



Universidades Lusíada

Gomes, Marcus Alan de Melo

Investigação criminal e direitos humanos : a colaboração premiada

<http://hdl.handle.net/11067/5458>

<https://doi.org/10.34628/96g6-1e89>

Metadados

Data de Publicação

2019

Resumo

A colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova previsto na legislação brasileira que trata da investigação das organizações criminosas. Sua aplicação se inspira na busca da chamada verdade real, que orienta o modelo eficientista de persecução penal. A disciplina legal do instituto suscita, entretanto, questionamentos a nível da sua compatibilidade com determinadas garantias fundamentais, em especial o princípio da não auto-incriminação, uma vez que, para a celebração do acordo, impõe...

The plea agreement is a means of obtaining proof under Brazilian legislation that deals with the investigation of criminal organizations. Its application is inspired by the search for the so-called real truth, which guides the efficient model of criminal prosecution. The legal discipline of the institute raises, however, questions as to its compatibility with certain fundamental guarantees, in particular the principle of non-self-incrimination, since, in order to conclude the agreement, the accu...

Palavras Chave

Direitos fundamentais, Investigação criminal, Colaboração premiada

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 21-22 (2019)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-05T23:22:51Z com informação proveniente do Repositório

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DIREITOS HUMANOS: A COLABORAÇÃO PREMIADA¹

CRIMINAL INVESTIGATION AND HUMAN RIGHTS: THE PLEA AGREEMENT

Marcus de Melo Gomes ²

Resumo: A colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova previsto na legislação brasileira que trata da investigação das organizações criminosas. Sua aplicação se inspira na busca da chamada verdade real, que orienta o modelo eficientista de persecução penal. A disciplina legal do instituto suscita, entretanto, questionamentos a nível da sua compatibilidade com determinadas garantias fundamentais, em especial o princípio da não autoincriminação, uma vez que, para a celebração do acordo, impõe-se ao colaborador a renúncia ao direito ao silêncio, com a consequente imposição do dever de falar a verdade. O objetivo do presente ensaio reside no exame de uma possível inconstitucionalidade da colaboração premiada em face da garantia da não autoincriminação no contexto de um sistema acusatório refratário a mecanismos consensuais que reforçam o eficientismo do processo penal.

¹ O presente texto, base da conferência apresentada na Universidade Lusíada - Norte (Porto) em 23 de outubro de 2018, ao ensejo do Colóquio “Investigação criminal e direitos humanos: a colaboração premiada”, reproduz, em linhas gerais, o conteúdo de artigo intitulado *A colaboração premiada e o direito a não autoincriminação na Lei 12.850/2013*, de autoria do conferencista e de Michelle Barbosa de Brito, publicado no Brasil na obra *Pautas constitucionais contemporâneas volume II* (Editora Lumen Juris, 2015). Estão igualmente associadas ao trabalho ideias sobre a verdade, a prova e o consenso no processo penal, além de aspectos polêmicos, no campo jurídico e criminológico, das organizações criminosas, apresentadas pelo autor em palestras e escritos anteriores.

² Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com Pós-Doutoramento pelo Centro de Direitos Humanos (*Ius Gentium Conimbrigae*) da Universidade de Coimbra. Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (Brasil). Membro do Centro de Estudos Jurídicos, Econômicos e Ambientais (CEJEA) da Universidade Lusíada - Norte (Direito Penal e Criminologia). Vice-Presidente da Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa - AICLP. Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal de Belém.

Palavras-chave: Colaboração premiada; Organizações criminosas; Verdade real. Princípio da não autoincriminação; Eficientismo do processo penal.

Abstract: The plea agreement is a means of obtaining proof under Brazilian legislation that deals with the investigation of criminal organizations. Its application is inspired by the search for the so-called real truth, which guides the efficient model of criminal prosecution. The legal discipline of the institute raises, however, questions as to its compatibility with certain fundamental guarantees, in particular the principle of non-self-incrimination, since, in order to conclude the agreement, the accused is required to waive the right to silence, with the consequent imposition of the duty to speak the truth. The objective of this essay is to examine a possible unconstitutionality of the plea agreement in the face of the guarantee of non-self-incrimination in the context of an accusatory system refractory to consensual mechanisms that reinforce the efficiency of the criminal process.

Keywords: Plea agreement; Criminal organizations; Real truth. Principle of non-self-incrimination; Efficientism of criminal proceedings.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Lei n.º 12.850/13 e o efficientismo no processo penal. 3. Construção da verdade a partir do consenso no processo penal. 4. TA colaboração premiada e a manipulação do direito a não autoincriminação. 5. Considerações finais. Bibliografia consultada.

