõe textualmente Renato Brasileiro Lima:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e da justa causa para a deflagração do processo criminal. (LIMA, 2017, p. 215).

Mas, o princípio vem sendo excepcionado ao longo do tempo, seja por formas mais comuns, seja por outras específicas. No primeiro grupo se pode citar, por exemplo, a possibilidade de oferta de transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, da Lei n. 9.099/1995), materializando aquilo que um setor da doutrina denomina como princípio da obrigatoriedade mitigado ou discricionariedade regradada (PACELLI, 2017). A respeito, veja-se a lição de Tourinho Filho:

No que toca à obrigatoriedade, o próprio art. 24, sob comentário, diz que nos crimes de ação penal pública, esta será iniciada por denúncia do Ministério Público. A forma imperativa “será iniciada” demonstra, de logo, sua obrigatoriedade e legalidade, tanto mais quanto, para o Ministério Público deixar de promovê-la, deve invocar “razões”, como se observa no art. 28. [...] Hoje, contudo, o princípio da legalidade, entre nós foi amenizado com o instituto da transação, de que trata o art. 76 da Lei n. 9.099/95. No princípio da legalidade, o Ministério Público não pode julgar da conveniência, ou não, da propositura da ação penal; no da oportunidade, sim. [...] O art. 98, I, da Nossa Constituição autorizou a ‘transação’ em infrações de pouca monta, e a Lei n. 9.099/95, bem como a de n. 10.259/2001 disciplinaram a matéria; [...] Por isso mesmo, com os olhos para o número estonteante de inquiridos pertinentes a infrações de menor potencial ofensivo, os nossos legisladores constituintes, embora não quisessem adotar o princípio da oportunidade, por entendê-lo antiético, limitaram-se a mitigá-lo, adotando a transação na presença de todos os sujeitos processuais principais: Juiz, acusador, e acusado. Salvante essas infrações de pouca montam, o princípio da legalidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada é adotada em toda a sua pureza (TOURINHO FILHO, 2016, p. 165-166).

Também se poderá optar pelo arquivamento do inquérito policial e, neste caso, pela lei processual (art. 28), discordando o juízo, caberá o encaminhamento ao Procurador Geral de Justiça (no âmbito da justiça estadual) ou à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal (na seara da justiça federal) que, entre outras duas opções, poderá insistir pelo arquivamento, sendo que o magistrado deverá atender a medida.

De acordo com Renato Brasileiro (2017), há ainda outras possíveis mitigações do princípio da obrigatoriedade, como o termo de ajuste de conduta (bastante utilizado nas demandas ambientais), o parcelamento tributário, o acordo de leniência e o caso da colaboração premiada (art. 4º da Lei n. 12.850/2013).

No último contexto, dispôs o legislador que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e desde que seja o primeiro a prestar a colaboração (art. 4º, § 4º, I e II). Ocorre que a Lei n.º 12.850/2013 não trouxe em seu corpo normativo o que deverá acontecer com o agente colaborador que não for denunciado pelo *Parquet*, sendo omissa em relação à eventual extinção de punibilidade pelo perdão judicial. Em razão disso, estaria o colaborador nas mãos do Ministério Público que, quando bem entender poderia suscitar a deflagração da ação penal e, com efeito, violar os direitos fundamentais do colaborador? Visando obstar uma provocação extemporânea, deve-se interpretar a previsão legal, segundo Mendonça (2013), como um “acordo de imunidade”, sendo que em hipótese de deflagração da ação penal, caberá a defesa utilizar do *habeas corpus*, de sorte que faltaria uma das condições gerais ao exercício da ação penal, ou seja, o interesse de agir.

2.2. Princípio do Devido Processo Penal Substantivo

Com previsão constitucional (art. 5º, LIV), o princípio serve como mandamento ao legislador infraconstitucional e ao magistrado e se operacionaliza pelo pensamento da proporcionalidade. Vejamos a orientação de Alexandre Moraes da Rosa:

(...) para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo das intervenções desnecessárias e ou excessivas. (ROSA, 2013, p. 64).

Do Supremo Tribunal Federal, extrai-se de voto do Ministro Gilmar Mendes:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais, assegura que todo julgamento seja realizado com observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. (STF, AI n. 529.733, DJ 01/12/2006).

