

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**DELAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE DO ASPECTO VOLITIVO DO  
INSTITUTO, APLICADO PARA IMPUTADOS EM PRISÃO PROVISÓRIA**

**BRUNA ALVES DE ANDRADE AZEVEDO**

**Rio de Janeiro**

**2018 / 1**

**BRUNA ALVES DE ANDRADE AZEVEDO**

**DELAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE DO ASPECTO VOLITIVO DO  
INSTITUTO, APLICADO PARA IMPUTADOS EM PRISÃO PROVISÓRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

**Rio de Janeiro**

**2018 / 1**

### **CIP - Catalogação na Publicação**

Azevedo, Bruna Alves de Andrade  
A994a Delação Premiada: uma análise do aspecto volitivo do instituto, aplicado para imputados em prisão provisória / Bruna Alves de Andrade Azevedo. - Rio de Janeiro, 2018. 71f.

Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Delação Premiada. 2. Aspecto Volitivo. 3. Prisão Provisória. I. Rodrigues Barletta, Junya , orient. II. Título.

**BRUNA ALVES DE ANDRADE AZEVEDO**

**DELAÇÃO PREMIADA: UMA ANÁLISE DO ASPECTO VOLITIVO DO  
INSTITUTO, APLICADO PARA IMPUTADOS EM PRISÃO PROVISÓRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

Data de aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2018 / 1**

## RESUMO

AZEVEDO, Bruna Alves de Andrade. *Delação premiada: uma análise do aspecto volitivo do instituto, aplicado para imputados em prisão provisória*. 71 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O objetivo deste estudo foi verificar se as colaborações premiadas que ocorrem durante uma prisão preventiva respeitam a voluntariedade exigida pela Lei n. 12.850 de 2013. Para tanto, buscou-se entender o alcance da voluntariedade prevista legalmente, foi realizada a verificação dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, além das ponderações éticas associadas ao tema. A metodologia aplicada consistiu na análise da doutrina, jurisprudência, leis e de artigos publicados recentemente. Dos resultados desse trabalho se conclui que o requisito legal da voluntariedade estará caracterizado quando decorrer da liberdade psíquica mesmo quando sugerida por terceiros e isenta de coação e, caso a colaboração ocorra durante uma prisão provisória este aspecto voluntário poderá ser abalado.

**Palavras-chave:** colaboração premiada; prisão preventiva; voluntariedade; coação.

## ABSTRACT

AZEVEDO, Bruna Alves de Andrade. *Delação premiada: uma análise do aspecto volitivo do instituto, aplicado para imputados em prisão provisória*. 71 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The goal for this present study was to verify if the awarded collaborations that occur while the inmate serves preventive custody attend the willingness required by law n. 12.850/2013. For that matter, it was studied the reach and length of the willingness legally predicted, it was also verified the assumptions for the decree of the preventive custody, and the analysis of the etic ponderations associated with the theme. The applied methodology consisted on analyzing doctrine, precedents, legislation and recently published articles. From the results of this study it was concluded that que legal requirement of the willingness will characterized even when suggested by a third person and doesn't have any coercion and, if the collaboration occurs during a preventive custody, this voluntary aspect can be shook.

**Keywords:** awarded collaboration; preventive custody; willingness; coercion.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 DELAÇÃO PREMIADA .....</b>	<b>9</b>
1.1 Definição do instituto.....	9
1.2 Da legitimação para celebração do acordo .....	13
1.3 Dos benefícios legais a serem concedidos .....	14
1.4 Dos direitos do delator .....	16
1.5 Possibilidade de retratação do acordo.....	17
1.6 Breve histórico do instituto.....	18
1.7 Estudo do instituto na legislação brasileira.....	20
<b>2 PRISÕES CAUTELARES.....</b>	<b>25</b>
2.1 Breve histórico do instituto no Brasil .....	25
2.2 Princípios norteadores.....	26
2.3 Prisões Cautelares em Espécie.....	31
<b>2.3.1 Prisão temporária.....</b>	<b>32</b>
<b>2.3.2 Prisão preventiva.....</b>	<b>35</b>
2.4 Efeitos das prisões cautelares .....	44
<b>3 A VOLUNTARIEDADE E/OU A ESPONTANEIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA .....</b>	<b>46</b>
3.1 O aspecto ético da colaboração premiada.....	51
3.2 O projeto de lei 4372/16 .....	55
3.3 Operação Lava Jato.....	57
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia analisará a voluntariedade das colaborações premiadas realizadas durante o transcurso de uma prisão preventiva. Para tanto será feito um estudo do alcance do termo “voluntariedade” exigido pela Lei n. 12.850 de 2013, assim como dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, em seguida trará as críticas e os argumentos favoráveis à colaboração premiada durante a referida prisão cautelar e por fim será feita uma breve análise do Projeto de Lei n. 4372 de 2016 que tem por finalidade promover alterações na Lei n. 12.850 de 2013, como o condicionamento da homologação de uma colaboração premiada ao fato dessa só poderá ser realizada pelo colaborador que esteja em liberdade.

A delimitação do presente tema surgiu em razão das inúmeras críticas à Operação Lava-Jato visto que diversas colaborações premiadas foram realizadas por indiciados ou acusados que cumpriam prisão preventiva, suscitando assim a dúvida se tais acordos realizados nessas condições ocorreriam de forma voluntária.

Ainda que os institutos da colaboração premiada e da prisão preventiva sejam totalmente distintos têm sido atribuídos por alguns uma relação de causa e efeito que acaba por influenciar na voluntariedade daquele que realiza a colaboração premiada.

O estudo do tema se torna mais interessante com a proposta do Projeto de Lei n. 4372 de 2016 que, dentre outras alterações, visa impedir a colaboração daquele que não está em liberdade. Nesse ínterim, convém destacar que um número expressivo de parlamentares que defendem esse projeto é investigado pela Operação Lava-Jato.

Assim, o estudo trata de assunto de grande relevância dada a atualidade do tema, onde de um lado estão aqueles que afirmam que o Estado tem atuado de forma antiética pois, as prisões preventivas estão sendo decretadas fora de suas previsões legais com o intuito de forçar a colaboração do preso e do outro lado estão os que alegam que as prisões cautelares decorrem de estrita observância da lei e as colaborações realizadas não são incompatíveis com a voluntariedade exigida, além de beneficiar o acusado ou indicado.

Ao final, se pretende elucidar a compatibilidade da colaboração premiada acordada no transcurso de uma prisão preventiva com a voluntariedade exigida pela lei após a análise dos aspectos éticos e legais vinculados a matéria.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio da leitura e da análise crítica das obras dos principais doutrinadores em matéria processual penal, assim como a consulta de artigos, jurisprudência e legislação afim.

## 1 DELAÇÃO PREMIADA

### 1.1 Definição do instituto

A delação premiada pode ser definida como um instituto de natureza penal, vez que traz em seu cerne um fator de diminuição de *sanctio legis*, ou de perdão judicial como causa extintiva da punibilidade.<sup>1</sup>

Também podemos defini-la a partir da colaboração premiada, que seria uma causa de alteração do cumprimento da pena, podendo ser um perdão judicial ou ainda redução de condenação do acusado que tenha, de forma voluntária, colaborado para a investigação, ou com o processo penal em si, de maneira efetiva, atingindo os resultados previstos na lei.<sup>2</sup>

Ou seja, podemos afirmar que a delação é uma ferramenta facilitadora da persecução penal, oferecendo incentivos à não resistência do acusado, objetivando a concretização do poder punitivo do Estado de maneira mais célere e menos onerosa possível.<sup>3</sup>

O instituto não deve ser confundido em momento algum com o arrependimento eficaz, no qual o agente realiza todos os atos executórios porém, busca impedir a concretização do resultado, nem mesmo com a desistência voluntária, onde o crime não se consuma, pois, o agente podendo prosseguir na execução do delito, por vontade própria se abstém de consumá-lo, menos ainda com o instituto do arrependimento posterior onde o crime de fato se consumou, e então o agente busca reparar o dano ou restituir o bem subtraído. A flagrante diferença se dá por conta da participação ou auxílio de terceiros, ausente em todos os institutos acima descritos.

Conclui-se então que existe uma obrigatoriedade de que o delator tenha tido parte na conduta criminosa com auxílio ou mesmo participação dos demais corréus, se assim não fosse, aquele que presta informações nada mais seria do que testemunha da ação, desprovendo-se de qualquer imputação penal.

---

<sup>1</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016. p. 29.

<sup>2</sup> GRECO, Vicente Filho. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

<sup>3</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 21.

Cumpra destacar que a realização do acordo de delação não significa uma obrigatoriedade de diminuição da pena, uma vez que a lei condiciona o benefício a outros critérios, tais como: a personalidade do colaborador, as circunstâncias, gravidade e a repercussão social do crime e, como um dos pontos principais, a eficácia da colaboração. Sendo assim, o magistrado poderá também não só negar a diminuição da pena, como pode ainda recusar a homologação que não atenda aos previstos em lei.<sup>4</sup>

Renato Brasileiro de Lima, por sua vez, define o instituto como<sup>5</sup>:

Espécie do direito premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Em uma análise voltada para o viés processual da delação, o mesmo pode ser considerado como um meio de obtenção de prova, e não uma prova em si, pois não funciona como elemento probatório ao processo e sim, permite que seja alcançada novas informações, ou até mesmo provas, que levem à implicação de mais pessoas ou sedimentação de mais delitos.

Ressalta-se ainda que as declarações que são fornecidas pelo delator devem encontrar respaldo em provas constantes nos autos ou que sejam produzidas a partir das informações prestadas, para que seja considerada como meio de prova, devendo sempre ser garantido àqueles que forem delatados o acesso à ampla defesa e ao contraditório.

Podemos encontrar respaldo doutrinário para tal diferenciação entre meios de prova e os meios de obtenção de prova citado anteriormente, nas lições de Gustavo Badaró, expõe-se a diferença entre ambos, sendo os meios de provas utilizados para formar o convencimento do juiz sobre as afirmações contidas no processo, já os meios de obtenção de prova servem à angariação de elementos ou fontes probatórias, funcionando de maneira indireta e estreitamente ligados com o resultado obtido.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 4 : legislação penal especial. 12 ed. São Paulo : Saraiva, 2017. p 274.

<sup>5</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p 520.

<sup>6</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 266

Nesta linha de pensamento, o STF no julgamento do Habeas Corpus 127.483, de relatoria do Ministro Dias Tóffoli, afirmou:<sup>7</sup>

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, 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.