1. Introdução.

A verdade é um dogma que acompanha o processo penal desde sempre. Alimenta o anseio humano pela completude da vida e está por trás de todas as expectativas de conhecimento da realidade no tempo e no espaço. É, por assim dizer, a alma de uma filosofia do tangível, a ideia que faz crer na exatidão do passado e na precisão do mundo que nos rodeia no presente.

O discurso de legitimação do sistema penal tem sido elaborado, ao longo da história, a partir de uma presumida capacidade do processo penal de reproduzir - *criar* talvez fosse o termo mais apropriado - a verdade (real) para justificar a punição. Assim foi nos tribunais da Santa Inquisição, assim permanece sendo até hoje, mesmo em regimes políticos democráticos. A verdade flerta com o exercício do poder na esfera penal e transforma-se no ópio que entorpece todos e os convence da indispensabilidade da punição.

Mas a verdade não brota do vazio, não surge do nada. Precisa ser *buscada*, *perseguida* e *revelada*. O instrumento concebido pelo processo para este fim é a *prova*. Sem ela, nada avança. Por ela, quase tudo se permite. Tanta importância converteu-a na espinha dorsal de qualquer modelo de persecução penal, especialmente os de viés repressivo.

Essa breve introdução reflete, muito sucintamente, os tortuosos caminhos trilhados pela política criminal no Brasil no campo da prova. A proposta de um

sistema penal *eficientista* – assim entendido aquele que investe em condenações judiciais e logra produzir encarceramento, estigmatização e exclusão social – não pode prescindir de ferramentas estratégicas para alcançar resultados punitivos que, num ciclo vicioso interminável, geram mais expectativas sociais de repressão. As agências de controle penal (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário, sistema penitenciário, etc.) têm o privilégio – e a comodidade – de serem responsáveis pela legitimação do próprio trabalho.

Não é sem razão, por conseguinte, que a prova se constitui em uma das categorias de maior maleabilidade normativa no processo penal. Adapta-se aos propósitos persecutórios, de modo a proporcionar o desfecho pretendido. Um exemplo emblemático dessa afirmação pode ser observado na disciplina legal da instrução probatória em extremos opostos do sistema penal: os crimes de menor ofensividade, de um lado, e a criminalidade organizada, de outro.

A Lei nº 9.099/95, ao dispor sobre procedimentos nas infrações penais de menor potencial ofensivo, transforma a prova da imputação (justa causa da denúncia) em um detalhe praticamente dispensável³. Chega mesmo a autorizar a aplicação de pena sem comprovação de culpabilidade (transação penal)⁴. Institui, assim, mecanismos processuais pautados pela eficácia da persecução e relativiza o ônus da prova com o objetivo de facilitar o caminho para a resposta penal.

Em relação ao crime organizado, a adoção de meios probatórios baseados em métodos de *vigilância*, *dissimulação*, *barganha* e *devassa* da privacidade e intimidade da pessoa criou um verdadeiro *microsistema de investigação* orientado para a *espionagem punitiva*. A consagração desse modelo deu-se com a Lei nº 12.850/13, muito embora suas linhas gerais já tivessem sido traçadas pela anterior Lei nº 9.034/95. O art. 3º daquele diploma autoriza, na persecução penal envolvendo organizações criminosas, o emprego de oito meios de obtenção de prova diferenciados⁵, alguns deles regulados em minudências pela própria lei, que destina quatorze⁶ de seus vinte e sete artigos a questões de natureza probatória.

O dogma da verdade real, que há cerca de trezentos anos criava na Europa ocidental bruxas e hereges profanadores da ordem católica cristã e os tratava como ameaças ao poder da Igreja que deveriam, por essa condição, arder na fogueira, inspira agora, na realidade brasileira do século XXI, o discurso

³ Basta a leitura dos artigos 69 e 77, § 1º, da referida lei, para se constatar a procedência dessa afirmação.

⁴ Ver, sobre a questão: GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

⁵ São eles a colaboração premiada; a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; a ação controlada; o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; a infiltração de agentes; e a cooperação entre instituições e órgãos públicos na busca de provas e informações de interesse da investigação ou instrução criminal.

⁶ Artigos 3º a 17.

securitarista em que a relação custo \times benefício na persecução penal é levada às últimas consequências, a ponto de se ignorarem direitos fundamentais muito caros ao Estado democrático de direito, e cuja gênese se encontra exatamente na irracionalidade do castigo medieval então justificado pela moral do sagrado.

De certo modo, é possível identificar enlaces que aproximam o eficientismo e o securitarismo dos sistemas penais contemporâneos da dinâmica mundial de mercado imposta pelo neoliberalismo, marcada pelo afastamento do Estado da economia e pela fragilização das políticas públicas de bem-estar social, mas igualmente por um recrudescimento dos mecanismos de controle disponibilizados às agências penais. Nesse sentido, o microsistema de investigação instituído pela Lei nº 12.850/13 parece reproduzir fielmente a lógica da maximização de resultados repressivos pela via da minimização do exercício de garantias.