Na seara judicial, desejando-se um processo justo e adequado, materialmente informado, não há como abrir mão de outros princípios constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV). Em ambos se manifesta o direito a não produzir provas contra si mesmo ou o direito a não autoincriminação que, a princípio, não tem sido observado com a regulamentação da Lei n.º 12.850/2013, pois o colaborador, para ter algum benefício, precisa imputar a si mesmo a autoria delitiva.

O *nemo tenetur se detegere* tem origem no direito anglo saxão e encontra base legal no inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, bem como no Pacto de São José da Costa Rica. De acordo com Nucci, o princípio expressa “a imunidade à autoacusação” (2017, p. 138). A respeito do princípio, complementa Maria Elizabeth Queijo:

O *nemo tenetur se detegere* foi acolhido, expressamente, no direito brasileiro, com a incorporação ao direito interno do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por força de tal incorporação, em consonância com o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, como direito fundamental, o *nemo tenetur se detegere* possui hierarquia constitucional, portanto, não poderá ser suprimido nem mesmo por emenda constitucional. Tal entendimento não foi modificado pelo art. 5º, § 3º, do texto constitucional, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, mas por ele corroborado. (QUEIJO, 2012, p. 480).

Diante deste contexto deve-se questionar se a previsão constante do § 14 do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013 seria oposta ao princípio? Literalmente: “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. A pergunta encontra uma visão dicotômica, mas a favor da inconstitucionalidade manifesta-se Bitencourt:

O dispositivo é claramente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição, como em todos os pactos de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo a pretexto de colaborar com a Justiça, ou seja, na condição de colaborador (2014, p. 325)

A orientação do autor sufraga-se no garantismo liberal, sopesando o princípio a favor dos acusados em geral. Por outro lado, há quem faça outra leitura, propugnando que o direito ao silêncio poderia ser relativizado para, inclusive, ser renunciado em troca de favores legais. Para Marcos Paulo Dutra:

É certo que, ao optar pela colaboração, não estará propriamente renunciando ao silêncio – art. 5º, LXIII, da CR – nem à garantia à não autoincriminação – art. 8º, 2, g, da Convenção de Direitos Humanos –, porque indisponíveis, e sim deixando de exercê-lo naquele ato, a partir de manifestação de vontade marcada pela voluntariedade e consciência, afastando qualquer pecha de inconstitucionalidade. (DUTRA, 2016, p. 99).

Tal posicionamento diverge de uma adequada interpretação constitucional, haja vista que quando o colaborador decide negociar a única coisa que almeja é o prêmio, mesmo não se importando e quantificando, especificadamente, o que sua colaboração poderá repercutir de impactos na vida de terceiros. Divergindo deste posicionamento, salienta Felipe Barros:

Da leitura do dispositivo legal não dá para se concluir que existe qualquer ato de intervenção estatal a priori indevido na área de proteção constitucional do direito ao silêncio, pois este direito fundamental, assim como outros, pode sim ser objeto de renúncia desde que revestido de ato de voluntariedade, isto é, não decorre de alguma atitude que parta do Estado e que seja tendente ou abertamente voltada à supressão da vontade do indivíduo em permanecer calado, tal como ocorreria em priscas eras, em que a confissão era o principal meio de prova e a tortura física ou psicológica o meio mais comumente usado para se obtê-la. (BARROS, 2016, p. 144).

A questão é objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal na ADI 5567 ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL). Até o término do trabalho, ainda não se realizou a sessão¹. Contudo, em Parecer da Procuradoria Geral da República, infere-se que “o termo ‘renunciar’ ao direito ao silêncio, constante do art. 4º, § 14 da Lei 12.850/2013, deve ser entendido como ‘abrir mão do exercício’, e não como renúncia definitiva àquele direito fundamental”.

Antes do trágico falecimento, no entanto, o Ministro Teoria Zavascki havia se posicionado ao homologar acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e o ex-Senador do Estado de Mato Grosso do Sul, Delcídio do Amaral, advertindo que a expressão “renuncia” à garantia contra a autoincriminação e ao direito

¹ Com o trágico acidente que vitimou o Ministro Teori Zavascki, determinou-se escolha de novo relator. No dia 20 de julho de 2017 se realizou conclusão ao novo relator.

ao silêncio deveria ser interpretada “com a adição restritiva ‘ao exercício’ da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins” (Petição 5.952).

Ainda sobre a construção constitucional, veja-se a posição de Lima:

Parece ter adivido um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo renunciar. Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, “g”) é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito do silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. Na verdade, não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em opção exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá contar com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado de que não é obrigado a “colaborar para a sua própria destruição” (*nemo tenetur se detegere*). (LIMA, 2014, p. 732).

