

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
CURSO DE DIREITO

JOSÉ VITOR MARQUES DIAS

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO**

**São Paulo
2019**

JOSÉ VITOR MARQUES DIAS

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO**

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob orientação do Professor Doutor Fábio Ramazzini Bechara.

São Paulo

2019

JOSÉ VITOR MARQUES DIAS

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E SUA COMPATIBILIDADE COM O
PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO**

Artigo apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie, sob orientação do Professor Doutor
Fábio Ramazzini Bechara.

Aprovado em: ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Doutor Fábio Ramazzini Bechara
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Professor Doutor Marco Aurélio Pinto Florêncio Filho
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Doutor Gabriel Duda Devits
Universidade Presbiteriana Mackenzie

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela fé que me guia em cada passo.

Aos meus pais Manoel e Solange, pelo amor, educação e carinho inigualáveis.

À minha irmã Fernanda, pelo companheirismo em todos os momentos.

Ao Prof. Dr. Fábio Ramazzini Bechara, pela orientação e inspiração em minha vida profissional.

Aos meus amigos Arthur, Gustavo, Israel, Marcus e Yuri pela amizade insubstituível construída nessa jornada.

Aos meus amigos Alexandre e Rogério pela amizade duradoura, sempre presente ainda que distantes em meu dia-a-dia.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, pelos ensinamentos obtidos dentro e fora da sala de aula.

RESUMO

O presente artigo possui como objetivo a discussão a respeito da colaboração premiada sob o aspecto da renúncia ao direito ao silêncio e suas consequências, segundo o disposto na Lei nº 12.850 de 2013 e seu conflito com o princípio do direito ao silêncio, previsto na Constituição Federal de 1988, assim como seus desdobramentos no processo penal. Neste sentido, é feita uma análise relativa à desobrigação de colaboração do acusado no curso do processo, estabelecida pelo referido princípio, e sua relação com o compromisso legal de dizer a verdade, sujeição imposta ao acusado que celebra o acordo de colaboração premiada. São estabelecidos paralelos também atinentes ao respeito pelo exercício da plena liberdade de vontade do acusado que estiver preso e optar pela celebração do acordo supramencionado, assim como os interesses que podem surgir por parte do delator para obter os benefícios oferecidos no acordo.

Palavras-chave: colaboração premiada, delação premiada, direito ao silêncio, processo penal.

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the Awarded Award under the aspect of the renunciation of the right to silence and its consequences, according to the provisions of Law no. 12.850 of 2013 and its conflict with the principle of the right to silence provided for in the Federal Constitution of 1988, as well as its developments in criminal proceedings. In this sense, an analysis is made regarding the release of the accused's collaboration in the course of the process, established by said principle, and its relation to the legal commitment to tell the truth, imposed subsection to the accused who celebrates the Awarded Award collaboration agreement. Parallels are also established concerning respect for the exercise of the full freedom of will of the accused who is in custody and opting for the conclusion of the abovementioned agreement, as well as the interests that may arise on the part of the accused to obtain the benefits offered in the agreement.

Keywords: award-winning collaboration, awarding award-winning collaboration, right to silence, criminal proceedings.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. COLABORAÇÃO PREMIADA.....	2
2.1. Natureza jurídica.....	3
2.2. O Princípio do direito ao silêncio ou da não autoincriminação.....	6
3. O PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO E A COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL.....	12
3.1. A renúncia ao direito ao silêncio na Lei 12.850 e sua finalidade.....	12
3.2. Prisão provisória e a voluntariedade do acusado de colaborar com a justiça.....	15
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	17
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	18

1. INTRODUÇÃO

Em meio à falta de mecanismos de investigação eficientes à persecução penal de envolvidos em crimes, surge o instituto da colaboração premiada, com uma sistemática que visa “premiar” (conforme diz o instituto) aquele que fornece informações relativas a coautores e partícipes da organização criminosa à qual faz parte e das infrações penais por ele praticadas, revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, prevenção de eventuais infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, recuperação total ou parcial dos proventos obtidos pelas infrações penais praticadas pela organização criminosa e localização de eventual vítima com sua integridade preservada.

