

Rodrigo Capez: Polêmica sobre colaboração premiada de preso é estéril

21/07/2016

A colaboração premiada suscita inúmeras controvérsias, dentre elas a extensão dos poderes conferidos ao Ministério Público para negociar. Discute-se, por exemplo, a legalidade de cláusulas prevendo regimes de cumprimento de pena fora dos parâmetros do Código Penal, como o regime aberto domiciliar para penas acima de quatro anos de reclusão, ou que confirmam ao colaborador o direito de permanecer com bens ou valores que constituam produto do crime ou proveito auferido com a sua prática.

Com os desdobramentos da operação “lava jato”, a mais recente polêmica diz respeito à colaboração premiada do investigado preso, que se desejaria vedar, ao fundamento de que lhe faltaria a necessária liberdade psíquica. Esse argumento não convence.

A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, assim como a busca e apreensão, a interceptação de comunicações telefônicas e o afastamento do sigilo bancário, bursátil ou fiscal (artigo 3º da Lei 12.850/13). Como meio de obtenção de prova, destina-se a colaboração premiada à aquisição de elementos ou fontes de prova para a reconstrução dos fatos.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior define *negócio-jurídico processual* “como uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito do processo, de que é exemplo, no processo civil, a transação em juízo (...)”.^[1]

Nesse contexto, a colaboração premiada também é um negócio jurídico processual, haja vista que o seu objeto é a cooperação do imputado para a persecução penal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

A Lei 12.850/2013 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos. O mais importante acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da colaboração premiada é o HC 127.483/SP, relator o ministro Dias Toffoli, julgado em 27 de agosto de 2015 e publicado no DJe de 4 de fevereiro de 2016.

Para a Suprema Corte, esse acordo somente será válido se a declaração de vontade do colaborador for desejada com plena consciência da realidade e escolhida *com* liberdade.

Decidiu-se, por unanimidade, que requisito de validade desse acordo é a liberdade *psíquica* do agente, e não a sua liberdade de *locomção*. A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha feita *com* liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente *em* liberdade, no sentido de liberdade física.

Logo, não há impedimento a que o acordo seja firmado por quem esteja preso, desde que haja voluntariedade na colaboração.

Para a Suprema Corte, negar-se ao preso a possibilidade de firmar esse acordo e de obter benefícios por seu cumprimento violaria o princípio da isonomia, por não haver correlação lógica entre essa vedação e a supressão da liberdade física do agente, uma vez que o fator determinante para a colaboração premiada é a sua liberdade psíquica, vale dizer, *a ausência de coação*, esteja ele solto ou não.

Tanto isso é verdade que, mesmo após o trânsito em julgado da condenação, a Lei nº 12.850/13 admite a colaboração premiada de quem se encontre preso (artigo 4º, parágrafo 5º).

Nesse contexto, a nosso sentir, seria manifestamente inconstitucional a iniciativa legislativa que visasse impedir o imputado de firmar um acordo de colaboração premiada pelo só fato de estar preso cautelarmente. Não se pode ignorar, a toda evidência, a possibilidade de ofensa ao privilégio contra a autoincriminação. Com efeito, o direito ao silêncio (artigo 5º, LXIII, CF) projeta largos efeitos em matéria de prisão cautelar.[2]

De acordo com Maria Elizabeth Queijo, a expressão *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir, equivalente à máxima latina *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), a qual, no direito anglo-americano, traduz-se no *privilege against self-incrimination*. [3]

O reconhecimento desse princípio, que se funda no instinto ou dever natural de autopreservação,[4] representa o respeito à dignidade da pessoa humana no processo penal e a vedação da produção de provas que impliquem violação de direitos do imputado, numa limitação à busca da verdade.[5]

Por ser um direito fundamental constitucionalmente assegurado, o seu exercício jamais poderá produzir qualquer efeito desfavorável ao imputado, razão por que não se limita à mera vedação a que, na valoração da prova, importe confissão ou seja interpretado em prejuízo da defesa (art. 186 e seu parágrafo único, CPP).