Utilizamos ainda para a melhor compreensão, a definição trazida por Vinicius Gomes de Vasconcelos, que afirma que a colaboração premiada é um acordo entre ambas as partes do processo penal, buscando em reduzir a resistência do réu e, de algum modo, sua conformidade com a acusação, visando a facilitação da persecução penal mediante oferecimento de benefícios ao colaborador, o que inclui a redução de sanções aplicáveis.<sup>8</sup>

O tema desta monografia diz respeito à delação premiada, porém torna-se importante que seja feito um panorama sobre o tema, pois se constatam diversos regramentos jurídicos que dispõem sobre o assunto, e muitas vezes pode ocorrer certa confusão entre os termos “colaboração premiada” e “delação premiada”.

Em sua obra, Heráclito Antônio e Júlio César Mossin abordaram a problemática que pode ser trazida pela utilização de ambos os termos, colaboração e delação<sup>9</sup>:

Os vários ângulos legislativos que incidem sobre a delação premiada, que no âmbito de sua multiplicidade de normas acabou até mesmo sendo denominada de colaboração premiada, procurando com isso tentar diminuir a péssima impressão e conceito negativo atribuído ao dedo duro que, com sua conduta censurável, delata seus comparsas de incursão delitativa em troca de um prêmio oferecido pelo legislador.

Alguns doutrinadores utilizam colaboração premiada e delação premiada (ou chamamento de corréu) como sinônimos, porém, outros as consideram institutos diversos.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

<sup>8</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.62.

<sup>9</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016, p. 43

<sup>10</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 760.

A Lei n. 12.850/2013 trouxe o primeiro regramento específico para a aplicação do instituto da delação premiada, que anteriormente estava presente em diversos regramentos normativos esparsos, e com a vinda da aludida lei, o instituto passou a ter uma regulamentação mais precisa.<sup>11</sup>

Para os que consideram os dois institutos distintos, afirmam que a colaboração premiada seria um conceito mais abrangente, existindo a possibilidade de ao assumir a culpa, o acusado incriminar ou não terceiros, podendo ao invés, oferecer informações sobre o objeto delituoso. Assim, a colaboração premiada é gênero, da qual a delação premiada é a espécie para os doutrinadores que diferenciam ambos institutos.<sup>12</sup>

Nesta alcinha, demonstra-se abaixo uma classificação dos diversos subtipos de colaboração premiada com base no art.4º da Lei 12.850:<sup>13</sup>

- a) Delação premiada (chamamento de corrêu): o colaborador confessa a sua participação no delito e revela as demais pessoas que se envolveram no fato;
- b) Colaboração para libertação: o colaborador facilita a libertação da vítima sequestrada, através da indicação do cativo;
- c) Colaboração para a localização e recuperação de ativos: o colaborador indica onde se encontram os produtos do delito;
- d) Colaboração preventiva: aqui o colaborador fornece importantes informações aos órgãos de persecução penal, que impedem a ocorrência de um crime ou interrompem uma conduta ilícita.

Na classificação criada pelo legislador, a delação premiada seria uma das formas de ocorrência da colaboração premiada, porém pode se observar a utilização dos termos como se fossem sinônimos de forma corriqueira.

---

<sup>11</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 35.

<sup>12</sup> LIMA, Renato Brasileiro de, *op.cit.*, p.762.

<sup>13</sup> ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 428.

## 1.2 Da legitimação para celebração do acordo

Feita a necessária distinção, parte-se à análise daqueles agentes legitimados para celebrar o acordo de delação premiada, que em primeiro momento, ao analisar a lei 12.850/2013, pode ser entendido que o delegado de polícia poderia realizar o acordo com o indiciado, porém o mesmo não teria legitimidade ativa para tal sem a intervenção do *parquet*, sendo inconcebível que haja um acordo sem a intervenção do representante do Ministério Público, pois cabe ao mesmo julgar a viabilização da persecução penal.

Está em curso no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5508/DF, que analisa a eventual inconstitucionalidade da celebração do acordo de delação premiada pela autoridade policial diretamente com o acusado, tendo sido julgado em 20/06/2018 pela constitucionalidade do artigo 4º parágrafos 2º e 6º da lei 12.850/2013, e ressaltado que existe a necessidade de manifestação posterior do Ministério Público para a análise dos termos do acordo.<sup>14</sup>

O Tribunal de São Paulo anteriormente à discussão no Supremo, já tinha proferido decisão no mesmo sentido:<sup>15</sup>

Recurso em sentido estrito. Pleito ministerial de cassação da decisão que rejeitou a denúncia por não concordar o d. juízo a quo com a homologação da colaboração premiada e com a capitulação jurídica dos fatos articulada na denúncia. Possibilidade. Juiz do DIPO que tem competência para homologar os acordos de colaboração premiada celebrados na fase pré-processual. Incompetência do i. magistrado da vara criminal na qual a denúncia foi distribuída, para rever, quanto ao mérito, os atos já homologados pelo juiz do DIPO. Colaboração premiada. Ministério Público que, de forma escorreita, deixou de oferecer denúncia em face do primeiro delator, a teor do que dispõe o artigo 4º, § 4º, incisos I e II, da Lei n. 12.850/13, porquanto presentes os requisitos legais. Análise dos acordos por parte magistrado que deve se ater aos seus requisitos formais, nos termos do artigo 4º, §§ 6º e 7º, da Lei 12.850/13. Fundamentação equivocada do juízo de que se revela inviável a celebração de acordo de delação premiada, com base na Lei 12.850/13, pelo princípio da anterioridade. Crimes que ocorreram em data anterior a vigência do referido diploma. Possibilidade. Norma de natureza processual, com reflexo penal. Retroatividade possível. Rejeição injustificada da inicial acusatória por divergência quanto a sua capitulação. Divergência que, por si só, não autoriza a rejeição da denúncia. Recurso provido, subsistindo, na integralidade, os acordos de delação premiada celebrados pelo Ministério Público, determinando-se, por conseguinte, o recebimento da denúncia em face de todos os recorridos.

<sup>14</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508/DF, Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em: 20 jun. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4972866>>. Acesso em: 21 jun. 2018

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Criminal. Recurso em Sentido Estrito nº 0089132- 93.2015.8.26.0050, Relator: Leme Garcia, julgado em: 23 mai. 2017. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10453296&cdForo=0>>. Acesso em: 20 jun. 2018

Tendo como argumento a favor, a pressão que o acusado perpassa durante a fase de investigações como no interrogatório, sentindo-se por vezes mais compelido a colaborar com a justiça. No sentido contrário pode ser destacado que somente o Ministério Público tem legitimidade para formação da *opinio delicti*, ou seja, a cognição sobre a realização do acordo é intrínseco à mesma, e se feito por outra autoridade pode ser considerado como usurpação de competência.

### **1.3 Dos benefícios legais a serem concedidos**

Também devem ser analisados os benefícios legais que podem ser oferecidos àquele que decide delatar. As primeiras previsões legais que eram utilizadas como moeda de troca antes do advento da lei 12.850/2013 não eram meios eficazes para convencer a colaboração do indiciado, uma vez que seriam presos de qualquer forma, recebendo apenas uma redução de pena.

Com o artigo 4º da lei de combate às organizações criminosas, houve uma ampliação dos benefícios que podem ser oferecidos ao colaborador. A diminuição da pena continua sendo um dos trunfos, fixando o máximo de 2/3 para a redução, o mesmo teria ocorrido para evitar a aplicação de penas insignificantes. Também pode ser oferecida a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sendo independente do preenchimento dos requisitos legais previstos pelo Código Penal no artigo 44.

O Ministério Público também pode oferecer ao delator a concessão de perdão judicial que poderá acabar culminando na extinção de punibilidade, podendo ser considerado como o maior dos benefícios que podem ser concedidos e também, o que deve ser feito com maior cautela, pois irá impedir o processamento daquele acusado.

Pode ainda ser concedido o não oferecimento da denúncia, contanto que não seja o indiciado líder da organização criminosa, e que seja o primeiro a realizar colaboração efetiva. Isso pode ser considerada como uma exceção à obrigatoriedade de oferecimento de denúncia que recai sobre o Ministério Público e, não poderia em tese, ser objeto de conveniência dos

promotores, sendo a persecução penal por eles promovida objeto de ordem pública. Renato Brasileiro de Lima refletiu sobre o benefício:<sup>16</sup>

Como se trata, a concessão do perdão judicial, de decisão declaratória extintiva da punibilidade, tal decisão estará protegida pela coisa julgada, o que importa no reconhecimento da imutabilidade do comando que dela emerge. Por consequência, este dispositivo deve ser utilizado de maneira excepcional, vale dizer, o juiz não deve conceder o perdão judicial de pronto, vez que nem sempre será possível atestar o grau de liderança da organização criminosa exercido pelo colaborador sem o prévio encerramento da instrução criminal em juízo. Daí a importância de o não oferecimento da denúncia previsto no art. 4º, § 4º, ser precedido do sobrestamento da persecução penal inserido no art. 4º, § 3º, a fim de verificar a eficácia objetiva das informações prestadas pelo colaborador.

O autor ainda ressalta que os prêmios oferecidos são todos de natureza pessoal e, inaplicáveis aos que não colaborarem de forma voluntária com a investigação, não se comunicando para os demais coautores ou partícipes, não bastando para a concessão dos mesmos a obtenção dos resultados previstos em lei, devendo ser igualmente analisados a personalidade do colaborador, circunstâncias do crime e repercussão social do fato criminoso.<sup>17</sup>

O ministério público vem oferecendo imunidade cível, em diversas delações premiadas homologadas, o que seria controvertido. Visto que quem homologa a delação *prima facie* é o juízo criminal, e ao passo que ele homologa uma imunidade cível, estaria adentrando numa seara materialmente incompetente para fazê-lo. Sendo assim, devem ser observados os limites que uma delação poderá ter, conforme analisado por Nucci<sup>18</sup>:

Segundo nosso entendimento, o acordo não pode nunca vincular outras autoridades (Delegados/MP/Judiciário) que dele não participaram, pois seria a maior ilogicidade em matéria penal.

Sugere-nos o princípio da legalidade que jamais se altera o prazo prescricional ou a competência penal por acordo extrapenal entre quem quer que seja.

Soa-nos ilegal dispor sobre execução penal em acordo pré-processual, como se houvesse um único juízo no Brasil — o da homologação.