É nesse contexto que deve ser compreendido o emprego de dispositivos consensuais no âmbito do processo penal. Funcionam eles como gatilhos que impulsionam o processo para um fim condenatório, abreviam o tempo e o custo que seriam necessários para se chegar à aplicação de uma pena nas circunstâncias ordinárias do sistema acusatório. Um salto que não se dá sem a tergiversação de determinados direitos constitucionais vistos como obstáculos ao eficientismo repressivo. A colaboração premiada prevista no art. 3º, I, da Lei nº 12.850/13 – e regulada nos artigos 4º a 7º do referido diploma – exprime indubitavelmente o projeto negocial punitivo vigente no país já há algum tempo e agora revigorado sob o rótulo do combate às organizações criminosas⁷.

O objetivo maior destas reflexões pontuais é proceder a um exame crítico do referido meio de obtenção de prova com o propósito de identificar, em sua disciplina legal, possíveis incompatibilidades com o regime constitucional de garantias fundamentais do processo penal no Brasil, que não acomoda a busca da verdade real nem reflete o discurso da eficácia na persecução penal.

2. A Lei nº 12.850/13 e o eficientismo no processo penal.

As oscilações no tratamento penal do crime organizado no Brasil são uma evidência da insegurança do legislador na definição de uma política criminal para a questão. As causas dessa instabilidade, todavia, não têm relevância para os fins aqui estabelecidos. As consequências dela é que constituem a maior preocupação.

Primeiramente, é preciso ressaltar a carga simbólica da Lei nº 12.850/13. Costuma-se entender o crime organizado como um fenômeno que se intensificou com a globalização: em um novo ambiente mundial, a ação permanente de grupos articulados para a prática de crimes mediante uma estrutura hierarquizada

⁷ As palavras “acordo”, “negociação” e “negociações” são repetidas em vários dispositivos da Lei nº 12.850/13 (art. 4º, §§ 6º, 7º, 9º, 11 e 15).

de comando e execução, objetivando vantagens econômicas ilícitas, seria uma espécie de subproduto das mudanças provocadas pela economia globalizada⁸. O recuo do Estado no controle do mercado deixaria aberto um espaço do qual as organizações criminosas se aproveitam para criar uma rede de articulações que envolve interesses de muitas pessoas com o propósito de obter ganhos materiais indevidos. Esse é o argumento de que o discurso penal tem se apropriado para justificar sua adaptação a um novo tipo de criminalidade, que deve ser combatida com instrumentos equivalentes aos que emprega: uma pirotecnia de mecanismos de investigação e de obtenção de prova que promove um espetáculo de *eficientismo* na repressão ao crime organizado.

Trata-se, na verdade, de uma estratégia político-criminal que desvia a atenção das disfuncionalidades do sistema punitivo e incrementa seu simbolismo. O controle penal, definitivamente incapaz de promover a prevenção do crime e já não mais conseguindo esconder seu imenso poder de produzir resultados criminógenos e exclusão social⁹, revigora-se ao elaborar uma nova proposta repressiva, desta feita representada pela “luta” contra os poderosos que por muito tempo estiveram fora do alcance das agências penais. No Brasil, onde a criminalização costuma ser a primeira alternativa para lidar com problemas sociais – muito embora, por motivos óbvios, nunca consiga resolvê-los – a promulgação de uma lei que viabiliza o combate rigoroso ao crime organizado faz renascer as expectativas de moralização política e institucional do país e alimenta o imaginário coletivo de que a resposta penal conterà o crescimento da insegurança pública (narcotráfico, comércio ilícito de armas, etc) e acabará com a impunidade de políticos, banqueiros e executivos ricos e influentes.

É fácil perceber o viés eficientista da lei quando se constata que ela é, na maior parte de seus dispositivos, um diploma eminentemente *processual*¹⁰: regula a investigação e os meios de obtenção de prova (art. 3º), disciplina detalhadamente

⁸ CALLEGARI, sobre esse aspecto, observa que “a expansão internacional da atividade econômica e a abertura ou globalização dos mercados são acompanhadas da correlativa expansão ou globalização da criminalidade, que frequentemente apresenta um caráter transnacional, podendo-se afirmar que a criminalidade organizada é a da globalização” (*Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo – Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 13-14). Não restam dúvidas de que o salto tecnológico e o agigantamento do mercado de consumo a nível mundial contribuíram para uma estruturação mais sofisticada das organizações criminosas e de seus métodos, mas é igualmente certo que aquilo que se vem entendendo como crime organizado nunca dependeu da globalização – um fenômeno cuja intensificação não data de mais de quatro décadas – para existir.