No entanto, muito se tem questionado acerca da constitucionalidade de determinadas regras às quais o colaborador deve se submeter, tal como a prevista no artigo 4º, §14, da Lei nº 12.850 de 2013, que dispõe que o colaborador, nos depoimentos que prestar na presença de seu defensor, deverá renunciar ao direito ao silêncio e se submeterá ao compromisso legal de dizer a verdade. E tal questionamento se faz de alta pertinência, levando em conta que a existência de meios inconsistentes de investigação e a necessidade de recuperar bens públicos não deve justificar a violação a direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal de 1988.

Considera-se no entanto, que a colaboração premiada surgiu em um contexto em que o cometimento de delitos contra a administração pública se tornou crescente e com a subtração de proventos quase que imensuráveis por meio da criação de esquemas altamente complexos de desvio de dinheiro público, em que agentes públicos e particulares se envolviam, o que inevitavelmente dificulta de forma considerável a elucidação de referidos crimes. Frente a isso, nota-se que era necessário inovar nos meios de investigação, com o objetivo de ampliar o alcance da responsabilização penal concernentes aos coautores e aos bens envolvidos nas práticas delitivas.

2. COLABORAÇÃO PREMIADA

A partir do momento em que o Estado brasileiro passou a entender que as organizações criminosas demonstravam uma atuação mais refinada no cometimento de delitos, decidiu, por meio de seu legislador, promover o uso de mecanismos de maior eficiência ao combate da macrocriminalidade (atuação de grupos de pessoas unidas com o escopo de praticar crimes de forma profissional, com divisão de tarefas, visando a obtenção de vantagens de qualquer natureza).

Nesse contexto surgiu a Lei das organizações criminosas (Lei nº 12.850 de 2013), a qual estabeleceu o conceito de organização criminosa, tipificando-a como crime, além de dispor sobre a investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais e o procedimento criminal a ser adotado. Assim, o legislador entendeu que seria necessário impor tratamento diferenciado à criminalidade organizada

Dentre os meios de obtenção de prova encontra-se a colaboração premiada, ferramenta que, embora esteja sujeita a uma autorização, acompanhamento e controle judicial (pois é considerada como uma técnica especial de investigação), é definida como meio de obtenção de prova, uma vez que as informações colhidas através de um investigado que opta por colaborar devem ser “conferidas” por aqueles que conduzem a investigação, ou seja, para que a colaboração produza efeitos em processos judiciais, não basta que a fonte humana (o colaborador) forneça meras informações, sem que, com elas seja possível obter efetivamente provas de ilícitos penais.

Assim, mostra-se importante estabelecer diferenças entre o conceito de “meio de prova” e “meio de obtenção de prova”, e o porquê da colaboração premiada se encaixar no segundo conceito.

Os meios de prova consistem em fontes que podem fundamentar diretamente a decisão de um juiz com relação a uma afirmação fática, como por exemplo, o depoimento de uma testemunha ou o teor de uma escritura pública. Já os meios de obtenção de provas são instrumentos utilizados para coletar elementos ou fontes de provas, sendo estes últimos aptos a formar um juízo de convicção.

Gustavo Henrique Badaró bem elucida:

Aprofundando um pouco mais a diferença, os meios de prova se produzem no processo, sendo os elementos probatórios *formados* no ato de sua realização. Por exemplo, é no depoimento que a testemunha narra ao juiz

o que sabe. Já nos meios de obtenção de prova colhe-se um elemento probatório que *preexiste* à realização do meio. Ou seja, os meios de prova referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz e as partes, visando à introdução de elementos probatórios no processo, enquanto que os meios de obtenção de prova dizem respeito a procedimentos, em geral *extraprocessuais*, de colheita de elementos a serem valorados posteriormente no processo. (2017, p. 130).¹

A partir de tal diferenciação, desde já é possível estabelecer determinados limites no tocante à valoração do acordo de colaboração premiada celebrado com o Ministério Público, em termos de prova. Outrossim, referido acordo tem como objetivo a busca de meios de prova para que o julgador as analise em conjunto (meios de obtenção de prova e meios de prova), posteriormente valorando-as em posterior decisão.

Em um plano constitucional, a diferenciação entre meios de obtenção de prova e meios de prova é também de grande importância, tendo em vista que para cada um deles pode haver ou não a violação de direitos fundamentais. Com relação ao meio de prova, pode-se dizer que este não interfere em quaisquer direitos fundamentais das partes, pois são instrumentos probatórios regidos por um princípio de liberdade de produção, para os quais é estabelecido em lei um rito probatório, autorizando a introdução no processo os elementos de uma fonte de prova. Já relativo ao meio de produção de prova, deve ser observado o princípio da legalidade, uma vez que deverá haver uma lei que discipline os requisitos para a sua produção, hipóteses de cabimento, prazo de duração, entre outros. Sendo assim, os meios de obtenção de prova são técnicas ocultas de investigação que restringem, mesmo que legitimamente, direitos fundamentais daquele que é investigado, especificamente liberdades públicas ligadas à sua privacidade ou intimidade ou à liberdade de manifestação do pensamento.