Outras considerações poderiam ser apresentadas, mas essas cláusulas são ilustrativas, não significando que estejam presentes num autêntico acordo entre o Ministério Público e qualquer colaborador.

Afinal, se o acordo puder conter aquelas supostas cláusulas, não mais precisaremos de leis no Brasil, pois acordos valerão mais que normas editadas pelo Parlamento na área penal. Parece até que se está diante do Direito Civil, cuidando de interesses meramente privados e disponíveis.

<sup>16</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: vol. único. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 537.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 538.

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Há limites para o prêmio da colaboração premiada?. **Consulta Jurídica**. Rio de Janeiro, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-03/guilherme-nucci-limites-premio-colaboracao-premiada>>. Acesso em: 10. mai. 2018.

Ou seja, os limites dos benefícios oferecidos ao delator devem ficar adstritas às previsões legais consoantes da lei 12.850/2013, não perpassando as competências daquele que oferece o acordo.

#### 1.4 Dos direitos do delator

Analisando os direitos cabíveis ao delator buscando conferir uma maior segurança fazendo com que o poder público pudesse dar maior proteção ao mesmo. Estes estão previstos no artigo 5 da lei 12.850/2013, sendo a primeira delas a possibilidade de usufruir de medidas protetivas previstas na lei 9.807/99.

Existe ainda a previsão da preservação da integridade do colaborador, com a previsão de sigilo para o acordo, esta disposição legal não é apoiada de forma unânime pela doutrina, encontrando resistência de Guilherme Nucci, por exemplo<sup>19</sup>:

Quanto à preservação do nome, qualificação, imagem e outras informações pessoais (inc. II), sem dúvida, possui caráter absoluto no tocante ao público em geral, particularmente em relação à mídia. Porém, jamais poderá ficar oculto da defesa dos outros corréus, criando-se um testemunho secreto, sem qualquer identidade. O princípio constitucional da ampla defesa veda o sigilo extremado de provas, permitindo o acesso dos defensores a qualquer meio constante dos autos

Outro direito é o de ser conduzido ao fórum de maneira separada dos demais coautores ou partícipes, que é uma decorrência lógica da condição de delator. Tem-se ainda a participação de audiências sem que haja contato visual com os demais acusados, porém é um dos mais relativos dos direitos, pois depende de diversos fatores.

É previsto também o direito de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, não ser filmado ou fotografado sem sua prévia autorização escrita, que de certa forma decorre da preservação pessoal, sendo tal divulgação não autorizada caracterizada como crime pela própria lei 12.850/2013 no artigo 18.

---

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 69

Outra medida na mesma orientação da anterior é a previsão de cumprimento de pena em estabelecimento prisional diverso dos demais coautores ou partícipes, evitando possíveis repreensões ao delator.

A lei das organizações criminosas prevê ainda a distribuição de forma sigilosa do pedido de homologação do acordo de colaboração premiada, ficando resguardado aos defensores dos investigados, amplo acesso às provas dos autos como forma de efetivar a ampla defesa. Vinicius Gomes de Vasconcellos acredita que a publicidade deveria ser regra nos acordos conforme defende em sua obra<sup>20</sup>:

Conclui-se, portanto, que a regra da colaboração premiada deveria ser a publicidade, de modo a assegurar a defesa e o contraditório aos coimputados. O acordo deveria se tornar público após a homologação, ou até antes, para assegurar a possibilidade de impugnação pelos eventualmente prejudicados. Por óbvio, também existem hipóteses em que o sigilo é necessário e recomendável, desde que se comprove eventual risco ao colaborador ou à realização de atos investigativos específicos, como interceptações telefônicas, por exemplo. Assim, em situações de necessidade de sigilo, ao remeter o termo do acordo formalizado, o acusador deveria requerer a restrição à publicidade por prazo determinado. Essa lógica é, inclusive, compatível com a previsão do art. 23 da Lei 12.850/13: “O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

### 1.5 Possibilidade de retratação do acordo

A lei 12.850/2013 permite no artigo 4 §10º a retratação do acordo por ambas as partes, no caso, o Ministério Público e o acusado, nunca o delegado policial, não sendo especificada a razão para a mesma. Como limite temporal se estabelece o momento entre a homologação do acordo e anterior à sentença penal condenatória e, deveria ser submetida à apreciação judiciária.

Vinicius Gomes de Vasconcelos ressalta o momento para que ocorra a retratação:<sup>21</sup>

Resta evidente que a palavra “retratar-se” pressupõe a realização formal de algo em situação anterior, ou seja, somente há retratação de uma conduta já realizada e existente no plano jurídico. A situação da não realização do acordo ainda durante sua negociação, por exemplo, pela mudança de opinião do acusado, não é uma retratação, mas simplesmente uma desistência ou uma não concretização do negócio.

<sup>20</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 386.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 403.

Pontua-se também que eventuais provas produzidas no âmbito da delação premiada que possam vir a incriminar o colaborador não poderão servir no processo que possua sentido contrário aos seus interesses, a medida se demonstra complicada pois nem sempre podem ser evitados os efeitos que advêm da delação, como por exemplo quando se indica onde estaria o produto do delito, que uma vez recuperado não poderá ser devolvido.<sup>22</sup>

Porém no extremo oposto, caso haja retratação por parte do órgão acusador, o delator não obterá quaisquer benefícios, porém as provas que forem acareadas poderão ser utilizadas contra os demais envolvidos, ou seja as provas fornecidas serão utilizadas, contudo aquele que ajudou a fornecê-las não usufruirá das vantagens legais.

Em análise jurisprudencial da retratação em sede delacional, se tem o posicionamento do Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal como relator do HC 127.483/PR:<sup>23</sup>

Não se confundem, assim, “proposta” e “acordo”, tanto que a “proposta” é retratável, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, mas não o acordo. Se o colaborador não mais quiser cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, mas de simples inexecução de um negócio jurídico perfeito.

Existem exemplos recentes, como o ocorrido na Operação Lava-Jato que acabou retratando acordos de delação premiada ao constatarem que algumas informações foram omitidas dos promotores, o que não foi confirmado pelo Ministério Público.

Seguindo no âmbito da operação acima referida, o Juiz Federal Sérgio Moro afirma que a vinculação realizada pelo acordo de delação premiada diz respeito apenas às partes, não vinculando o magistrado que deverá agir sempre em busca da segurança jurídica, conforme suscitado na ação penal nº 5045241-84.2015.4.04.7000/PR.

## 1.6 Breve histórico do instituto

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 65.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 127.483/PR. Relator: Ministro Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre>>. Acesso em: 12 mai. 2018

Pontua-se o surgimento do instituto da delação premiada em 1970 na Itália, visando atingir os crimes que contivessem algum tipo de associação, principalmente por conta do crescente terrorismo que assolavam o país, não por acaso, também permeou o período histórico dos anos 80, com a Operação Mãos Limpas com a finalidade de extinguir a máfia. Os benefícios concedidos abrangiam crimes cometidos contra a liberdade individual bem como contra a segurança estatal, para além, o “prêmio” também era estendido aos colaboradores de crimes relacionados ao narcotráfico. Apenas em 1991 que efetivou-se dispositivo legal para concretizar os efeitos do modelo de delação italiano.<sup>24</sup>

Nos Estados Unidos em 1960, o instituto adentrou no ordenamento através da lei Ricco, onde eram realizados acordos extrajudiciais entre a promotoria e os acusados, conhecidos como *plea bargaining*, oferecendo-lhes reduções da *sanctio legis* em troca de informações, o que posteriormente era corroborado em sede judicial. Esta forma de negociação demonstra a discricionariedade que é posta nas mãos do representante de acusação, o equivalente ao nosso Ministério Público, devendo o juiz apenas realizar a homologação.<sup>25</sup>

Vale ressaltar também que o *plea bargaining* é utilizado mesmo nos casos em que o acusado agiu sozinho, sem contar com a ajuda de terceiros. É este instituto que equivale à delação premiada brasileira, sendo a americana mais ampla, porém as similaridades são muitas. Ao acusado que confessa ou delata a participação de outros envolvidos é garantida uma amenização da pena, estando excluída a hipótese de absolvição.<sup>26</sup>

Na legislação penal portuguesa também se encontra presente o instituto da delação premiada, no artigo 299 n. 4 do Código Penal Português no que diz respeito à Associação criminosa. Este instituto traz como benefício para o acusado a redução da condenação ou ainda o perdão judicial. Encontra-se previsão semelhante no que se refere às Organizações Terroristas, transcreve-se abaixo<sup>27</sup>:

<sup>24</sup> KOBREN, Juliana Conter Pereira. Aparentamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/8105>>. Acesso em: 08 maio 2018.

<sup>25</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016, p. 33

<sup>26</sup> GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006, p. 105-106.

<sup>27</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei nº48 de 15 de março de 1995, **Código Penal Português**. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em: 10. mai. 2018.

As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

No Brasil, instituto equivalente às delações premiadas prenotam de 1603, época das Ordenações Filipinas. Os crimes de: “Lesma Majestade”, moeda falsa, falsificação de selos, dentre outros que ofereciam o perdão judicial em troca de informações que levassem às prisões dos demais envolvidos na ação criminosa, o que pode ser considerado como o início do instituto nas ordenações jurídicas brasileiras, por mais que não fossem reconhecidas como delações, e sim como uma forma de perdão, em suma análise a similaridade de ambas previsões é notável. Estas previsões perduraram até o código criminal de 1830.<sup>28</sup>

Na legislação pátria moderna a primeira norma a disciplinar alguma forma de delação premiada foi lei nº 8.072 de 1990, conhecida como Lei dos crimes hediondos. Hoje em dia, contamos com diversos diplomas legais que trazem a delação.

### **1.7 Estudo do instituto na legislação brasileira**

Conforme exposto acima, a primeira previsão de delação nos moldes como é utilizada atualmente foi trazida pela Lei dos Crimes Hediondos (lei 8.072/1990), que busca agravar os crimes entendidos pelo legislador como mais repreensíveis. Define-se um critério para a efetivação da redução da pena no artigo 8º, parágrafo único, qual seja a possibilidade de desmantelamento da quadrilha ou bando, conclui-se então que qualquer resultado que venha diferir do previsto não trará o benefício para aquele que delatou.

Posteriormente, a lei 8137/1990 - Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica e Contra as Relações de Consumo também previu benefícios para os delatores, porém foi posteriormente substituída pelas previsões trazidas pela lei 9.080/1995.