⁹ Essa disfuncionalidade torna-se evidente e se revela pela popularização de expressões como “a cadeia é uma escola do crime”, ou “quem não era bandido, aprende a ser na cadeia”.

¹⁰ Esse aspecto da Lei nº 12.850/13 já foi expressamente destacado por BADARÓ, que tece a seguinte crítica: “Na Lei 12.850/13 é inegável que o predomínio do enfoque investigatório gera um grande risco de desvirtuamento do processo penal. Essa hipertrofia pré-processual no combate à criminalidade organizada tem feito com que a posterior fase processual da persecução penal, em que deve se dar a produção das provas pelas partes, em contraditório, perante o juiz terceiro e imparcial, se transforme em uma etapa de escasso significado heurístico, em que há mera ratificação ou chancela de tudo o que foi produzido inquisitorialmente durante a investigação” (*Processo penal e criminalidade organizada*. In: *Revista jurídica luso-brasileira*. Ano 1, n. 1. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2015, pp. 126-127).

o emprego de vários desses meios (arts. 4º a 17) e prevê regras de procedimento (arts. 22 e 23), ocupando-se dessas questões em vinte de seus vinte e sete artigos. Confere, portanto, uma atenção diferenciada à persecução penal, de modo a disponibilizar à polícia e ao Ministério Público um instrumental de investigação sem precedentes na legislação brasileira.

Uma tal característica pode ser explicada por dois argumentos: em primeiro lugar, não há no código de processo penal e não havia na legislação especial previsão tão minudente e circunstanciada de meios de prova como a colaboração premiada, a ação controlada ou a infiltração de agentes, e a lei veio, então, preencher esse vazio¹¹; ademais disso, as novas ferramentas de investigação são uma resposta ao *modus operandi* do crime organizado, em que as ações criminosas obedecem a um esquema de distribuição de tarefas e encargos que frequentemente se vale de instituições financeiras e bancárias, inclusive no exterior, para a consecução de fins ilícitos. A lei processual penal brasileira não estava preparada, portanto, para lidar com essa complexa realidade.

Se, por um lado, tal explicação pode até ser considerada procedente, uma vez que, conforme já destacado, havia, como efeito, uma grande lacuna na regulamentação legal dos mecanismos de controle e repressão ao crime organizado, por outro, esse não era, de longe, o único aspecto da legislação processual penal brasileira a reclamar atualização, inclusive para fins de compatibilização constitucional, circunstância esta que, paradoxalmente, parece não inquietar o legislador. Há no sistema processual brasileiro um saldo endêmico de inquisitorialidade que, em boa medida, foi aprofundado pela Lei nº 12.850/13. É que o novo diploma instituiu um verdadeiro *microssistema de investigação* para as organizações criminosas primordialmente pautado pela flexibilização do sigilo de informações resguardadas a nível constitucional e pela *dissimulação* da ação investigatória. Dos oito meios de obtenção de prova elencados no art. 3º da lei¹², apenas a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal não implica, necessariamente, a relativização da privacidade e intimidade da pessoa, ou depende, de alguma forma, de um disfarce, um fingimento para a obtenção de uma evidência. Um grande passo para transformar os atos de investigação e de instrução da persecução penal em matéria de crime organizado numa espécie de

¹¹ A Lei nº 9.034/95 já instituiu alguns desses mecanismos de investigação, sem, todavia, regular procedimentos para o seu emprego pela polícia ou no curso do processo.

¹² “Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal”.

espionagem institucionalizada e legitimada pelo direito.

Assim, as escolhas político-criminais voltadas à repressão das organizações criminosas contribuem sensivelmente para que um sistema penal calcado na *vigilância para o controle prévio* de comportamentos indesejados se converta também em um sistema orientado pela *espionagem punitiva* dos poderosos, assim entendidos aqueles que dispõem de recursos materiais que lhes proporcionem assistência jurídica de qualidade e permitam equiparar as forças que entram em conflito na dinâmica repressiva. A espionagem punitiva é, ao final, nada além de uma estratégia de política criminal com a qual se pretende preservar a superioridade de armas das agências policiais e de persecução penal sobre um novo alvo, um adversário diferenciado, não tão vulnerável quanto aqueles que normalmente são selecionados pelos órgãos de criminalização secundária para justificar a eficácia do sistema penal.

3. Construção da verdade a partir do consenso no processo penal.

A busca da verdade *real* no processo penal é a justificativa para o emprego de meios probatórios capazes de conferir maior eficiência à persecução penal com um menor esforço investigativo. As estratégias consensuais que repercutem no desfecho do processo, tal como a colaboração premiada, são emblemáticas nesse contexto.