O direito ao silêncio, como princípio, está intimamente ligado ao que dispõe o princípio do *nemo tenetur se detegere*, porém, se diferem, já que o primeiro diz respeito ao direito de permanecer em silêncio ao que lhe for perguntado, e o segundo diz que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, o que é mais brando.

A decisão de colaborar com as investigações, em nosso juízo, não significa que o fez de livre e espontânea vontade, já que teve que renunciar seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Aliás, como em muitas ocasiões a colaboração não se faz de forma imediata, senão apenas depois de dias ou até meses de detenção do investigado ou réu, pode-se cogitar, ao menos, a ocorrência de uma coação psicológica.

Observa-se, ainda, que o benefício decorrente do § 4º do art. 4º da Lei 12.850 acabaria por afastar o tratamento isonômico estatal quanto aos demais criminosos que compõem a organização e que também podem ser colaboradores. Segundo frisam Ferro, Pereira e Gazolla, “as duas condições do dispositivo são consideradas impertinentes e vulneradoras do princípio da isonomia” (2014, p. 129). Por essa razão, poderia ocorrer que o membro da organização, ao pressentir que algum dos outros membros poderia ser colaborador, “correria” para o Ministério Público para que fosse o primeiro colaborador, para que então pudesse receber o possível benefício de não ser denunciado, o que é uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

2. 3. Princípios da Ampla Defesa e Contraditório

Falou-se antes dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Com previsão constitucional (art. 5º, LV), são considerados por Aury Lopes Júnior (215, p. 369), como “métodos de confrontação da prova e comprovação da verdade”. Sobre a diferença entre ambos, veja-se as considerações de Lima:

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posição antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra. (LIMA, 2014, p. 57).

A relação desses princípios com a Lei n. 12.850/2013 está no sentido da forma como ocorre o sigilo das investigações conduzidas com a colaboração premiada (art. 23), pois, por vezes, dificulta-se a obtenção das provas produzidas no inquérito ou processo, o que obsta não apenas a defesa do colaborador, mas de todos os demais envolvidos no processo.

Infere-se do dispositivo legal:

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e eficácia competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Sobre essa situação fática, em entrevista televisiva, Pierpaolo Bottini, professor da Universidade de São Paulo e advogado, comentou sobre a operação Lava Jato:

Não há nenhuma irregularidade em publicizar aqueles áudios. O grande problema é que os corréus nessa ação, os demais investigados, não têm acesso a delação original. Isso me parece violar o direito de ampla defesa e contraditório. Se a acusação tem acesso a tudo, em algum momento a defesa também deve ter esse acesso. Mesmo que a delação não seja utilizada formalmente para fundamentar a ação, o juiz tem acesso ao seu conteúdo e forma seu convencimento com base naquilo.

Não é diferente a posição externada por Fábio Ramazzini Bechara:

A partir do momento em que a colaboração processual produz efeitos penais imediatos, sem ação penal, e sem que a prova seja submetida ao contraditório,

a garantia da busca da verdade está cedendo em razão da vontade das partes em obter uma solução comum, e com um acréscimo, a palavra do colaborador passa a ser o elemento de convicção determinante a embasar uma decisão definitiva. (BECHARA, 2012, p. 5).

As dificuldades enfrentadas pela obtenção da íntegra das provas produzidas nos procedimentos de colaboração premiada podem ensejar violação direta ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois as transcrições dos depoimentos do colaborador não devem ficar restritas ao Ministério Público e ao julgador. Para evitar tal consequência, pensa-se que, por analogia, poderia ser aplicada a regra da Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, permitindo-se à defesa o acesso ao teor da colaboração pela defesa assim que devidamente documentada.

2.4. Princípio do Juiz Natural

Especificamente relacionado à jurisdição, o princípio do juiz natural encontra previsão nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal. Segundo a lição de Jacinto Coutinho (1998), o princípio é uma expressão da isonomia e um pressuposto da imparcialidade. Para Pacelli, esse princípio tem duas vertentes fundamentais, uma que obsta a composição de um tribunal de exceção e outra que define previamente ao fato criminoso a competência judicial. Textualmente:

(...) O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais. E a razão de tal exigência assenta-se na configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente. (PACELLI, 2017, p. 34).