Assim, é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal.[6] Nesses casos, embora constitucional a norma em abstrato, na apontada incidência ela produziu um resultado inconstitucional.[7]

Como assevera Vittorio Grevi, em nenhuma hipótese o exercício do direito ao silêncio pode ser colocado como fundamento, no terreno do *periculum libertatis*, de uma medida cautelar pessoal, que jamais pode ser adotada com o fim de induzir o imputado a colaborar com a autoridade judiciária.[8]

Essa questão não é cerebrina, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ilegitimidade constitucional de prisão preventiva cuja razão preponderante foi a recusa da imputada, no exercício do direito ao silêncio, em responder ao interrogatório judicial a que submetida.[9]

O Supremo Tribunal Federal também decidiu que carece de legitimidade constitucional, por manifesta ofensa ao privilégio contra a autoincriminação, a decretação da prisão temporária ou preventiva do imputado pelo seu não comparecimento à delegacia de polícia para prestar depoimento[10] ou “por falta de interesse em colaborar com a Justiça”, supostamente evidenciada pelo fato de os réus “haverem respondido às perguntas de seus interrogatórios de forma desdenhosa e evasiva, mesmo sabedores de que tais versões não encontram guarida no caderno investigatório”. [11] E não é só.

Ainda que, explicitamente, não seja essa a motivação da decisão, caso se constate, inclusive pela forma de atuação extraprocessual do juiz ou dos órgãos da persecução penal, que o verdadeiro objetivo da prisão cautelar é forçar a colaboração do imputado, sua inconstitucionalidade será patente.

Essa questão evidencia-se em investigações complexas, que envolvam intrincada cadeia de agentes, quando não organizações criminosas, na prática de crimes contra a administração pública, o sistema financeiro nacional ou de lavagem de dinheiro, em que haja interesse concreto dos órgãos da persecução penal em formalizar com o investigado um acordo de colaboração premiada, visando a identificação de coautores e partícipes e de infrações penais; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa e a recuperação do produto ou do proveito das infrações penais praticadas (art. 4º da Lei nº 12.850/13).

Ainda que legalmente se admita, diante da relevância da colaboração, o perdão judicial, a redução de pena ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é vedado utilizar-se da decretação ou da manutenção da prisão cautelar como instrumento de barganha com o imputado, no intuito de coagi-lo a colaborar.

Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no HC nº 127.186/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 3/8/15, referente à denominada “operação Lava-a-Jato”, assentou que

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

Em suma, o mero fato de o imputado encontrar-se preso não faz presumir a ausência de liberdade psíquica para transigir.

- [1] Rodrigues Júnior, Otávio Luiz. *Estudo dogmático da forma dos atos processuais e espécies*. **Revista Jurídica**, n. 321, ano 52. Porto Alegre: Notadez, julho/2004, p. 53.
- [2] As considerações a seguir constituem excerto de trabalho do autor. CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. São Paulo, 2015. dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo.
- [3] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.
- [4] COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.
- [5] QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.
- [6] Nesse sentido, SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 248-249. PÉREZ, Cristina Guerra. *La decisión judicial de prisión preventiva - análisis jurídico y criminológico*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p.162. MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, pp. 277-280.
- [7] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 347, nota de rodapé n. 6.
- [8] GREVI, Vittorio. *Compendio di procedura penale*. In CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BAGIS, Marta (orgs). _____. 6ª ed. Pádua: CEDAM, 2012, pp. 394-395 e pp. 401-403. O art. 274, 1, a, do Código de Processo Penal italiano expressamente determina que *o periculum libertatis* não pode ser individualizado na recusa do imputado em prestar declarações ou em admitir as imputações. Por essa razão, Grevi assevera “(...) *che in nessun caso l’esercizio del diritto al silenzio, da parte dell’imputato, possa essere posto a fondamento, sul terreno del periculum libertatis, di una misura cautelare disposta a suo carico e, quindi, a maggior ragione, che nessuna misura cautelare (a cominciare da quella carcerária) possa venire legittimamente adottata allo scopo di indurre l’imputato stesso a collaborare con l’autorità giudiziaria*”.
- [9] HC nº 99.289/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 4/8/11.
- [10] HC nº 89.503/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 8/6/07.
- [11] HC nº 79.781/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/6/2000.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-jul-21/rodrigo-capez-polemica-colaboracao-premiada-presos-esteril/>