Visando o combate às organizações criminosas, foi promulgada a lei 9.080/1995, que atualmente encontra-se revogada por força da lei 12.850/2013, porém deve ser mencionada pelas inovações que trouxe ao ordenamento. Nela houve a preocupação com a espontaneidade,

---

<sup>28</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016, p. 37

sem que a delação derivasse de eventuais artifícios judiciais, para além também era previsto que o agente deveria ter integrado a organização criminosa. O que se nota é que nesta lei, não existe a obrigatoriedade do desmantelamento da organização exigida pela lei 8.072/1990.

Posteriormente, com a Lei 9.269/96, foi feita a alteração do artigo 159, parágrafo 4º do Código Penal, que trata da extorsão mediante sequestro, existindo três pré-requisitos: à concessão do benefício, a delação deve se associar à crimes em que ocorra concurso de pessoas, facilitação da libertação da vítima e conter elementos que esclareçam o crime. Nota-se que o pagamento ou não do resgate é indiferente para esta previsão legal.

Em relação à lavagem de dinheiro, que busca trazer aparência de licitude à ganhos obtidos ilicitamente, resta claro que a eficácia do trâmite criminoso depende da colaboração de diversos indivíduos, até mesmo por empresas de fachada.

Com o advento da lei 9.613/1998, que foi posteriormente reformada pela lei 12.683/2012, existe para além da redução da penalidade imposta, outros benefícios como a possibilidade de cumprir a pena em regime mais brando, a substituição da pena por restritiva de direitos e ainda a não aplicação da pena em seu todo, para isso o delator deve efetivamente ajudar a esclarecer a infração ou à localização dos bens objeto do crime. Também pode ser notado neste regramento que o legislador mais uma vez impôs a espontaneidade como requisito de validade da cooperação.

Já na Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas Ameaçadas (Lei 9.807/1999), a concessão do benefício se dará de ofício ou mediante requerimento das partes. Esta previsão legal não se restringe apenas à figura do colaborador que participou de forma ativa do crime, mas também das testemunhas do processo que puderam auxiliar o juízo.

A lei não especifica crime algum, podendo ser utilizada para qualquer regramento penal. Entretanto a efetividade da mesma é posta à prova quando confrontada com os desafios orçamentários que o país vem passando.

A nova lei de drogas (Lei 11.343/06) ao revogar o diploma anterior alterou a forma como se pratica o instituto da delação premiada nestes tipos de crime, a lei anterior (Lei 10.409/2002) previa que esta ocorresse de forma espontânea, porém com a sua revogação, a nova legislação

passou a exigir apenas que seja voluntária, retirando seu caráter de espontaneidade. O objetivo da colaboração do acusado é a identificação de demais participantes do crime e a recuperação do produto delituoso total ou em parte.

A doutrina de forma correta questiona se os requisitos exigidos seriam cumulativos, porém existem divergências entre a opinião de autores e órgãos julgadores quando confrontados com um caso concreto. Nesta toada, Heráclito Antônio e Júlio César Mossin afirmam que caso sejam interpretados de forma cumulativa, estaríamos negando o instituto em si, logo não haveria motivo para que ocorra a cumulatividade dos mesmos.<sup>29</sup>

A mais recente inovação legislativa envolvendo o instituto é através da lei 12.850/2013, que trata das organizações criminosas e formas de investigá-las, prevendo inclusive a redução de pena e modalidades protetivas para os delatores, que podem contribuir com a investigação através da identificação dos demais corréus ou partícipes, localização do produto delituoso, dentre outros.

Com o advento desta lei, foi revogada a lei 9.034/95, e com isto também se definiu o instituto como meio de obtenção de provas de autoria e materialidade, culminando inclusive, dependendo do grau da colaboração com o perdão judicial do delator.

Esta lei traz em seu artigo terceiro:<sup>30</sup>

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;

<sup>29</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. 2a ed. Leme, JH Mizuno, 2016, p. 65-80.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei n.12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 11 mai. 2018.

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.

Nota-se que foi utilizado o termo “colaboração premiada”, porém o instituto é utilizado para oferecer benefício àquele que denuncia terceiros envolvidos no crime, ou seja, de acordo com as definições já apresentadas anteriormente se deduz que na verdade se trata da delação premiada. Sendo assim, no presente estudo, por se embasar em ambos diplomas e legislações utilizará os termos colaboração e delação como semelhantes.

Existe ainda um projeto de lei (PL 4372/2016), que tem por finalidade a alteração da lei 12.850/2013, incluindo uma importante alteração caso seja aceita, estabelecendo como condicionante para a homologação da colaboração que o acusado esteja respondendo em liberdade à investigação ou ao processo penal, sendo assim, o art.3º da Lei que trata das organizações criminosas passaria a ter um novo parágrafo, trazendo o seguinte comando<sup>31</sup>:

Art.3.....  
 .....  
 Parágrafo 3 - No caso do inciso I, somente será considerada para fins de homologação judicial a colaboração premiada se o acusado ou indiciado estiver respondendo em liberdade ao processo ou investigação instaurados em seu desfavor.

O referido projeto de lei foi rejeitado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados, afirmando que a premissa do projeto estaria equivocada, já que não haveria qualquer correlação entre a delação e a prisão cautelar, que não poderia ser decretada para provocar a delação. O parecer considerou que a voluntariedade requerida na colaboração premiada, diz respeito à liberdade psíquica e não a liberdade de locomoção.<sup>32</sup>

Na opinião de Rodrigo Chemim, Procurador de Justiça do Paraná, o projeto de lei leva em consideração a existência de dois tipos de réus, o que se encontra em liberdade podendo usufruir dos benefícios que a colaboração premiada trás e o réu preso que teria como optar por

<sup>31</sup> BRASIL. Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1022352&filename=PL+4372/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1022352&filename=PL+4372/2012)>. Acesso em: 11 mai. 2018.

<sup>32</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. **Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n.4.372 de 2016**. Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em:<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?Tramitacao-PL4372/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?Tramitacao-PL4372/2016)>. Acesso em 11 mai. 2018.

esse instituto, ou seja, um réu solto tem uma maior possibilidade de se defender do que o encarcerado.<sup>33</sup>

Diante de tudo o que foi apresentado neste capítulo, se faz necessária a análise dos quesitos da voluntariedade que é exigida pela maioria das leis assim como do âmbito em que se dá esta colaboração, que no caso é a prisão preventiva.

---

<sup>33</sup> AFFONSO, Julia. A escolha é do delator, não é do Estado, diz procurador. **Estadão**. São Paulo. 26 de abril de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-escolha-e-do-delator-nao-e-doestado-diz-procurador>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

## 2 PRISÕES CAUTELARES

No processo penal, não pode ser verificada a existência de um processo cautelar autônomo, porém é comum que ocorram situações em que haja a necessidade de providências urgentes, seja para garantir a instrumentalidade do processo mediante apuração de fato ou prova testemunhal ou ainda nos casos em que haja risco de fuga, por exemplo.

Pode-se afirmar então que a tutela cautelar no âmbito penal ocorre independentemente da existência de ações desta natureza, mas sim através de diversas medidas aplicáveis antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão cautelar, é medida excepcional com cunho assecuratório para a investigação e para o conhecimento penal, sendo assim só se justificará quando for absolutamente necessária para o afastamento do risco ao processo por não ter finalidade de punir nem mesmo com os fins sociais atribuídos à pena.<sup>34</sup>

Desta forma, entraremos na análise em relação à algumas destas medidas cautelares, quais sejam, as prisões cautelares que estão atualmente em voga na sociedade brasileira face a diversos processos de cunho penal de grande escala.

### 2.1 Breve histórico do instituto no Brasil

A primeira previsão da prisão cautelar, mas especificamente da prisão preventiva, no ordenamento pátrio data das Ordenações Manuelinas, entretanto o instituto passou por diversas alterações, sendo o marco histórico mais relevante a partir do Código Penal de 1941.

Considerado como marco histórico em matéria de prisão cautelar, especialmente em razão do período histórico em que foi promulgado, face ao cenário de totalitarismo do Estado Novo, o Código de 1941 agravou as medidas de prisão, principalmente da preventiva que teve

---

<sup>34</sup> CASARA, Rubens. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 277, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5678-A-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva-uma-corrupcao-das-conquistas-civilizatorias](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5678-A-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva-uma-corrupcao-das-conquistas-civilizatorias)>. Acesso em: 15. mai. 2018.

seus quesitos de admissibilidade ampliados, inclusive com uma modalidade de prisão preventiva “automática”, conforme se extrai da redação original da lei<sup>35</sup>:

“Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos. ”

Ressalta-se que neste período histórico a preocupação do governo era a contenção dos clamores sociais e políticos contra a ordem estabelecida. Sendo assim, se visava legalizar a detenção por tempo indeterminado e sem condenação.<sup>36</sup>

A alteração legislativa que começou a moldar o instituto como é hoje, foi a Constituição Federal de 1988, buscando privilegiar as garantias individuais e indo de encontro com o sistema penal acusatório que vigorava até então, ao consagrar principalmente o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º inciso LVII.

Em momento posterior, a lei 12.403 de 2011 alterou o Código de Processo Penal em especial no tocante à prisão cautelar, tornando o instituto o que é atualmente. Porém se colocarmos em análise a normativa e sua aplicação face à Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda existe espaço para evolução.

## 2.2 Princípios norteadores

No processo penal, as medidas cautelares não são embasadas como no processo civil, através do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, elas são por sua vez justificadas através do *fumus commissi delicti* e *Periculum libertatis*, sendo responsáveis por tutelar o processo, ou seja, possuem caráter instrumental.

O *fumus commissi delicti* é a probabilidade de ocorrência de algum ato criminoso e indícios suficientes de autoria e materialidade, ao contrário do direito civil, não se trata da

<sup>35</sup> DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, que institui o Código de Processo penal. Redação original. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 mai. 18

<sup>36</sup> FARIAS, Michelle Cristina. Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, no 1149. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3294/evolucao-historica-prisao-preventiva-prisao-flagrante-brasil>> Acesso em: 17 mai. 2018.

fumaça do bom direito e, pode ser entendido como a plausibilidade do direito de punir.<sup>37</sup> Já o *periculum libertatis* funciona como fundamento para a aplicação das medidas cautelares penais, e ao contrário do âmbito civil, o fator de suma importância não será o tempo, e sim a possibilidade de situação de perigo criada pela conduta do imputado, onde sua situação de liberdade causa risco.<sup>38</sup>

Um dos pontos mais importantes em se tratando da questão principiológica das prisões cautelares diz respeito à jurisdicionalidade, que na legislação pátria se traduz no artigo 5º inciso LXI da Constituição Federal, onde ninguém poderá ser preso salvo em flagrante delito ou mediante decisão fundamentada da autoridade competente. Ou seja, se seguimos o rigor normativo constitucional em conjunto com a presunção de inocência, a prisão cautelar deveria ser inadmissível.