Como a colaboração poderá realizar-se extrajudicialmente, isto é, realizar-se na fase preliminar das investigações (firmada com o Ministério Público ou com o Delegado de Polícia) dependerá, para surtir efeitos, da homologação judicial. O juiz que a realizar (que, inclusive, pode ser o mesmo que decretou uma prisão preventiva ou que ordenou uma busca e apreensão) estaria comprometido ao final da instrução quando da prolação da sentença, viciando a decisão em razão de sua parcialidade.

Corroborando o pensamento, dispõe Filomeno:

Assim, princípio do juiz natural não é visto como uma mera qualidade do juiz, mas sim no sentido de ser um verdadeiro princípio fundante do Estado Democrático de Direito. A maioria da doutrina não discute sobre esse princípio no caso da colaboração premiada, porque parte do pressuposto de que haverá recurso e, em segunda instância, o Órgão Colegiado do Tribunal cumpriria com a função de verificar se a persecução penal respeitou os trâmites formais de forma totalmente imparcial. (FILOMENO, 2017, p. 130)

A professora Heloísa Estellita elenca o mesmo problema, pois tal proceder implica duplo julgamento do mérito da ação penal: “a) o juízo de condenação; b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para aplicação da causa de diminuição de pena” (2007, p. 3). De forma mais detalhada, descreve as angústias do delator e do delatado:

No momento em que um magistrado ‘homologa o acordo’, ele está a afirmar (antecipadamente) sua convicção sobre a veracidade das informações que são fornecidas pelo delator sobre a ‘identificação dos demais coautores ou partícipes’. Lembremos que o delator só fará jus a diminuição da pena ou do perdão judicial quando o magistrado se convencer de que ele ‘colaborou voluntariamente na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime’, ou seja, é necessário que o magistrado esteja convencido de que as pessoas apontadas pelo delator efetivamente são coautores ou partícipes do crime perpetrado. (...) Este julgamento antecipado do mérito da ação penal efetuado na celebração do ‘acordo’ priva delator e delatado de garantias básicas decorrentes do devido processo legal: de um lado, priva o acusado delator de qualquer possibilidade de um julgamento justo, porque o seu julgador já se ‘comprometeu’ a condená-lo; e, de outro, tira dos delatados a mesma possibilidade, pois já se proferiu um juízo antecipado de certeza sobre a ‘identificação dos demais coautores ou partícipes’ (2009, p. 3).

3 A EFICIÊNCIA DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colaboração premiada, marcada pela busca pela celeridade processual, teve sua evolução no ordenamento jurídico, havendo um forte processo de expansão da sua eficácia e aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro. Isso se verifica não apenas com relação ao Poder Legislativo em decorrência dos avanços dogmáticos, senão também é perceptível a partir da aplicação de suas normas pelo Poder Judiciário com o objetivo de efetivar o processo penal como meio marcado pela eficiência do seu procedimento e da produção de provas.

Conforme André Callegari, o efficientismo pode ser considerado como “pragmatismo utilitarista que se impôs na legislação penal a partir do qual se aproveitam as demandas de lei e de ordem, construídas por meio dos meios de comunicação, para dar respostas simbólicas de maior intervenção penal” (2010, p. 131). Nessa perspectiva, dispõe Vera Andrade:

Globalmente considerada, pois, esta lógica se traduz numa subprodução (déficit) de garantismo e numa sobreprodução (excesso) de seletividade /arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém umnexo funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades sociais, isto é, com a violência estrutural. E desse desequilíbrio resulta a grave crise de legitimidade experimentada pelo moderno sistema penal, não obstante a sobrevivência de sua autolegitimação oficial associada a demandas político-criminais e sociais relegitimadoras de sua intervenção. É o chamado eficientismo penal (...). (ANDRADE, 2014, p. 176).

Verifica-se, portanto, que a colaboração premiada é imposta na sociedade como uma política criminal que busca a eficiência da persecução penal em nome da segurança pública. Esse discurso justifica a realização de qualquer mal necessário para a obtenção de provas e efetivação do instituto, em especial porque o sistema investigatório clássico não seria suficiente ou é deficiente. Novamente com Vera Andrade:

Nessa perspectiva, a crise do sistema punitivo é tida como crise conjuntural de eficiência no combate à criminalidade, como mal funcionamento do sistema, proclamando a sua continuidade em maior quantidade de controle do crime. Se o sistema não funciona, é porque não é suficientemente repressivo. (ANDRADE, 2014, p. 186).