2.1. Natureza jurídica

Conforme a distinção acima definida, mostra-se de ímpar relevância a definição da natureza jurídica da colaboração premiada.

Primeiramente, destaca-se que a Lei nº 12.850 de 2013, classifica a colaboração premiada no rol “Da investigação e *dos meios de obtenção de prova*”, os

1. BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? São Paulo: RT, 2017. p. 130.

quais segundo seu art. 3º é prevista a colaboração premiada (inciso I) como meio de obtenção de prova a ser utilizado em qualquer fase da persecução penal, especificamente contra organizações criminosas.

Portanto, segundo Élzio Vicente da Silva e Denisse Dias Rosas Ribeiro, resume-se a definição de colaboração premiada como:

Meio de obtenção de prova, por meio de fonte humana que cometeu ato criminoso e que, com a confissão hiperqualificada, auxiliará o Estado na desestruturação de organização criminosa e poderá, ao término do devido processo legal, receber um dos benefícios estabelecidos em lei, caso efetiva e voluntária a colaboração, com aplicação e mensuração que serão definidas pelo juízo competente, de acordo com a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso e a eficácia dessa colaboração.²

A confissão hiperqualificada se trata, basicamente da delação premiada em si. Isto pois, se na confissão qualificada o investigado confessa a prática criminosa, mas agrega fatos impeditivos ou modificativos do direito, como uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade. Na confissão hiperqualificada, além de assumir a prática criminosa, o investigado deve incorporar elementos que auxiliem o Estado a alcançar um ou mais objetivos previstos na lei, e ainda com tal ato consegue um benefício a seu favor.

A denominação de “investigado” que passa a colaborar com a Justiça também possui breve alteração. Este passa a ser um colaborador (o que não isenta qualquer tipo de juízo valorativo acerca dos crimes que eventualmente cometeu), ou seja, um investigado auxiliador do Estado na elucidação daquele(s) crime(s) em que está envolvido.

Portanto, o que se premia não é a celebração do acordo em si, mas o que resulta da colaboração, daquilo que foi efetivamente delatado pelo colaborador. Por consequência, o prêmio está condicionado à atuação voluntária do colaborador, a qual deverá trazer informações verdadeiras, bem como efetivas, de modo que venha a atingir o(s) resultado(s) previsto(s) em lei (identificação de demais coautores e partícipes da

2. SILVA, Élzio Vicente de; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. São Paulo: Novo Século Editora, 2018. p. 48.

organização criminosa e de suas infrações penais praticadas, revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, recuperação total ou parcial do produto das infrações penais praticadas ou localização de eventual vítima, com sua integridade física preservada – todos elencados no art. 4º, da Lei nº 12.850 de 2013), além de levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, para que assim venha a conceder o benefício.

O investigado, para que obtenha a benesse em seu favor, deverá colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação. Conferir efetividade e voluntariedade à colaboração significa que as informações trazidas se mostrem destinadas à busca da verdade real, que haja a possibilidade de se concretizarem e que tais informações sejam trazidas à autoridade por alguém que o faz por vontade própria.

De acordo com Élzio Vicente da Silva e Denisse Dias Rosas Ribeiro:

Portanto, caso haja voluntariedade e efetividade, isto é, o juízo verifique que os dados trazidos pelo colaborador se revestiram de credibilidade e viabilizaram a busca da verdade real, poderá vir a beneficiar o investigado na eventual sentença condenatória.³

No que concerne ao benefício, cuida-se de perdão judicial ou redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a substituição desta por restritiva de direitos.