Trata-se de um quadro que não constitui, todavia, uma inovação das tendências contemporâneas de repressão criminal. Muitos instrumentos probatórios atuais refletem uma herança de procedimentos inquisitoriais do direito canônico, temperados com uma reduzida dose de aparente constitucionalidade. É o que ocorre com a disciplina legal da colaboração premiada no âmbito das organizações criminosas, na forma instituída pela Lei n.º 12.850/13.

A voluntariedade na adesão a um acordo processual é tomada como um fator de ruptura com o sistema inquisitorial, em que não há espaço de manobra para a vontade do acusado. Essa perspectiva permite indagar – e é o que ora se faz – se o revestimento consensual do ato de delação teria o condão de transmutar um procedimento de busca da verdade de contornos inquisitoriais em um meio de obtenção de prova de viés acusatório, compatível, portanto, com garantias fundamentais. A resposta a essa questão, a nosso ver, é negativa.

É importante ressaltar que a Lei n.º 12.850/13, ao regular a colaboração premiada, condicionou-a à confissão do acusado colaborador. Essa conclusão se extrai da redação conferida ao art. 4º, I, do referido diploma legal, que autoriza a concessão do perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) ou sua substituição por restritiva de direitos para o investigado ou réu que tenha efetiva e voluntariamente colaborado com a investigação ou o processo criminal identificando demais coautores e partícipes da organização criminosa e de outras infrações penais praticadas. Ora, ao referir-se à identificação

de *demais coautores e partícipes*, a lei está obviamente pressupondo a confissão do agente colaborador. Assim, antes da delação deve vir a confissão.

A ideia de que a delação pode ser obtida mediante um ato negocial – a concessão de um *prêmio* (perdão judicial, redução ou substituição de pena) em troca da colaboração – constitui inquestionável resquício da concepção medieval de que o réu é objeto da prova e de que existe uma convicção preconcebida sobre a sua culpa. Conforme observa Queijo (2012, p. 107), no sistema inquisitorial o acusado é tratado como detentor de conhecimento pleno dos fatos – a ponto de ser aprioristicamente considerado culpado – e a admissão da responsabilidade penal converte-se no melhor caminho para se chegar à verdade material.

A concepção de que o consenso, por si só, assegura o caráter democrático do instituto não elimina o fato de que a colaboração premiada muitas vezes é aceita pelo réu por se encontrar este em posição de desvantagem, no que diz respeito à produção da prova, diante da acusação. A própria defesa, não raramente, se orienta pela lógica dos cálculos de utilidade inerentes à dinâmica negocial. Haveria, de acordo com essa lógica, vantagens individuais – representadas por benefícios legais concedidos na etapa de fixação da pena – para o acusado que delata; e vantagens coletivas, materializadas na eficácia das investigações e da instrução processual, para os órgãos de persecução, a justificar-se, desse modo, o discurso de que, com a delação, “todos ganham”. Na realidade, uma dinâmica que tenta disfarçar graves violações a direitos fundamentais, em especial ao direito ao silêncio e à não autoincriminação.

O ponto de partida das reflexões aqui delineadas é o reconhecimento da estatura constitucional do direito ao silêncio que, ademais de previsto no art. 186 e parágrafo único do Código de Processo Penal, encontra-se assegurado no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal¹³, a constituir, portanto, uma garantia fundamental. Está ele igualmente previsto no art. 8.2.g da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06.11.92¹⁴. O direito de permanecer calado garante, no plano processual, a proteção contra a autoincriminação. É uma projeção do devido processo legal que integra o conteúdo da autodefesa do acusado (SAAD, 2004, pp. 289-290).

Ora, se o devido processo legal prevalecesse na rotina de trabalho das agências judiciais, se o ônus de provar a culpa fosse um encargo exclusivo da acusação – sem que se admitisse qualquer iniciativa instrutória do juiz – e se não houvesse a oferta de prêmios legais em troca de delação, parece óbvio que a persecução penal se distanciaria do discurso eficientista, baseado na contabilização de condenações e encarceramentos, para se aproximar de um modelo de processo concretamente

¹³ Art. 5º (*omissis*). LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

¹⁴ Estabelece o referido dispositivo: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”

acusatório, em que direitos e garantias fundamentais não podem ser restringidos – nem pela via da negociação – para que se potencialize a eficácia da repressão.