Mesmo em sede de prisão cautelar, é imperioso se falar em contraditório, Aury Lopes Junior sugere que o detido seja encaminhado ao juiz que determinou sua prisão o quanto antes para a realização da audiência de custódia e, após ouvi-lo, possa decidir de forma embasada se manterá a medida ou não, seria uma espécie de direito à audiência<sup>39</sup>. E ainda seria uma forma de efetivar a previsão trazida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu artigo 8.1.<sup>40</sup>

“Artigo 8.1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Ainda sobre contraditório, há de se reconhecer que talvez possa haver eventual incompatibilidade entre seu exercício e a urgência do provimento jurisdicional a ser tomado, em tais casos deve ocorrer uma mudança para que o direito ao contraditório seja exercido após a medida cautelar já ter sido tomada, fazendo com que ele não seja suprimido e sim postergado,

<sup>37</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 820.

<sup>38</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 590.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 594.

de forma que os riscos que a situação urgente representava tenha sido superados, podendo então o juiz avaliar o caráter e a manutenção da medida.<sup>41</sup>

Outro princípio que é aplicável às prisões cautelares é a provisionalidade, ou seja, para que elas ocorram é necessário que haja uma situação fática e que, uma vez finda, deve consequentemente ser extinta a prisão.

A excepcionalidade também deve embasar os regramentos cautelares prisionais, ou seja, somente devem ser aplicados quando as demais medidas diversas da prisão forem inadequadas ou insuficientes para o fim pretendido, conforme previsão do art. 310, inciso II do Código de Processo Penal.

Este caráter excepcional da prisão cautelar não deve servir como autorizador para situações em que é escassa a possibilidade de aplicação de penas privativas da liberdade, o que ocorre vez que tais medidas por mais que difiram das medidas executivas em si, guardam estreita relação, não podendo então se exigir que o acusado cumpra medida mais gravosa do que poderá ser aplicada com eventual sentença penal condenatória.<sup>42</sup>

Não menos importante, é o princípio da proporcionalidade que é um dos principais ao se falar do tema, com seu duplo espectro, constituído por uma faceta negativa, buscando proteger contra possíveis excessos e outra positiva, que proíbe a ineficiência e, deverá ser realizada uma ponderação entre a gravidade da medida e a conduta praticada.

Este princípio se subdivide em três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No primeiro deles, a medida restritiva deverá ser aquela dada como adequada quando for apta a atingir o fim proposto. Já o segundo, preza que o poder público deverá valer-se da forma menos gravosa para o indivíduo e, ao mesmo tempo proteja o interesse público, deste modo, com a ampliação do rol de medidas cautelares trazido pela lei

---

<sup>41</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas Cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas : comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

<sup>42</sup> PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Excepcionalidade da prisão provisória : comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011 In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas : comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. P. 120-122

12.403/11 que busca concretizar o subprincípio da necessidade, podendo o juiz transitar entre mais formas de medidas cautelares.<sup>43</sup>

Já o último dos subprincípios, a proporcionalidade em sentido estrito, exige que o magistrado realize uma valoração e ponderação dos bens em questão, considerando o custo de enviar alguém que pode ser inocente para a prisão sem que tenha havido sentenciamento, de modo que em qualquer hipótese, a prisão cautelar não pode valer-se de pré-julgamento, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal.<sup>44</sup>

Todos os princípios supramencionados são derivados do princípio que embasa o sistema processual penal, a presunção de inocência, consagrada no artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal, que é o direito de só ser considerado culpado após sentença penal condenatória transitada em julgado, após perpassados todos os meios de prova e de defesa, garantindo a ampla defesa e o contraditório.

Desta forma, infere-se que o órgão responsável pela acusação deve demonstrar a culpa do investigado, e não o mesmo demonstrar sua inocência. Ainda se pode concluir que, antes da condenação em definitivo, qualquer restrição de liberdade que venha a ocorrer só pode ser feita de maneira provisória e estando presente os pressupostos legais autorizadores, demonstrando seu caráter cautelar e instrumental.<sup>45</sup>

Deste modo, vale ressaltar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à presunção de inocência vez que trouxeram pontos relevantes ao instituto. No caso Suárez Rosero utilizou como base o artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, para afirmar que o Estado teria por obrigação não restringir a liberdade do acusado exceto nos casos em que houvesse comprometimento do desenvolvimento eficiente das investigações, não devendo a prisão preventiva ter caráter punitivo, nem mesmo consistir em norma geral para pessoas que aguardam julgamento de seus casos. Se isso não for respeitado, será considerado como injusto penal privar pessoas de sua liberdade sem sua responsabilidade

---

<sup>43</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p 815.

<sup>44</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 605.

<sup>45</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 810.

estabelecida por prazo que por vezes nem mesmo é limitado por lei, seria pura antecipação da pena.<sup>46</sup>

Por sua vez, no caso *Bayarri VS. Argentina*, a corte também abordou a questão<sup>47</sup>:

Este Tribunal estabeleceu que a prisão preventiva, ao ser uma medida cautelar e não punitiva, impõe ao Estado uma “[o]brigaçã estatal de não restringir a liberdade do detido além dos limites estritamente necessários para assegurar que aquele não impedirá o desenvolvimento do processo nem eludirá a ação da justiça”.<sup>101</sup> Proceder de outro modo equivaleria a antecipar a pena, o que contraria princípios gerais do direito amplamente reconhecidos, entre eles, o princípio de presunção de inocência.<sup>102</sup> Efetivamente, em ocasiões anteriores, o Tribunal considerou que ao privar da liberdade, de forma desnecessária ou desproporcional, pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida, o Estado incorre em uma violação do direito de toda pessoa a que se presume sua inocência, reconhecido no artigo 8.2 da Convenção Americana.<sup>103</sup> À mesma conclusão se deve chegar caso o Estado mantenha uma pessoa privada de liberdade preventivamente além dos limites temporais que impõe o direito consagrado no artigo 7.5 da Convenção Americana (par. 70 supra).

Ressalta-se ainda que inexistente um poder geral de cautela, que teve seu crescente antes da promulgação da lei 12.403/11, pois o ordenamento pátrio contava com opções escassas de medidas cautelares, basicamente só com a prisão. Face a este quadro, diversas decisões começaram a ser proferidas, instituindo condições como a entrega de passaporte, restrição de locomoção, dentre outras, todas baseadas neste suposto poder geral de cautela. Após a referida lei, houve a introdução de novas medidas de cunho cautelar, porém isso não justifica a adoção de medidas atípicas.

Desta forma, deve ser feita a distinção entre o poder geral de cautela no processo civil e no processo penal. Em âmbito civil é possível que o magistrado o exerça, visando eliminar o perigo valendo-se da forma e meio que for mais apropriado ao caso concreto, ou seja, eles possuem um amplo poder de aplicar medidas de cunho acautelatório, mesmo que atípicas, buscando a efetivação da tutela final.

Por sua vez, o processo penal não possui medidas cautelares inominadas e, menos ainda, um poder geral de cautela, pois caso contrário não existiria a limitação do poder punitivo estatal.

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, par. 77. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>> acesso em: 17 mai. 2018

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Mérito. Sentença de 30 de outubro de 2008, par. 110. p. 307 Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>> acesso em: 17 mai. 2018

Isto ocorre pois as medidas cautelares de cunho penal, servem à restrição de direitos fundamentais daquele acusado, e por isso, devem sempre seguir o princípio da legalidade e ter como base a tipicidade tanto da conduta quanto do ato processual.

Sendo assim, se passa a análise das prisões cautelares em geral e suas características.

### 2.3 Prisões Cautelares em Espécie

As prisões cautelares somente poderão ser decretadas mediante decisão judicial fundamentada, ou seja, nesta análise a prisão em flagrante é considerada como medida pré-cautelar, que pode ser realizada por autoridade policial ou ainda por cidadãos e o controle jurisdicional ocorrerá posteriormente tanto com a homologação quanto com o relaxamento<sup>48</sup>, isto visa atender o exposto no art. 315 do Código de Processo Penal.

Dado o exposto, se faz notar a presença do princípio da jurisdicionalidade, consagrado constitucionalmente no art. 5º inciso LIV, onde ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ou seja, a prisão somente poderá ocorrer após o fim do processo.

A exceção à regra anteriormente exposta encontra-se igualmente no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LXI também presente no art. 283 do Código de Processo Penal, ao prever que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, com exceção do crime militar. Desta forma pode se concluir que a prisão somente poderá ocorrer por ordem de juiz ou tribunal.

A pretensão punitiva estatal sempre deverá ser submetida à filtragem do Poder Judiciário que vise garantir ao acusado seu direito ao contraditório e de pleitear sua liberdade de forma adequada, fazendo com que o processo seja uma garantia para o mesmo, limitando o *ius puniendi* do Estado.

---

<sup>48</sup> LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: lei 12.403/2011, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011, p. 19.

Nesta linha de pensamento, nota-se que existe a necessidade de verificação do uso das medidas cautelares em face da proporcionalidade, sendo a pena material a ser atribuída ao delito não só o fundamento para a prisão cautelar, mas também o limite das atividades persecutórias.<sup>49</sup>

Passamos então para a análise dos diferentes tipos de prisões cautelares admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.3.1 Prisão temporária

O instituto da prisão temporária teve seu advento com a lei 7.960/1989, não tendo sido diretamente alterada pela lei 12.403/2011, tendo sido criada com o propósito de assegurar a investigação policial de crimes graves, substituindo a antiga prisão realizada para averiguações que era realizada pela polícia judiciária que deixou de ter efeito após a previsão constitucional de 1988, que somente a autoridade judiciária poderia decretar a prisão mediante decisão escrita e fundamentada, impedindo assim que a representação policial seja uma mera comunicação ao Judiciário.<sup>50</sup>

A definição da prisão temporária foi trazida de forma elucidativa por Renato Brasileiro de Lima em sua obra<sup>51</sup>:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente durante a fase preliminar de investigações, com prazo preestabelecido de duração, quando a privação da liberdade de locomoção do indivíduo for indispensável para a obtenção de elementos de informação quanto à autoria e materialidade das infrações penais mencionadas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, assim como em relação aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), viabilizando a instauração da *persecutio criminis in judicio*. Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações - tutela-meio -, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia, fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, e, enfim, garantir eventual sentença condenatória - tutela-fim.