Assim, denota-se que o colaborador tenha em seu desfavor sentença penal condenatória, sendo esta, logicamente, condição *sine qua non* para a obtenção da redução da pena imposta ou a substituição dela, conforme exposto anteriormente. No entanto, a aplicação do benefício será mensurada a partir de uma avaliação feita pelo juiz responsável pelo caso, levando em conta a “personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

A eficácia da colaboração premiada consiste no alcance de um resultado desejado, não sendo suficiente que o colaborador traga apenas informações verdadeiras

3. SILVA, Élzio Vicente de; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. São Paulo: Novo Século Editora, 2018. p. 50.

aos autos, mas sim que tais informações atinjam um dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850. Inclusive, o §16 do art. 4º da respectiva lei esclarece que as declarações do colaborados, sem mais elementos que possam conferir conteúdo a elas não estará apta a ser levada em conta unicamente como objeto apto a fundamentar uma sentença penal condenatória, o que reforça a natureza jurídica da colaboração premiada como *meio de obtenção de prova*.

2.2. O Princípio do direito ao silêncio ou da não autoincriminação

Historicamente, não só não era previsto o direito ao silêncio do acusado, como era proibido que este assim o agisse, uma vez que o processo penal era pautado pela busca da verdade real. Ocorre que, tal objetivo permitia que ocorressem arbitrariedades por parte do juiz. Pode-se notar que determinada situação era defendida por Cesaare Beccaria, o qual afirmava que “o silêncio de um criminoso, diante de um juiz que o interroga, constitui um escândalo para a sociedade e uma ofensa para a justiça”⁴.

A positivação de direitos fundamentais, ocorrida a partir do século XIX passou a modificar esse quadro, sendo porém o direito à não autoincriminação inserida no direito pátrio apenas na Constituição de 1988.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, conhecida popularmente como “constituição cidadã”, foram elencadas diversas garantias, sendo grande parte delas encontradas em seu artigo 5º.

Nesse diapasão, importante tecer considerações breves acerca, especificamente, do direito de permanecer em silêncio, direito este assegurado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988.

Uma das principais finalidades de tais garantias, no processo penal, é limitar o poder do Estado em sua atuação, seja no curso da investigação criminal, do processo, ou até mesmo após uma eventual condenação em desfavor do acusado, assim como a aplicação de sua respectiva pena.

Os direitos fundamentais possuem como uma de suas características principais a segurança de que o Estado não cometerá qualquer abuso, e neste caso, no curso do processo penal ou da investigação. Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada com o objetivo de se evitar ingerências por parte do Estado.

4 BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Roma: Garzanti Libri, 2000. p. 87.

É nesse sentido a doutrina de Maria Elizabeth Queijo:

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.⁵

Sendo o direito de não se autoincriminar um direito fundamental de primeira geração, ou seja, pertencente aos direitos de liberdade, nota-se que o titular de tal direito é o indivíduo, não podendo este sofrer qualquer tipo de vulneração por parte do Estado. A este, cabe abster-se de interferir nessa esfera.

Por conseguinte, há de se falar que o interrogatório é o meio hábil ao acusado de se defender, como estabelecido pelo sistema acusatório, diferentemente do sistema inquisitivo, segundo o qual, o interrogatório é um meio de prova. Assim sendo, o acusado pode deixar de responder as perguntas que lhe forem formuladas, e mais: pode ele expor a sua versão dos fatos, esculpindo a defesa que for mais conveniente para si. Logo, o direito de não se autoincriminar não resulta em uma mera posição passiva perante o Estado-juiz, mas em uma posição ativa, ao ponto que lhe atribui o direito de se manifestar como achar melhor.

Mais uma vez, importante mencionar o manifesto de Maria Elizabeth Queijo acerca do tema:

O interrogatório vincula-se ao direito de audiência e, por sua vez, à autodefesa. Nessa ótica, o interrogatório é o instrumento pelo qual o acusado pode expor a sua versão dos fatos. Constitui, portanto, meio de defesa. Para tanto, deve ele estar ciente de seus direitos e da ausência do dever de fornecer elementos de prova em seu prejuízo.⁶

5. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 77.

6. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 110.

Logicamente, não pode seu silêncio ser interpretado em seu desfavor, como eventual indício de sua culpabilidade, tanto que, se este optar por responder às indagações feitas, estará adotando uma postura ativa em favor de sua autodefesa.

Ademais, como limite máximo em favor da acusação, pode seu interrogatório ser utilizado como fonte de prova, sendo seu conteúdo analisado com demais elementos probatórios. E não há qualquer problema neste caso em analisar o conteúdo do interrogatório do acusado em seu desfavor, desde que justificadamente por meio de outras provas possa ser aferido qualquer elemento que evidencie sua culpabilidade, desde que não haja qualquer tipo de constrangimento sobre a liberdade de autodefesa do acusado por meio de seu interrogatório.