É certo, portanto, que o déficit de constitucionalidade do sistema processual penal brasileiro, notadamente no que toca as violações às garantias fundamentais, torna os acordos de colaboração, em muitos casos, extremamente vantajosos para a acusação, que obtém a *prova* da imputação com um significativo desconto no ônus de produzi-la e uma consequente economia de meios investigatórios. Por outro lado, para o réu e para a defesa acaba por valer o raciocínio do “menor prejuízo”: como a persecução penal no Brasil insiste em alongar no tempo seu fôlego inquisitório, a despeito do feixe constitucional de garantias processuais – já instituído há exatos trinta anos – é melhor aceitar um acordo de colaboração premiada e ter a expectativa de uma atenuação de pena do que enfrentar a imputação como um todo, acolhendo integralmente as possibilidades dessa escolha, porém na incerteza quanto à importância que se dará aos direitos constitucionais do acusado no curso do processo.

Apesar de o texto da Constituição de 1988 ser emblemático quanto à relevância dos princípios de limitação da resposta penal, o que se tem visto no Brasil nos últimos anos no campo político-criminal, sobretudo na esfera legislativa, é o recrudescimento do controle penal e de sua carga simbólica, divorciado de qualquer orientação criminológica (GOMES, 2015, pp. 149-150).

Persegue-se, a todo custo – inclusive o da restrição de direitos fundamentais – a eficácia do processo consubstanciada no desfecho condenatório breve. O eficientismo orienta a revelação de uma verdade construída. Nesse sentido, a colaboração premiada dá novas vestes ao modelo inquisitorial de produção da prova: a tortura converte-se no *prêmio*; a dor transforma-se no *consenso*. Se antes o réu era constringido a confessar, hoje ele é *estimulado* ou *convencido* a delatar mediante oferta de benefícios legais. E quanto mais eficiente a colaboração – ou seja, quanto mais próxima da imputação for a verdade que ela revelar – maior o prêmio. Um desvirtuamento da ideia de proporcionalidade, em favor da persecução penal eficaz.

E assim a lógica inquisitorial de construção da verdade permanece inalterada: é a palavra do réu “arrepentido” que justificará o castigo.

4. A colaboração premiada e a manipulação do direito a não autoincriminação.

A disciplina legal da colaboração premiada exprime um grave problema de acomodação constitucional: a lei pretende afastar o direito a não autoincriminação – considerado uma projeção do devido processo legal – de um ato processual que depende do investigado/acusado e que poderá, na sentença, constituir prova contra ele mesmo¹⁵.

¹⁵ Art. 4º (*omissis*). § 14º Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de

O direito a não autoincriminação - que abrange o direito ao silêncio, mas a ele não se restringe - tem como objetivo primordial a proteção do indivíduo contra excessos nos atos da persecução penal, que podem resultar em violência física ou moral, emprego de métodos proibidos de interrogatório e estratégias sugestivas ou dissimulatórias para que o acusado colabore com a instrução criminal (QUEIJO, 2012, p. 77). Integra, em resumo, o direito mais amplo de toda pessoa de não contribuir para a produção de prova que possa incriminá-la, e que envolve tanto o direito de se calar (direito ao silêncio) quanto o de não falar a verdade (COUCEIRO, 2004, p. 152).

A tensão hermenêutica criada pela Lei nº 12.850/13 reside precisamente na previsão infraconstitucional de que, ao aceitar o acordo de colaboração premiada, o investigado/acusado abdicará do direito ao silêncio e assumirá a obrigação de falar a verdade. Em outras palavras, pretende-se, por lei ordinária, atribuir valor de prova a um ato que equivale ao interrogatório, como se, pelo simples fato de aquiescer com a delação, deixasse o investigado de ser investigado, ou deixasse o réu de ser réu, de tal modo que se pudesse, por força de uma abstração legal, ser-lhe imposto o dever de dizer a verdade.

O conteúdo do art. 4º, § 14º, da Lei nº 12.850/13 cria contradições insolúveis.

Imaginem-se duas acusações pela prática do crime de organização criminosa¹⁶. Na primeira delas (processo A), o réu, ao ser interrogado, confessa a autoria e delata terceiros, sem haver celebrado previamente o acordo de colaboração premiada. O segundo acusado, por sua vez (processo B), colabora efetivamente com a instrução criminal, confessa a autoria e delata coautores, não sem antes assumir o compromisso de dizer a verdade e renunciar ao direito ao silêncio, conforme preconizado pelo art. 4º, § 14º, da Lei nº 12.850/13.

Ambos ocupam a mesma posição na relação processual penal: são réus. Essa condição surge com o recebimento da denúncia, e não depende, portanto, de um ato de vontade dos próprios acusados. É ela que movimenta o sistema constitucional de garantias processuais penais, não somente no interesse específico desses réus, mas também e principalmente no da concretização de um modelo acusatório de processo inerente ao Estado democrático de direito e no qual o *ius puniendi* sujeita-se a limites rigorosos de contenção. Assim, a qualidade de acusado não se desfaz por uma opção do indivíduo, da mesma forma como as garantias fundamentais não deixam de ter eficácia por uma escolha dele.