Conforme a definição acima pode ser inferida que esta modalidade de prisão cautelar se destina totalmente para a satisfação dos anseios policiais quando afirma ser utilizada para a

<sup>49</sup> GERBER, Daniel e CANTERIJ, Rafael Braude. Prisões cautelares: entre a necessidade e a possibilidade. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 175, São Paulo, jun. 2007. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3437-Priso-es-cautelares-entre-a-necessidade-e-a-possibilidade](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3437-Priso-es-cautelares-entre-a-necessidade-e-a-possibilidade)>. Acesso em: 10. mai. 2018.

<sup>50</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2014. p. 421.

<sup>51</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 974.

imprescindibilidade para as investigações dos inquiridos, podendo o investigado inclusive ficar detido na própria delegacia.

Aury Lopes Júnior critica o instituto afirmando que se criam as condições necessárias à realização de uma tortura psicológica, ficando o preso à disposição da autoridade, servindo como um importante utensílio do sistema inquisitório na busca das confissões e colaborações e, por isso, se faz prudente a observação dos critérios de necessidade e adequação.<sup>52</sup>

Por outro lado, há quem defenda o instituto da prisão temporária como forma de garantir o meio necessário para que a polícia judiciária esclareça a autoria delitiva, principalmente nos casos em que a vítima poderia realizar a identificação pessoal do suposto autor do crime. Dessa forma, sem a decretação da prisão temporária, em muitos casos poderia ser inviável essa identificação, o que poder-se-ia consubstanciar em sérios prejuízos à investigação, eventualmente acarretando o arquivamento do inquérito policial sem desvendar o delito deflagrado.

As hipóteses que autorizam o uso desta medida estão expressas na lei 7.960/1989:<sup>53</sup>

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
  - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
  - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
  - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
  - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
  - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
  - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
  - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
  - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
  - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
  - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
  - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
  - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
  - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
  - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
  - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

<sup>52</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 679

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão provisória. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, 22 dez. 1989.

A doutrina possui diversas posições sobre a aplicação dos incisos da lei, se deveriam ocorrer de forma cumulativa, de forma combinada. Dentre elas vale destacar a posição majoritária, defendida por Ada Pellegrini Grinover, somente seria possível a decretação da prisão temporária quando houver a indícios suficientes de autoria ou participação do investigado em um dos crimes previsto no art. 1º inciso III da referida lei e, deverá ser combinada com o inciso I (imprescindibilidade para investigação policial), ou com o inciso II (ausência de residência fixa ou identidade não esclarecida).<sup>54</sup> Desta forma, os dois primeiros incisos caracterizariam o *periculum libertatis* e o último seria o *fumus comissi delicti*.

Destaca-se ainda a posição adotada por Aury Lopes Junior<sup>55</sup>, também sustentada por Marcellus Polastri Lima<sup>56</sup>, ao entenderem que a prisão temporária só pode ser decretada quando estiverem presentes as previsões dos incisos I e III. O referido autor afirma que o inciso II seria contingencial e sozinho não serviria como hipótese autorizadora da prisão temporária e seria eventualmente absorvido pela imprescindibilidade, tornando a previsão redundante.

Existem diversas decisões nos tribunais superiores que tratam do tema, abaixo se traz de forma ilustrativa<sup>57</sup>:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO TEMPORÁRIA. PRESSUPOSTOS DO ART. 1º DA LEI N. 7.960/1989. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em salientar que o encarceramento provisório do indiciado ou acusado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, como medida excepcional, deve estar amparado nas hipóteses taxativamente previstas na legislação de regência e em decisão judicial devidamente fundamentada. 2. O art. 1º da Lei n. 7.960/1989 evidencia que o objetivo primordial da prisão temporária é o de acautelar o inquérito policial, procedimento administrativo voltado a esclarecer o fato criminoso, a reunir meios informativos que possam habilitar o titular da ação penal a formar sua *opinio delicti* e, por outra angulação, a servir de lastro à acusação. 3. O Juiz de Direito se ateuve aos requisitos legais ao apontar a fundada suspeita de autoria delitiva e a imprescindibilidade da prisão temporária para as investigações de crime de homicídio qualificado, evidenciada pela necessidade de identificação e do interrogatório da paciente, não localizada pelas autoridades policiais. 4. Habeas corpus denegado.

<sup>54</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et alii. **As nulidades no processo penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 278. e LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 977.

<sup>55</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 683;

<sup>56</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2005, p. 246.

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Habeas Corpus 414341/SP, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de julgamento: 19/10/2017. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77817874&num\\_registro=201702191049&data=20171027&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77817874&num_registro=201702191049&data=20171027&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 19 mai. 2018

Esta modalidade de prisão cautelar possui prazo máximo definido no artigo 2º da lei 7.960/1989, sendo de cinco dias prorrogável uma vez por igual período. Nos casos de crimes hediondos, tráfico de drogas, tortura e terrorismo, a lei 8.072/1990 prevê no artigo 2º parágrafo 4º, prazo máximo de 30 dias também prorrogável por igual período. A prorrogação do prazo nunca deverá ocorrer de forma automática, sempre pautada na imprescindibilidade a ser comprovada com provas colhidas no decorrer da prisão do indiciado. O prazo previsto é um limite máximo legal, ou seja, o magistrado poderá decretar a medida por menos tempo dependendo da necessidade da aplicação da mesma<sup>58</sup>.

Após o decorrer do prazo legal, o indiciado deverá ser colocado em liberdade de forma automática (artigo 2º parágrafo 7º lei 7.960/1989), sem que haja a necessidade de expedição de alvará de soltura, vez que a mesma não pode ser mantida sem que seja prorrogada, decretada a prisão preventiva ou após o recebimento da peça acusatória. Vale ressaltar que a manutenção da prisão temporária sem que estejam presentes os requisitos acima descritos configuram abuso de autoridade, bem como constrangimento ilegal podendo ser objeto de *Habeas Corpus*.

Findas as reflexões necessárias a este trabalho sobre a prisão temporária, se dá início então a explanação sobre a segunda modalidade de prisão cautelar, a preventiva.

### 2.3.2 Prisão preventiva

Se passa a analisar a prisão preventiva, utilizando a conceituação de Fernando Capez:<sup>59</sup>

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

Nesta hipótese específica de prisão cautelar, também existe a necessidade do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora* para que haja sua decretação, o primeiro se relaciona à prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou participação, já o segundo liga-se à garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia

<sup>58</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 986.

<sup>59</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328.

da aplicação da lei penal. É imperioso ressaltar que, também existe a necessidade da demonstração da ineficácia ou impossibilidade de outra medida cautelar.<sup>60</sup>

Nesse sentido é necessário que seja feita uma diferenciação entre as prisões temporária e preventiva. A primeira delas somente poderá ser decretada na fase pré-processual, nos moldes da lei 7.960/1989, não podendo ser feita de ofício em momento algum, servindo apenas à um rol restrito de delitos elencados na lei supramencionada, possuindo ainda prazo determinado para que se esgote.

Já a prisão preventiva, poderá ser decretada tanto na fase de inquérito quanto durante a instrução processual (artigo 311 do Código de Processo Penal), que poderá ser decretada de ofício na fase processual, não existindo um rol determinado de delitos aos quais se possa aplicar esta modalidade de prisão cautelar, bastando que sejam cumpridos os pressupostos trazidos no art. 312 e 313 do Código de Processo Penal, e não existe prazo pré-estabelecido para sua duração.<sup>61</sup> Devendo ainda ser destacado que sua manutenção deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, visto que inviável o prolongamento da custódia, sendo resguardada a observância de alguns critérios como a complexidade do caso entre outros.

Inclusive o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Habeas Corpus 95.045/RJ, asseverou a importância da análise dos princípios constitucionais que circundam o instituto no que diz respeito ao tema da prisão preventiva:<sup>62</sup>

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. DECISÃO MONOCRÁTICA DA RELATORA DO STJ. DENEGAÇÃO. 1. Não houve esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o writ foi impetrado contra decisão monocrática do relator. Não houve interposição de agravo regimental contra a decisão monocrática que denegou a ordem. Não conhecimento do habeas corpus. A garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, com inúmeros acontecimentos relacionados ao tráfico de entorpecentes envolvendo a organização criminosa. 2. A conveniência da instrução criminal se revelou pressuposto presente no decreto de prisão preventiva do paciente, eis que, nas palavras do magistrado, "as testemunhas têm por sua segurança, conforme se depreende dos depoimentos por elas prestados em sede policial e no Ministério

<sup>60</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 936.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 932.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus* nº95045/RJ, Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 09/09/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+95045%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+95045%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q4uc7cm>>. Acesso em: 06 jun. 2018

Público". 3. Há elementos nos autos que evidenciam a complexidade do processo, com pluralidade de réus (além do paciente), defensores e testemunhas, sendo que o parâmetro da razoabilidade autoriza e legitima a manutenção da prisão dos pacientes. 4. A razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), logicamente, deve ser harmonizada com outros princípios e valores constitucionalmente adotados no Direito brasileiro, não podendo ser considerada de maneira isolada e descontextualizada do caso relacionado à lide penal que se instaurou a partir da prática dos ilícitos. 5. A jurisprudência desta Corte é uniforme ao considerar que o encerramento da instrução criminal torna prejudicada a alegação de excesso de prazo (HC 93.293/MS, rel. Min. Menezes Direito, DJ 24.04.2008; HC 86.618, de minha relatoria, DJ 28.10.2005; e HC 85.599, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.05.2005). 6. A prisão cautelar do paciente pode se justificar, ainda que não encerrada a instrução criminal, com fundamento no parâmetro da razoabilidade em se tratando de instrução criminal de caráter complexo (HC 89.090, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05.10.2007). 7. Habeas corpus não conhecido.