Com relação ao valor probatório do interrogatório, por não se tratar de meio de prova, é conferido valor escasso a seu conteúdo, uma vez que o acusado pode mentir ao apresentar a sua versão, diferentemente de ordenamentos jurídicos que classifiquem-no como meio de prova, pois aqui é conferido maior valor probatório às informações fornecidas pelo acusado. Maria Elizabeth Queijo assim explica:

Quando se considera o interrogatório meio de defesa, o valor probatório que lhe é atribuído é escasso. Isto porque o acusado não é obrigado a dizer a verdade. Por via de consequência, admite-se possa ele mentir, na ausência de instrumentos que venham a compeli-lo a dizer a verdade.⁷

Logo, é necessário que se tenha muita cautela ao analisar o interrogatório do réu, seja para valorá-lo negativamente, uma vez que este necessita de demais provas para tal, seja para atribuir valor positivo, pois também se trata de um meio de defesa, ou seja, independentemente das informações prestadas, podem elas estarem alicerçadas em uma eventual tese de defesa, não necessariamente compromissada com a verdade dos fatos apurados.

O direito de não se autoincriminar foi assegurado pela Constituição Federal, na época, incompatível com o art. 186 do Código de Processo Penal, o qual afirmava que:

7. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 113/114.

“Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Portanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou tanto o investigado quanto o acusado a gozarem da autodefesa atinente ao silêncio em seu interrogatório.

Posteriormente, em 1º de dezembro de 2003, a Lei nº 10.792 alterou o disposto no art. 186 do Código de Processo Penal, compatibilizando-o com o diploma constitucional, uma vez que em seu parágrafo único foi estabelecido que o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa. Com essa alteração, pode-se dizer que houve uma maior adequação da legislação com o sistema acusatório atual.

O 186, do Código de Processo Penal, assim como o artigo 8º, §2º, alínea ‘g’, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), referido princípio – também denominado de “princípio da não autoincriminação” - possui o condão de outorgar ao preso e ao acusado em geral o direito de não produzir provas contra si mesmo. Isto pois, foi necessário assegurar, já em nosso diploma constitucional, que a produção de provas que buscam a responsabilização penal de um indivíduo cabem ao Estado-acusador, conforme bem delineado pelos autores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino. Senão vejamos:

A rigor, conquanto referida ao preso, essa garantia constitucional abrange toda e qualquer pessoa, perante qualquer esfera do Estado, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do indivíduo (art. 5º, LVII), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação. Assim, conforme tem sido reiteradamente afirmado pelo STF, qualquer pessoa que seja objeto de investigações administrativas, policiais, penais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha - , possui o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria.⁸

Igualmente, o art. 198 do referido diploma legal foi revogado em sua segunda parte, pois anteriormente havia a possibilidade do silêncio vir a constituir elemento para

8. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 14 Ed. São Paulo: Editora Método, 2015. p. 203/204.

o convencimento do julgador, o que se mostra incompatível com a garantia constitucional aqui abordada.

Ademais, insta salientar que a presença de tal garantia em nosso ordenamento jurídico obriga a autoridade que fará a inquirição do investigado ou acusado de advertí-lo acerca de seu direito de permanecer calado, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório, conforme entendimento atual do STF.

Partindo do conteúdo trazido por referida garantia constitucional, conclui-se, de forma lógica, por aquilo que é estabelecido pelo parágrafo único do artigo 186, do Código de Processo Penal, o qual estabelece que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Desta forma, a lei impõe que o órgão acusatório utilize elementos diversos do silêncio do acusado para que fundamente qualquer pedido que possa importar em prejuízo à defesa, como por exemplo, um eventual pedido de condenação do réu que optou por permanecer em silêncio durante seu interrogatório. Esta imposição estabelecida pelo Código de Processo Penal objetiva respeitar o direito de autodefesa.

A autodefesa consiste nos meios conferidos ao acusado para que possa se defender da forma que considerar mais conveniente, ou seja, trata-se de um direito atribuído ao acusado para que não apenas não produza prova contra si mesmo, mas como um instrumento apto a materializar sua ampla defesa, de modo que este possa traçar uma estratégia mais favorável à si.