Não é por outra razão que direitos como à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal não podem ser afastados pelo juiz, mesmo que o acusado a eles renuncie. Não se questiona que o réu não pode ser processado sem a assistência de um advogado (defesa técnica), ainda que não deseje um, ou que a prova ilícita não deva ser admitida no processo, por mais que o acusado a ela não se oponha.

seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

¹⁶ Art. 2º da Lei nº 12.850/13.

O que se pretende com a colaboração premiada é subverter a natureza de um ato da investigação ou do processo – que, como já ressaltado, equivale ao interrogatório¹⁷ – tomando-se como premissa desse efeito a própria vontade de quem se defende – ou se defenderá – da acusação e para quem o ato em si constitui uma importante garantia (autodefesa). O investigado/acusado não abdicará dessa condição ao aceitar um acordo premial pelo simples motivo de que estar nela é algo que não depende de sua vontade. Por conseguinte, a prevalência das garantias processuais inerentes à qualidade de acusado não pode ser afastada pelo querer deste último. São elas, nesse sentido, indisponíveis.

Admitir o contrário corresponderia a atribuir valor probatório diferenciado à palavra do agente colaborador – abrangida aqui, inclusive, a sua confissão – por estar ele sujeito ao compromisso de dizer a verdade. É como se o colaborador fosse transformado em testemunha unicamente para fins probatórios.

Na comparação ventilada anteriormente, as declarações dos acusados nos processos A e B seriam valoradas pelo juiz de forma diferente – uma delas equivaleria a *prova*, à semelhança do depoimento de uma testemunha compromissada – muito embora ambos continuassem a ocupar a posição de imputados na persecução penal. É como se um ato de vontade do réu pudesse modificar a carga probatória de suas próprias declarações, algo completamente inconciliável com o direito a não autoincriminação e ao devido processo legal.

Outro dispositivo que expressa o matiz eficientista da Lei nº 12.850/13 é o seu art. 4º, § 16¹⁸. Uma leitura rápida pode dar a entender que se trata de uma regra de garantia, pois veda a condenação fundamentada tão somente nas declarações do agente colaborador. Nada obstante, o que essa norma faz é maquiagem a cadeia de produção probatória. Abre espaço para que se veja a delação como uma prova de menor valor, menos confiável, cujo poder de convencimento dependeria de outros elementos que a confirmassem, e que a lei, portanto, preocupou-se em afastar a possibilidade de condenações temerárias, baseadas somente nas declarações do agente colaborador.

Ao contrário disso, a colaboração premiada tende perigosamente a ser a principal fonte de prova nas acusações que envolvam crime organizado,

¹⁷ É bem verdade que a Lei nº 12.850/13 não emprega o termo *interrogatório* quando regula a colaboração premiada, referindo-se sempre a acordo, negociações, depoimento. Nada obstante, é inquestionável que o ato que consubstancia a colaboração premiada equivale a um interrogatório, pois nele o investigado/acusado se manifesta sobre os fatos investigados ou sobre a imputação, constituindo pressuposto da delação a própria confissão (total ou parcial) do delator. Quer-nos parecer que a lei evitou estrategicamente o uso da expressão *interrogatório* como uma estratégia semântica, de tal sorte que se possa argumentar que a colaboração premiada não corresponde a um ato de defesa, e assim sendo, não há problema em que seja ela condicionada à renúncia ao direito ao silêncio e à obrigação de dizer a verdade. Um ardid hermenêutico que, todavia, não altera a posição processual do delator – que continua a ser investigado ou acusado – e não tem o condão de alterar a natureza jurídica do ato em que se assegura ao imputado a oportunidade de falar sobre a investigação ou acusação.

¹⁸ Art. 4º (*omissis*). § 16º. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

exatamente porque a partir dela é que se chegará a outras provas contra os delatados, mas igualmente contra o delator. Assim, fragilizam-se direitos e garantias constitucionais para que o colaborador facilite a investigação ou alivie o ônus da prova da acusação.

Os incisos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 preveem os resultados processuais que autorizam a concessão de benefícios legais em virtude da delação¹⁹. Em todo caso, esses benefícios dependerão também da *eficácia* da colaboração, conforme estabelecem o art. 4º, §§ 1º e 11. Ela (eficácia) é, portanto, um fator vinculante dos efeitos da delação relativamente ao réu. Isto quer dizer que as provas que confirmam o depoimento do agente colaborador (art. 4º, § 16) devem ser alcançadas a partir dessas mesmas declarações. Assim, a *verdade delatada* prejudica o delator duas vezes: pela sua confissão, e pela possibilidade de acesso a outras provas que a confirmem.