Leciona Geraldo Prado que o magistrado não poderia decretar a prisão preventiva de ofício, independente da fase que se encontre, seja na investigação seja no decorrer do processo, pois a medida se relaciona com os fins instrumentais do processo bem como a pretensão acusatória, não podendo o juiz tutela-la, devendo decidir sobre a aplicação da medida ou não, ou seja, o magistrado deverá resguardar os princípios constitucionais, mais especificamente, a presunção da inocência.<sup>63</sup>

O Código de Processo Penal em seu artigo 312 traz os requisitos para a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Desta forma, se parte à análise sobre esses requisitos que respaldam a preventiva, pois do contrário haverá ilegalidade da medida.

Com o requisito da garantia da ordem pública visa impedir que o agente continue a delinquir, tornando-se necessário a retirada do mesmo do meio social antes do término do processo, em claro caso de *periculum in mora*. A repercussão social provocada pela infração não pode ser motivo para, de forma isolada, decretação da prisão preventiva, ao não se vislumbrar o *periculum libertatis*, pois ocorreria meramente em razão da gravidade abstrata do delito, o que já foi rechaçado pelos Tribunais Superiores, conforme a jurisprudência abaixo:<sup>64</sup>

<sup>63</sup> PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Excepcionalidade da prisão provisória : comentários aos artigos 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011 In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas : comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011. p. 113.

<sup>64</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. *Habeas Corpus* nº 243717/BA, Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 28/08/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24007158&num\\_registro=201201077294&data=20120905&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24007158&num_registro=201201077294&data=20120905&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

"HABEAS CORPUS". PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÂNSITO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS AUTORIZADORES. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO, CLAMOR SOCIAL E CREDIBILIDADE DO ESTADO NÃO SOBREPÕEM À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES. TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR MAIS DE NOVE MESES. INCERTEZA QUANTO AO "MODUS OPERANDI". NÃO HOUE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE E FORNECIMENTO DE MATERIAL PARA EXAME DE TEOR ETÍLICO. INEXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES POR DIREÇÃO PERIGOSA OU MULTA DE TRÂNSITO POR EXCESSO DE VELOCIDADE. DESNECESSIDADE DA MEDIDA. ORDEM PÚBLICA NÃO AMEAÇADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A manutenção da prisão cautelar deve atender os requisitos autorizativos do art. 312, do Código de Processo Penal, que devem ser demonstrados com o cotejo dos elementos concretos indicando a real necessidade da custódia provisória, de modo a indicar que o réu solto irá perturbar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. 2. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça já proclamou que as invocações relativas à gravidade do delito, ao clamor público e à garantia da credibilidade da Justiça não são motivos idôneos da prisão preventiva, a não ser que estejam apoiados em fatos concretos.** Precedentes. 3. No caso em tela, as instâncias ordinárias não lograram demonstrar concretamente o perigo real e atual para a ordem pública, razão pela qual não se mostra razoável e proporcional que o paciente que está preso preventivamente há mais de 9 (nove) meses continue nessa situação. 4. Ordem concedida.<sup>65</sup> (grifo nosso)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MERA INDICAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM CONCEDIDA. I - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva. II - **A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.** III - A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade. IV - As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional (Precedentes). V - Reconhecida a ausência de motivação idônea do decreto prisional, resta superada a análise do suposto excesso de prazo na formação da culpa. VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido e as decisões de 1º grau, para conceder ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta. VII - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. *Habeas Corpus* nº281.226/SP, Relator: Ministro Jorge Mussi, julgado em 06/05/2014, Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35355931&num\\_registro=201303657166&data=20140515&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35355931&num_registro=201303657166&data=20140515&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 14 mai. 2018

Para Guilherme de Souza Nucci a hipótese autorizadora de garantia da ordem pública é a mais ampla quando se trata da necessidade da aplicação do instituto. Se o delito for grave e possuir efeitos traumáticos, poderá causar um sentimento de impunidade e insegurança social, e para o autor, caberia ao Judiciário realizar o recolhimento do agente.<sup>66</sup> Mediante esta posição doutrinária, se verifica que o requisito da ordem pública poderá originar desvios na aplicação justa do instituto, diante da amplitude que o pressuposto comporta.

Já ao tratar sobre a garantia da ordem econômica, se observa que o mesmo foi incluindo no rol de hipóteses autorizadoras através da lei antitruste (lei nº 8.884/1994). O conceito aplicado à esta hipótese é similar à garantia da ordem pública, sendo utilizado em crimes financeiros, vez que o agente se permanecer em liberdade poderá causar transtornos, por meio do abuso do poder econômico, com a finalidade de prejudicar a concorrência ou a livre iniciativa. Porém alguns autores questionam a validade da prisão preventiva como instrumento para combater crimes de cunho econômico, sustentando que deveria ser dado maior destaque a medidas cautelares patrimoniais, com o confisco de ativos ilícitos, por exemplo.<sup>67</sup>

Se aduz ainda, que este pressuposto seria uma espécie do gênero “garantia da ordem pública” busca-se prevenir que o agente que causa um grave distúrbio econômico a uma instituição financeira, assim como ao Estado, e permaneça livre, o que causaria um abalo à credibilidade da justiça.<sup>68</sup>

Já o requisito da conveniência da instrução criminal é aplicado em casos onde há efetivo risco para o normal desenrolar da instrução causado pela situação de liberdade do imputado, pois o mesmo pode destruir provas, ameaçar testemunhas, modificar o local do crime ou ainda, nos casos em que ocorrem ameaças ao promotor ou ao juiz do caso. Não poderá ser utilizado esse pressuposto quando a intenção for interrogar o imputado ou fazê-lo participar de qualquer ato probatório.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2014. p. 437.

<sup>67</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 943.

<sup>68</sup> NUCCI, *op. cit.*, p. 438.

<sup>69</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 638.

Neste mesmo sentido, Nucci complementa afirmando que este pressuposto é resultante da garantia do devido processo legal, em sua faceta procedimental, para que a instrução criminal seja realizada equilibrada e imparcialmente, buscando sempre a verdade real, que é o interesse do réu, e não somente da acusação. Sendo assim, qualquer tentativa do acusado de atrapalhar o regular desenvolvimento da atividade instrutória é causa suficiente para ensejar a utilização desta forma de prisão cautelar.<sup>70</sup>

O pressuposto da garantia da aplicação da lei penal visa eventual execução da pena, quando se verifica que o agente pretende fugir. Para que o magistrado venha a decretar a prisão preventiva com base nisso, se faz imperioso que existam elementos concretos que demonstrem o intuito de fuga do agente, não sendo suficiente meras suposições, como no ocorre no caso de o agente possuir uma situação socioeconômica favorável, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência. Não cabe ao imputado a prova de que não pretende fugir, o ônus da prova é da acusação e do juízo, que devem apresentar fatos concretos ou indícios desses.<sup>71</sup>

Nesse diapasão deve ser ressaltado que muito se utiliza, principalmente em sede de defesa, as condições pessoais do autuado como forma de buscar a concessão da liberdade provisória. Devendo ser indicadas as condições pessoais como uma forma de garantir a aplicação da lei penal, como o apontamento de endereço fixo e o desempenho de atividade remunerada, sendo interpretados em conjunto com os outros elementos do caso concreto. Assim, tão somente a indicação de condições pessoais favoráveis não teriam o condão por si só, desconstituir todos os alicerces da custódia preventiva. O Superior Tribunal de Justiça proferiu entendimento acerca do tema: <sup>72</sup>

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS E CONSUMADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO. ATIPICIDADE, CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE OU AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA OU PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. HIPÓTESES NÃO CONFIGURADAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRAVIDADE CONCRETA. VÍTIMAS SOBREVIVENTES. INSTRUÇÃO NÃO CONCLUÍDA. HISTÓRICO DE AGRESSIVIDADE. FUGA DO DISTRITO DA CULPA.

<sup>70</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2014. p. 438.

<sup>71</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 944.

<sup>72</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Recurso em *Habeas Corpus* nº 96.106/RJ, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 05/06/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81830417&num\\_registro=201800601490&data=20180611&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81830417&num_registro=201800601490&data=20180611&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 29 mai. 2018

ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa exige comprovação, de plano e inequívoca, da atipicidade da conduta, da ocorrência de causa de extinção da punibilidade, da ausência de lastro probatório mínimo de autoria ou de materialidade, o que não se verifica nos presentes autos.

(...) 3. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública. Precedentes. 4. Na esteira do entendimento adotado por esta Corte Superior, a existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, não têm o condão de, isoladamente, ensejar a revogação da prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar sua necessidade, como no presente caso. Precedentes. 5. Recurso ordinário improvido.

Nesse sentido, esclarece Lopes Jr.:<sup>73</sup>

Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção”(mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está nos autos, explicamos: é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois (in) conscientemente, estão se identificando com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática e probatória.

Para Fernando Capez, ainda existiria uma um pressuposto autorizador da aplicação do instituto da prisão preventiva, no caso de descumprimento de outra medida cautelar anteriormente imposta, o juiz poderá substituí-la pela prisão preventiva, tratando-se de uma modalidade subsidiária, que não poderá ser utilizada para substituir medida menos gravosa, devendo ser aplicada quando o indiciado falha em cumprir suas obrigações processuais.<sup>74</sup>

Superada a análise dos pressupostos autorizadores da aplicação do instituto, se iniciam as observações acerca das hipóteses de admissibilidade do mesmo, trazidas pelo artigo 313 do Código de Processo Penal. A primeira delas é para crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos, independente da natureza da pena, reclusão ou detenção, ou seja, possui ligação direta com o limite de pena necessário para que ocorra a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

<sup>73</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 639.

<sup>74</sup> Capez, ver pgs

Infere-se que tal previsão legal pode ser uma maneira do legislador resguardar o princípio da proporcionalidade, ao não aplicar medida mais gravosa do que eventual condenação poderá trazer. Deve ainda ser levada em consideração no caso de aplicação desta hipótese de admissibilidade a presença ou não de circunstâncias qualificadoras.

Já a segunda hipótese, tem relação com a reincidência e é aplicada nos casos em que o acusado já possui condenação anterior transitada em julgado por crime doloso em menos de cinco anos, conforme o próprio artigo ressalva a previsão do Código Penal, art. 64 inciso I.

Na terceira previsão, o artigo admite a aplicação da prisão preventiva quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, visando garantir medidas protetivas urgentes.