Nesse sentido bem ilustra Fernando Capez:

(...). Ficou, portanto, reforçada a natureza jurídico-constitucional de autodefesa pela qual o acusado apresenta a sua versão, fica em silêncio ou faz o que lhe for mais conveniente. Paralelamente, tal ato constitui também um meio de prova, na medida em que, ao seu final, as partes poderão perguntar. Deve-se, no entanto, ressaltar que tais indagações feitas por técnicos só podem ser em caráter complementar, ao final do ato, e não obrigam o juiz a formulá-las, podendo indeferi-las quando impertinentes ou irrelevantes (CPP, art. 188). Em suma, o interrogatório constitui meio de autodefesa, pois o acusado fala o que quiser e se quiser, e meio de prova, posto que submetido ao contraditório.⁹

9. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 454.

Importante salientar que o princípio *nemo tenetur se detegere* possui como uma de suas implicações a inexistência do dever de dizer a verdade, conforme Maria Elizabeth Queijo assevera:

Verifica-se assim que a inexistência do dever de dizer a verdade é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Em razão dele, de um lado, afasta-se o juramento e, conseqüentemente, a observância desse dever pelo acusado. E, de outro, excluem-se as sanções que possam ser impostas a ele por faltar com a verdade.¹⁰

Respeitando o direito ao silêncio e à utilização de tal meio como estratégia processual de defesa do acusado, o art. 156 do Código de Processo Penal estabeleceu, de forma implícita, que a existência do fato criminoso cabe ao Ministério Público, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime, sendo que as alegações da acusação, ainda que caso haja a confissão do acusado, não podem se basear somente nesta, conforme determina o art. 197 do referido diploma legal.

10. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 275.

3. O PRINCÍPIO DO DIREITO AO SILÊNCIO E A COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL

3.1. A renúncia ao direito ao silêncio na Lei 12.850 e sua finalidade

Conforme já dito anteriormente, o acusado que celebra o acordo de colaboração premiada com o Ministério Público (e a partir deste momento passa a ser chamado de “colaborador”), renuncia ao direito ao silêncio, com fundamento no artigo 4º, §14, da Lei nº 12.850.

Ocorre que, tal imposição feita pela Lei de Organizações Criminosas apresenta clara incompatibilidade com o direito ao silêncio, assegurado pela Constituição Federal, pelo Código de Processo Penal, além dos demais diplomas internacionais. E mais: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, 3, g, dispõe sobre o direito de *não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado*.

O direito ao silêncio trata-se de um direito fundamental, sendo este de natureza indisponível e inalienável, razão pela qual sua renúncia resulta em nulidade absoluta, sob o prisma constitucional. É nesse sentido o magistério de Cezar Roberto Bitencourt, vejamos:

Uma vez iniciado o processo, sendo o *colaborador*, indubitavelmente, parte no processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei incorrendo em grave *inconstitucionalidade* estabelece em seu parágrafo 14 do artigo 4º, que o “*colaborador*” renunciará – utiliza-se voz cogente – ao direito ao silêncio, na presença de seu defensor. Ora, o dispositivo legislativo 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 internacionais 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*.¹¹

11. BITTENCOURT, Cezar Roberto. Delação Premiada na “Lava-Jato” está eivada de inconstitucionalidades, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em 22 de abril de 2019.

Embora haja um aparente desrespeito à garantia fundamental sobre a qual foi discorrido anteriormente, é necessário compreender o escopo da obrigatoriedade da renúncia ao direito ao silêncio, imposta pela Lei 12.850 quando da celebração do acordo de colaboração premiada.

Ao obrigar o colaborador a renunciar ao silêncio, o legislador pretendeu garantir ao delatado o direito ao confronto, de modo que este último pudesse fazer perguntas ao delator, com o objetivo de esclarecer eventuais incongruências. Desta maneira, caso o delator pudesse silenciar às perguntas formuladas pelo delatado, “restaria inviabilizada a exploração contraditória da fonte de prova que fez a colaboração e, conseqüentemente, nulificado o direito ao confronto”¹²(BADARÓ, 2017, p. 134).

Sobre a matéria, importante mencionar o manifesto de Diogo Rudge Malan:

(...) o *right of confrontation* impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de uma determinada testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições.¹³

Assim sendo, nota-se que o princípio do direito ao silêncio deve ser sopesado, nos casos concretos que envolvem acordos de colaboração premiada, com o direito de confrontação, este conferido ao delatado, principalmente, para que atribua validade à colaboração, no sentido de que as informações prestadas pelo delator não podem ser levadas em consideração se dissociadas da realidade, conforme poderá ser percebido quando *confrontadas* com a de outros acusados.