Não existem garantias ou direitos absolutos. Por outro lado, há, sim, garantias ou direitos mais caros ao modelo acusatório de processo penal e que têm, por isso, maior relevância político-criminal. É inconcebível, num Estado democrático de direito, que se pretenda restringir, a nível infraconstitucional, o direito a não autoincriminação com o propósito de tornar a persecução penal mais eficiente. O sistema constitucional vigente não admite que os fins justifiquem os meios, que direitos fundamentais sejam flexibilizados para que o controle penal preencha expectativas punitivas.

A colaboração premiada tem por mola propulsora o oferecimento de benefícios legais em troca da confissão do agente colaborador - também investigado ou réu - e da delação de terceiros, de modo a se encurtar o caminho da investigação pela subversão da lógica de produção da prova. Não há, nesse contexto, como fugir a uma conclusão: admitir a colaboração premiada equivale a potencializar a autoincriminação. E, se assim o é, como sustentar que em tal situação não há violação a direitos fundamentais? Como defender que a persecução penal pautada pelo respeito às garantias constitucionais pode abrir as portas à autoincriminação? Trata-se de um paradoxo que não se acomoda no Estado democrático de direito e que, na ordem jurídica brasileira, não consegue escapar ao vício da inconstitucionalidade.

¹⁹ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais 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.

5. Considerações finais.

A disciplina legal do crime organizado sempre foi confusa e problemática no Brasil. A Lei nº 9.034/95, que antecedeu a Lei nº 12.850/13 e foi por esta revogada, sequer definia crime organizado ou organização criminosa, deixando uma lacuna que permitiu, por exemplo, uma indevida aproximação hermenêutica entre essa categoria jurídica e o então crime de quadrilha, atual associação criminosa (art. 288 do código penal). Nesse sentido, a lei agora em vigor representa uma tentativa de sistematização normativa da matéria que, só por isso, é bem-vinda.

Nada obstante, as agências de criminalização primária deixaram-se levar, uma vez mais, pelos impulsos do eficientismo que tanto tem marcado a política criminal nos últimos vinte anos. Há nessa escolha um grande risco de acirramento da repressão penal – desta feita, voltada para um novo alvo, o criminoso que dispõe de recursos para medir forças com as agências de controle penal – pois o discurso eficientista no processo penal serve apenas a um senhor: o punitivismo.

A bandeira da busca da verdade real foi de novo desfraldada, agora erguida pelo mastro da moralização política do país. A colaboração premiada é a grande vedete deste espetáculo, o que já se percebe pela profusão de seu emprego em investigações e processos criminais que ocupam diariamente a pauta midiática. Esse processo em si não seria preocupante se não fosse ele acompanhado de uma crescente fragilização das garantias fundamentais. Essa é a lógica da persecução penal eficaz: para se chegar a *resultados* (condenações e encarceramento) é necessário afastar os *obstáculos* (garantias). E assim a constituição passa a ser um mero detalhe que pouco importa ao legislador ou ao juiz.

O direito à não autoincriminação é constitucionalmente assegurado e integra o conteúdo do devido processo legal. Não se pode falar em processo acusatório sem que se assegure ao investigado ou réu o direito de permanecer calado ou de não falar a verdade. Trata-se de uma garantia inerente à condição de imputado, que não depende nem mesmo da vontade deste. Assim, não se pode tomar por compatível com a constituição (art. 5º, LXIII) o art. 4º, § 14, da Lei nº 12.850/13, quando prevê que o agente colaborador renunciará ao direito ao silêncio e se sujeitará ao compromisso legal de falar a verdade para celebrar o acordo de colaboração premiada. Uma garantia constitucional não pode ser afastada por lei ordinária, e não há, sobre aquela, qualquer disponibilidade da parte do investigado ou réu.

Em consequência, o depoimento do agente colaborador equivalerá sempre a um interrogatório, pois, ainda que prestado mediante acordo de delação, constituirá invariavelmente um ato de defesa. Dessa forma, pode servir como *fonte de prova*, a partir da qual se poderá chegar, na investigação ou instrução criminal, a *provas*, mas não constituirá ele uma destas.

Bibliografia consultada.

BADARÓ, Gustavo. Processo penal e criminalidade organizada. In: *Revista jurídica luso-brasileira*. Ano 1, n. 1. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado, 2015, pp. 99-129.

CALLEGARI, André Luís (org.); MELIÁ, Manuel Cancio; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez. *Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo – Brasil, Espanha e Colômbia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos juizados especiais criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. Política criminal aventureira e o PLC n.º 83/2008: os impulsos de ocasião do sistema punitivo brasileiro In: BUSATO, Paulo César; CARUNCHO, Alexey Choi (Org.). *Sistema penal em debate: estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer*. Curitiba: iEA Academia, 2015.

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.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.