O eficientismo tem como fim a busca por qualquer meio de prova à realização de um processo célere e eficiente, como é com a colaboração premiada. E considerando que o Estado não consegue desvendar os crimes ocorridos sozinho, ele se utiliza do prêmio ao agente que colaborar com as investigações de modo a entregar seus pares. Reforça-se que a colaboração premiada promove um menor custo processual. Daí é possível extrair que a colaboração está arraigada à análise econômica do direito, mas se mostra indiferente com o investigado.

A visão econômica, nesse caso, realmente corrobora a alegação de uma ineficiência da investigação pelo Estado que, sobrecarregando o próprio investigado, quer desvendar o crime e sair como o descobridor. Posner, citado por Alexandre de Moraes, numa visão econômica do direito, aduz que “a única justificativa para a interferência na liberdade econômica e individual é uma séria falha operacional do mercado” (2010, p. 96).

Em contrapartida ao eficientismo proposto pela colaboração premiada se afere várias violações de garantias e direitos fundamentais previstos constitucionalmente. O preço é muito alto e pode atingir a todos. Qual é o preço de sua liberdade?

O caminho seguido pelo eficientismo é a imposição da colaboração como um meio de investigação célere e de baixo custo. Do outro lado, porém, existe considerável

redução de direitos e garantias fundamentais como efeito da violação a princípios constitucionais. Veja-se, a respeito, o posicionamento de Michelle Barbosa de Brito:

Despreza-se, portanto, o Direito Penal Mínimo estabelecido na Constituição Federal de 1988, que impõe limites à atuação estatal por meio da proteção dos direitos fundamentais, e exalta-se um Direito Penal Máximo, que maximiza o poder punitivo e minimiza liberdades em prol de um processo penal eficiente, reduzindo os direitos fundamentais a um reconhecimento meramente formal. Em matéria de delação premiada, a legislação ordinária coloca à disposição do juiz as ferramentas para um procedimento pautado pelo critério da eficiência, o qual será reproduzido na decisão penal, em detrimento de direitos fundamentais e de princípios consagrados na Carta Federal, o que, definitivamente, não condiz com um Estado Democrático de Direito. (BRITO, 2016, p. 89-90).

O processo penal pode até ser visto como um mecanismo de busca jurisdicional rápida desde que observados - e não violados - os princípios constitucionais que balizam o Estado Democrático de Direito. A descoberta de crimes realmente pode ocorrer a um custo econômico baixo por meio da colaboração, mas, qual é o custo do efficientismo em razão de investigações que violam princípios constitucionais? Ainda que se possa sustentar que a colaboração premiada fomenta uma política criminal eficiente, também se deve abandonar os limites éticos constitucionais? Pode-se responder as questões com apoio de Keller:

Há evidente preocupação quanto ao uso em demasia da delação premiada, de modo que, não se interferira nos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna. Dá-se aos direitos fundamentais o status de intangibilidade, isto é, sendo esses direitos basilares, deverão ser inatacáveis, ainda que com o ténue argumento da manutenção do bem comum, sob pena de aniquilar a ordem das coisas. (KELLER, 2007, p. 104).

Acaso desconsideradas as violações constitucionais em favor do efficientismo processual penal, deve-se apenas frisar que “é imprescindível o cotejo da delação com as demais provas apresentadas e investigadas, nunca sozinha” (KELLER, 2007, p. 115). A razão é simples: para obter um prêmio pode o investigado mentir, até porque se trata a colaboração de uma traição e, por isso, torna-se fácil prejudicar outrem.

De tudo o que se extrai do uso da delação premiada, conclui-se que ela, de fato, pode ser sacada para, aliada às demais provas contidas no processo, basear a decisão penal. Contudo, como dito, o tratamento deverá ser sempre associado, aos demais elementos dos autos. (KELLER, 2007, p. 117).

A respeito veja-se decisão do Supremo Tribunal Federal:

Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de corréus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas. (2ª T. HC 75.226/MS, rel. Ministro Marco Aurélio Mello, DJ 19/09/1999).

4. COLABORADOR ENCARCERADO: NEGOCIAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONTRASSENSO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS

No curso das investigações policiais, como as ocorridas na conhecida Operação Lava Jato, várias prisões cautelares foram (e ainda são) efetivadas. Ao decretá-las, o respectivo juiz determinou o destino de agentes não vulneráveis: enfrentar o horror do cárcere. Pessoas com projeção social elevada se tornaram hóspedes de um ambiente rude e severo e, neste espaço, passaram a sofrer com os condicionamentos do sistema penal.