Nesse contexto, porém, há de se reconhecer que mostra-se incompatível a colaboração premiada com o princípio *nemo tenetur se detegere*, ao passo que a colaboração se trata de uma prova produzida ativamente, uma vez que o colaborador não apenas se submete, mas participa da produção de provas de forma ativa,

12. BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? São Paulo: RT, 2017. p. 134.

13. MALAN, Diogo Rudge. Processo penal de partes: “right of confrontation” na produção da prova oral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 79-80.

diferentemente de uma produção de provas passiva, em que o agente apenas serve de instrumento para a produção de provas. Maria Elizabeth Queijo assim bem ilustra:

Dessa forma, diante do *nemo tenetur se detegere*, o que se pode exigir do acusado é a participação passiva nas provas, como o reconhecimento, a extração de sangue, entre outras. Nessa ótica, o acusado deverá tolerar a produção de prova, desde que não haja ofensa à vida ou à saúde. Mas não se pode exigir, em contrapartida, que ele participe ativamente na produção das provas (como ocorre na reconstituição do fato, no exame grafotécnico ou no etilômetro). Somente neste último caso haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*, se o acusado fosse compelido a colaborar na produção da prova. (2012, p. 367).¹⁴

Outro conceito que merece destaque é o relativo à natureza jurídica da confissão, que é considerada meio de prova, elemento de prova, ou a prova em si. É diferente da natureza jurídica do interrogatório, o qual é de meio de defesa e fonte de prova. Novamente mostra-se importante citar a doutrina de Maria Elizabeth Queijo acerca do tema:

De destacar que a natureza da confissão não deve ser confundida com a do interrogatório. Este é meio de defesa e fonte de prova. Excepcionalmente, durante o interrogatório, poderá ocorrer a confissão, que é meio de prova.¹⁵

Decorrente deste conceito, percebe-se que a colaboração premiada pode ser considerada como meio de prova, pois trata-se de uma confissão (ainda que hiperqualificada), além de que, de certa forma poderá ser valorada pelo juiz. De igual forma, pode ser considerada como meio de obtenção de prova, uma vez que não pode ser valorada em sua unicidade, mas sim de forma conjunta com outros elementos de prova, vindo a influenciar o convencimento do juiz. Neste sentido ilustra Gustavo Henrique Badaró:

14. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 367.

15. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 118.

Todavia, não é possível considerar que a colaboração premiada, como um todo, seja um meio de obtenção de prova. Já se viu que os meios de obtenção de prova não são diretamente valoráveis pelo juiz. E, se fosse pura e simplesmente um meio de obtenção de prova, a colaboração – enquanto conteúdo do que foi declarado pelo colaborador – em si não seria diretamente valorável pelo magistrado. O teor do que foi declarado apenas permitiria que, perante as informações dadas pelo colaborador, fontes ou elementos de prova pudessem vir a ser obtidos e, estes sim, seriam valorados e influenciariam o convencimento judicial.¹⁶

Não há assim, conclusão segura para se extrair de sua dúbia classificação. Imputar-lhe uma natureza mista (sendo meio de prova e meio de obtenção de prova) não produz qualquer efeito, pois impossibilita a submissão desta a determinado regime jurídico.

3.2. Prisão provisória e a voluntariedade do acusado de colaborar com a justiça

A prisão provisória, instrumento de suma importância para a prevenção de delitos no curso da investigação criminal, não pode ser utilizada com o objetivo de se obter colaborações, pois viola a voluntariedade do acusado quando da celebração do acordo de delação premiada.

Muito tem se falado na atualidade sobre este tema, tendo em vista que em casos concretos percebe-se que aquele que colaborou e estava preso foi solto, diferentemente daquele preso provisório que não colaborou com a justiça: este, por vezes permaneceu preso.

É equiparada à tortura o acordo de colaboração premiada celebrado com o acusado que encontra-se preso, pois este não goza de seu pleno direito ao silêncio, uma vez que possui sua vontade influenciada pelos males que a prisão traz a qualquer um que nela adentra. Por consequência, mostra-se ausente também a voluntariedade da colaboração, uma vez que a prisão estimula o acusado a celebrar referido acordo.