Após um período preso (longo para alguns e curto para outros) surge a “vontade” de recebimento de prêmio. Neste contexto, o órgão persecutor, de posse de vasta gama de provas (escutas telefônicas, depoimentos e documentos), propõe ao investigado encarcerado a colaboração premiada como dispõe o art. 3º, I, da Lei n. 12.850/2013. No caso, um agente privado de liberdade passa a negociar um prêmio com o Ministério Público ou com um Delegado de Polícia, ainda que produza prova contra si mesmo. Como descreve Michelle Barbosa de Brito (2016), o referido direito é transformado em mercadoria, podendo ser comprável, vendável ou permutável. Tratar-se-ia, agora, de um direito fundamental patrimonial.

Da forma como a colaboração premiada vem sendo tratada no Brasil e seguindo os ditames legais, percebe-se uma verdadeira barganha do direito fundamental de não produzir prova contra si mesmo (representado pelo princípio *nemo tenetur se detegere*) motivada pela busca da liberdade pelo colaborador encarcerado. Por essa razão, a própria colisão de direitos fundamentais do colaborador que fica encarcerado e que presta toda a colaboração para as investigações desvirtua a natureza dos direitos fundamentais, pois, na linha de raciocínio de Rosa e Linhares, a liberdade é tratada como moeda de troca. Veja-se textualmente:

Os Direitos Fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos. Ao contrário, os Direitos Patrimoniais são disponíveis por sua definição, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam e aqueles permanecem invariáveis. Os bens se adquirem, trocam-se e se vendem. As liberdades não se trocam nem se acumulam. (ROSA; LINHARES, 2009, p. 18).

Neste sentido deve ser visto a forma de condução de processos penais nos quais existam colaboradores, pois é imperiosa a observância da necessidade de preservação dos direitos fundamentais. A manutenção do colaborador no cárcere explicita possível “extorsão premiada”, como no entendimento de Filomeno:

A crítica se faz no sentido de que não existiria uma “extorsão premiada”, que ofende o princípio *nemo tenetur se detegere*, pois a maioria dos acordos são realizados quando o indivíduo se encontra preso, preventivamente ou temporariamente, subvertendo a ordem jurídica das garantias fundamentais, entre elas a de permanecer em silêncio. (FILOMENO, 2017, p. 119).

No mesmo sentido são as considerações de Reale Júnior (2014):

Transformar a prisão, sem culpa reconhecida na sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação é uma proposta que repugna ao Estado de Direito: ou o acusado confessa e entrega seus cúmplices, ou permanece à espera do julgamento, com a possibilidade de condenação, mas passível de uma grande redução da pena se colaborar com as investigações. Evidentemente, não se compadece como o regime democrático que o Estado valha-se do uso da violência para extrair confissões. Além do aspecto moralmente negativo e da afronta à integridade psíquica e física do investigado, essa finalidade outorgada à prisão cautelar desrespeita o devido processo legal (...). (...) é condição da delação à voluntariedade, sendo a prisão, como meio de pressão para confessar, o inverso da exigência de ser voluntária a delação, pois só há voluntariedade quando não se é coagido moral ou fisicamente.

O Ministério Público, como órgão persecutor, tem ciência que a prisionização dos investigados por período considerável ensejará a colaboração do agente por meio da revelação do funcionamento da organização criminosa e de outros nomes. Para esta informação e outras há um prêmio aguardando o colaborador. A prisão, portanto, é um meio de constrangimento, embora outro seja o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não sua liberdade de locomoção. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisório ou definitivamente, desde presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiaias por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia. (Habeas Corpus n 127.483/PR, Relator Dias Tóffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27 de agosto de 2015).

Mencionou o Ministro relator que é imprescindível, na ocorrência de colaboração premiada com investigado encarcerado, que ele tenha liberdade psíquica para

expressar de forma voluntária a sua participação na organização criminosa investigada. Porém, na verdade, a manutenção do investigado no cárcere funciona justamente à obtenção da colaboração e esta se apresenta como uma imposição psicológica, pois, em razão de sua condição de encarcerado, passa a negociar seu direito fundamental ao silêncio em favor de liberdade.

E nada impede que, mesmo colaborando, permaneça segregado. E nos tempos atuais, não se garante que haverá o efetivo descarte da colaboração, pois, ainda que não utilizada para fins de investigação em relação a outros agentes, pode-se utilizá-la, ao menos com um reforço moral para fins de condenação do próprio delator, visto que sua confissão é um pressuposto da medida. Logo, a privação de liberdade acabará estendida, agora com a condenação.

Desse modo, pelo que propõe o presente caso, conclui-se que o encarceramento para a obtenção da colaboração premiada é fato ensejador a viciar todas as provas que decorram da colaboração, porquanto violados direitos fundamentais do investigado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova para instrução e persecução penal nos termos expostos na Lei n. 12.850/13, não cumpre as determinações constitucionais do direito processual penal, de sorte que a busca pela eficiência da persecução penal não pode ser realizada com violações aos direitos e às garantias fundamentais do acusado.

A Lei n. 12.850/13, que adotou o instituto da colaboração premiada como um meio de prova para fins de combate do crime organizado, não pode ser aplicada a margem de preceitos constitucionais visando unicamente agilizar investigações policiais e processos penais. Antes de se buscar – a todo custo – ampliar a eficácia da persecução penal, transformando-se o Poder Judiciário em balcão de negócios, faz-se necessário observar nossa Carta Federal.

O Estado, como detentor do poder de investigação, deve se valer de outros meios para realizar as investigações envolvendo organizações criminosas. A utilização descontrolada dos investigados pressupõe, em muitos casos, o esquecimento do discurso garantista. A ampliação de benefícios aos colaboradores, oriunda da Lei n. 12.850/2013,

apenas revela as dificuldades estatais quanto à prevenção e repressão do crime organizado.

Faz-se necessário preservar o princípio da legalidade, base de todo sistema criminal. Tudo que é legislado deve valer mais do que aquilo que foi negociado. Um único instituto não pode desfigurar por completo o Direito penal e o Direito processual penal. Um mero contrato não pode ter maior valor que as normas cogentes de dois ramos do Direito público.

Mais além destas violações, o regramento legal atinente à colaboração premiada ainda coloca alguns interrogantes no que tange à premiação, pois, quais parâmetros o julgador deve seguir para fins de definir o quantum de redução ou a extinção da punibilidade do processado? Ou seja, como quantificar a eficácia das informações recebidas? Isso sem considerar a questão de se premiar um traidor, valendo-se de um termo mais popular.

Aliás, o instituto enfraquece a própria segurança jurídica, como não há como avaliar se as informações prestadas pelo colaborador são efetivamente verídicas. Coloca-se em dúvida, inclusive, a real intenção do agente: ajudar nas investigações ou colher um prêmio?

Pelo exposto, o mecanismo da delação premiada, nos moldes hoje vigentes, reveste-se de inconstitucionalidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT. Cesar Roberto. Delação premiada na lava jato está eivada de inconstitucionalidades. <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cesar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso 07/08/2018.

BITTAR. Walter Barbosa. **O Problema do Conteúdo da Valoração do Depoimento dos Delatores Diante do Conceito da Justa Causa para o Regular Exercício da Ação Penal.** Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/41>>. Acesso em 18 de abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75.226 do Mato Grosso do Sul** – Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão julgado em 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 15 de mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96.007 de São Paulo** – Distrito Federal. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão julgado em 12 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 15 de mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483 do Paraná** – Distrito Federal. Relator Min. Dias Tófoli. Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão julgado em 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 15 de mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 3984** – Distrito Federal. Relator Min. TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão julgado em 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em 15 de mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 84.609 de São Paulo** – Distrito Federal. Relator Min. Laurita Vaz. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão julgado em 04 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em 15 de mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 174.286 do Distrito Federal** – Distrito Federal. Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão julgado em 10 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/TV/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Jurisprud%C3%Aancia/Pesquisa-de-Jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em 15 de mar. 2018.

CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. **Nova Interpretação do Acordo de Cooperação Premiada**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/nova-interpretacao-sistematica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>>. Acesso em 14 de abr. 2018.

KELLER, Juliano. **Crítica à delação premiada a partir do garantismo penal (Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí)**, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador. Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** – 9. Ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal** – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. Araújo Reis, Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Direito Processual Penal Esquematizado** – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre de Morais da. CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre de Morais da. **Como a delação premiada transforma o processo penal em mercado judicial**. <http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/limite-penal-delacao-premiada-transforma-processo-mercado-judicial#_ednref1>. Acesso 07/08/2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado: Volume I**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.