Marco Polo Levorin bem elucida:

16. BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? São Paulo: RT, 2017. p. 136.

Trata-se de coação psicológica equiparada à tortura, na qual o sujeito permanece preso por meses, num cubículo pequeníssimo, com precaríssima comunicabilidade, num inequívoco sofrimento físico e mental com o objetivo de extorquir dados, num ambiente inóspito, insalubre, com periculosidade, agressividade, submetendo o preso a uma absurda pressão para “voluntariamente” aderir uma delação premiada. (2018, p. 127).¹⁷

Também sobre o tema, Maria Elizabeth Queijo:

O consentimento não poderá ser fruto de vontade viciada, seja por erro, seja por violência ou coação, porque compromete a liberdade de autodeterminação do acusado. Note-se que a coação não precisa ser exercida na forma de ameaça para contaminar o consentimento. Por vezes, o ambiente e as circunstâncias a que está submetido o suspeito ou acusado criam situação coativa, que contamina o consentimento manifestado.¹⁸

Claramente em casos como este, não há que se falar em respeito ao direito ao silêncio, pois está o acusado obrigado a declarar-se, sendo de manifesta inconstitucionalidade o acordo celebrado nestas condições.

17. LEVORIN, Marco Polo. Delação Premiada – Uma abordagem a partir das políticas criminais garantista e antigarantista e da Constituição Federal, 2018. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3525/5/Marco%20Polo%20Levorin.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2019. p. 127.

18. QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo - O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 372.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada se trata de um instrumento que tem se mostrado importante para a apuração de delitos e suas respectivas autorias a partir de um acusado que adere a ela. De igual forma, é um instrumento que deve ser usado com extrema cautela, tendo em vista o risco de violar garantias fundamentais de acusados.

O direito ao silêncio é apenas um entre demais direitos fundamentais dos quais devem ser observados e respeitados não só no curso do processo penal, mas também na celebração do acordo de colaboração premiada, para que se mostre um instrumento garantista e eficiente.

Nessa esteira, conclui-se que as garantias fundamentais, em especial o direito ao silêncio, não se mostra compatível com o instituto da colaboração premiada. Isto porque referido instituto desconsidera a característica de direito fundamental irrenunciável que detém o *nemo tenetur se detegere*, implicando em vícios insanáveis do acordo de colaboração premiada sob o espectro teórico e prático.

Ainda, há que se falar que o acordo de colaboração premiada celebrado como acusado que se encontra preso, apresenta sérios vícios sob o aspecto teórico e prático, uma vez que o então colaborador se vê com apenas uma saída para que possa sair da prisão, qual seja, colaborar com a Justiça – e é importante ressaltar que tal prática ocorreu diversas vezes, por exemplo, na Operação Lava jato, ou seja, a obtenção da colaboração através de uma prisão. Desta forma, não pode ser vista como uma colaboração garantidora aquela que obriga, mesmo que implicitamente, o acusado a colaborar com a Justiça, pois mostra-se abusivo o acordo e pode nulificar quaisquer atos ligados a ele, considerando a coação sofrida pelo indivíduo preso.

Diante da problemática apresentada, o acordo de delação premiada mostra-se fora da esfera garantista projetada pela Constituição Federal de 1988. E, em razão de tal conflito normativo, é colocado em risco a eficiência do acordo, pois uma vez que este desrespeita direitos fundamentais, há de se afirmar que diversas questões relacionadas à inidoneidade do instituto inserido pela Lei nº 12.850 de 2013 venham a ser suscitadas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? São Paulo: RT, 2017.
- BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene. Roma: Garzanti Libri, 2000
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. Delação Premiada na “Lava-Jato” está eivada de inconstitucionalidades, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em 22 de abril de 2019.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- LEVORIN, Marco Polo. Delação Premiada – Uma abordagem a partir das políticas criminais garantista e antigarantista e da Constituição Federal, 2018. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3525/5/Marco%20Polo%20Levorin.pdf>>. Acesso em 22 de abril de 2019.
- MALAN, Diogo Rudge. Processo penal de partes: “right of confrontation” na produção da prova oral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Colaboração Premiada. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2017.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 14 Ed. São Paulo: Editora Método, 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. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- SILVA, Élzio Vicente de; RIBEIRO, Denisse Dias Rosas. Colaboração premiada e investigação: princípios, vulnerabilidades e validação da prova obtida de fonte humana. São Paulo: Novo Século Editora, 2018.