O inciso não prevê qualquer distinção sobre a pena aplicada a estes crimes. Para Renato Brasileiro de Lima, o inciso deve ser analisado em conjunto com o caput do artigo 313 do Código de Processo Penal, que faz referência aos termos do artigo 312 da mesma codificação, ou seja, as condições autorizadas, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei, devem estar igualmente presentes no caso concreto para que haja decretação da medida cautelar privativa da liberdade.<sup>75</sup>

A última hipótese de admissibilidade está no parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, sendo aplicada quando houver dúvida sobre a identificação civil da pessoa ou não forem fornecidos elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação.

A custódia de maneira cautelar para conhecimento de identidade do indiciado só será aceitável quando não for possível mediante diligências policiais a serem feitas antes de qualquer medida e só poderá perdurar até o momento em que for possível identificar o preso.

Ponto de alta importância ainda, é relacionado à falta de fixação de prazo máximo de duração para aplicação da prisão preventiva. Na legislação pátria essa falta de prazo fazia com

---

<sup>75</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 351.

que o acusado/indiciado ficasse deixado à vontade do Estado, para isso, foi consolidado entendimento na jurisprudência que se o acusado estivesse preso o prazo para duração da prisão preventiva será de 81 (oitenta e um) dias para o processo penal na 1ª instância, sob pena de constrangimento ilegal, devendo ser autorizado o relaxamento da prisão. Este prazo foi fixado em decorrência do somatório dos prazos do procedimento comum ordinário, com o início do inquérito policial até a prolação de sentença de primeiro grau. Em momento posterior, se entendeu que o prazo de oitenta e um dias, seria sim até o final da instrução criminal.<sup>76</sup>

Sendo assim foi editada a súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça que determina que encerrada a instrução criminal restará superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo. Porém de nada adianta reconhecer o excesso de prazo se o magistrado puder decretar novamente a prisão, caso isso acontecesse poderia ser configurada afronta à razoável duração do processo, previsto no artigo 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal.

No mesmo sentido, podemos analisar a jurisprudência internacional, onde a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou no Caso Barreto Leiva VS. Venezuela<sup>77</sup>, estabelecendo que devem existir limites temporais à aplicação da prisão preventiva, afirmando que o artigo 7.5. da Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>78</sup> garante ao preso preventivo a ser julgado em prazo razoável ou ser colocado em liberdade, desta forma existe a imposição de um limite temporal à duração da prisão e, como consequência uma restrição ao poder do Estado de assegurar o processo. No momento em que a prisão preventiva ultrapassar o limite do razoável, poderão ser aplicadas medidas menos lesivas para assegurar o comparecimento ao julgamento.

---

<sup>76</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.,p. 956-958

<sup>77</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**. Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C Nº 206, par. 117. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>> acesso em: 17 mai. 2018

<sup>78</sup> Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969**. Diário Oficial [da] República do Brasil, Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 15 mai 2018. Artigo 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

## 2.4 Efeitos das prisões cautelares

Não menos importante é analisar as consequências que o encarceramento provisório eventualmente trará ao preso, tanto na vertente social quando na psicológica, ficando evidente que a vivência do imputado neste ambiente causará mudanças na sua forma e capacidade decisória, como por exemplo, se lhe for ofertado um acordo que possa diminuir seu tempo de cárcere ou ainda o extinguir por completo, sendo então necessária a visão mais ampliada da condição do imputado.

Em suma análise o preso provisório está submetido às mesmas cargas negativas que o preso com condenação transitada em julgado, porém a situação do primeiro ainda é mais grave, pois de acordo com o princípio da presunção da inocência que já foi analisado anteriormente, em tese o imputado seria inocente, porém forçado a viver como se culpado fosse tanto pelo estigma social quanto pela restrição imposta, sendo afastado da família. Dessa forma, deveria estar sujeito à regimes menos danosos do que aqueles condenados em definitivo.<sup>79</sup>

Por mais que exista uma tendência da sociedade em acreditar que os presos que cometeram crimes contra à Administração Pública, como na Operação Lava Jato, não sofram tanto com esses efeitos quanto os demais presidiários, uma vez que é comum a percepção que aqueles teriam acesso à regalias e celas especiais, o que se observa de fato é que acabam sofrendo sim, os efeitos psicológicos do cárcere, como o afastamento familiar e ainda a impossibilidade de acesso ao próprio patrimônio, o que interfere diretamente na sua psique na hora de tomar decisões relativas à seu processo, inclusive ao decidir colaborar ou não com o poder público.

Ainda que a prisão cautelar seja utilizada como base para assegurar o devido processo legal, independente da condição jurídica que os imputados possuam, as consequências desta restrição de direitos são infinitamente maiores do que a mera privação da liberdade.

Levando em consideração os efeitos sociais, outro talvez ainda mais grave seria o impacto no direito de defesa do imputado, tendo grandes chances de influenciar no desfecho do

---

<sup>79</sup> BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. P. 321.

processo, ao dificultar a preparação da defesa técnica, já que, quando possui a chance de responder ao processo em liberdade existirá um contato muito mais próximo com seu advogado, podendo ajudar inclusive a formular teses defensivas. Ou seja, a defesa plena será debilitada, agravando ainda mais a desigualdade de armas entre acusação e réu.<sup>80</sup>

Porém o Judiciário aplica a prisão cautelar de forma objetiva, com base em requisitos legais, simplesmente adequando o caso concreto à norma, não levando em consideração os efeitos extrapenais causados ao imputado e a sua família, assim como as condições à qual esteja submetido.

Pode se concluir então que, a prisão cautelar interfere sim nos resultados finais do processo penal, seja minando as garantias fundamentais do encarcerado, seja restringindo seu direito pleno de defesa técnica.

Diante deste quadro de restrições às garantias, que se faz necessária a apresentação pessoal do preso ao juiz, materializada na forma das audiências de custódia, onde o preso em flagrante é conduzido à presença de um juiz em até 24 horas após sua prisão, sendo ouvidos o Ministério Público, defensor do acusado e o próprio, onde será analisada a legalidade da prisão e a necessidade da manutenção do encarceramento cautelar do imputado. Ou seja, o juiz passa a ter papel ainda mais fundamental no combate às prisões arbitrárias, realizando controle jurisdicional das prisões em flagrante, que em grande maioria acabam convertidas em provisórias. Assim o sistema processual penal brasileiro fica mais próximo de se adequar às previsões da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mencionada anteriormente.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 336.

<sup>81</sup> *Ibidem*. p. 305

### 3 A VOLUNTARIEDADE E/OU A ESPONTANEIDADE NA COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei n 12850/2013, conhecida como Lei das Organizações Criminosas, traz no artigo 4º de forma expressa a necessidade da voluntariedade no ato de colaboração com a investigação ou com o processo criminal. Insta ressaltar que uma vez realizado o acordo, o juiz tem o dever de realizar a verificação, dentre outros requisitos, a existência da voluntariedade daquele que colabora para que possa ocorrer a homologação do mesmo, existindo inclusive a possibilidade de o magistrado ouvir de forma sigilosa o colaborador na presença de seu advogado, conforme previsto no parágrafo 7º, do art.4º da Lei 12.850 de 2013.

Sendo assim, a voluntariedade do colaborador é de suma importância para que ocorra a homologação do acordo, porém existe grande controvérsia quando esse acordo é obtido durante o cumprimento de uma prisão preventiva.

Resta clara a importância da voluntariedade também, ao analisarmos a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* no 127.483/PR, vemos que o plenário também já fez menção ao assunto conforme demonstrado abaixo:<sup>82</sup>

“Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). **Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo.** Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. *Habeas Corpus* nº 127.483/PR. Relator: Ministro Dias Tóffoli, julgado em 27/08/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/13nlyre>>. Acesso em: 12 mai. 2018.

pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, “i”, da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, 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. **5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.** 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas “as medidas adequadas para encorajar” formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. **11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.** 12. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada.”

Também pode ser observado no acórdão acima que a colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, ou seja, não pode vir a ser impugnado por outros autores do

crime ou partícipes, devendo ser garantido ao colaborador, por força do princípio da segurança jurídica e da confiança, deverá ser honrado o compromisso, analisando-se apenas a regularidade, legalidade e, voluntariedade, e o seu conteúdo não deve ser objeto de análise no momento da homologação pelo Judiciário.

Foi analisado pela doutrina a atuação do magistrado no momento inicial, que seria com a homologação do acordo. O mesmo deverá examinar os aspectos formais da colaboração, como a voluntariedade do imputado e a legalidade das cláusulas propostas, ou seja, não existe o ingresso no mérito do que é discutido na colaboração.<sup>83</sup>

O assunto é polêmico e as divergências se iniciam até mesmo quanto ao alcance do termo “voluntário”, pois alguns consideram ser correlato a “espontâneo”, enquanto outros tentam traçar delimitações entre ambos.

Para aqueles que consideram os termos como sendo sinônimos, etimologicamente voluntário é o mesmo que espontâneo. O agente que deseja colaborar deverá agir conforme sua vontade, não sendo admissível a presença de qualquer forma de coação ou constrangimento, que são incompatíveis com o direito e, em razão disso não produziriam qualquer efeito legal. Entretanto, não seria afetada, quanto a sua validade, uma colaboração que se dê de forma provocada ou estimulada por terceiros, pois contanto que não tenha ocorrido a coação poderá o agente optar, por fazer ou não, a colaboração. É utilizada uma interpretação ampliada da palavra voluntariedade muito em conta de sua finalidade investigatória e processual.<sup>84</sup>

O Supremo Tribunal Federal na decisão do HC 129877/RJ entendeu que os termos “voluntariedade” e “espontaneidade” seriam sinônimos, não adentrando na discussão que é observada na doutrina:<sup>85</sup>

DELAÇÃO PREMIADA – ESPONTANEIDADE – VOLUNTARIEDADE. Os vocábulos espontaneidade e voluntariedade são sinônimos. DELAÇÃO PREMIADA – PERDÃO JUDICIAL. O perdão judicial, quanto ao crime praticado pelo colaborador, é norteado pelo alcance do que por este veiculado.

<sup>83</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 134.

<sup>84</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016. p. 164.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 129877/RJ. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listajurisprudencia.asp?s1=%28VOLUNTARIEDADE+E+COLABORA%C7%C30+PREMIADA%29&base=baseAcordao&url=http://tiny://>>>. Acesso em: 03 de junho de 2018.

Renato Brasileiro de Lima, ao analisar o tema, conclui no mesmo sentido sustentado pelo Supremo, não fazendo distinção para a finalidade do processo o sentido de ambas as palavras, contanto que não tenha havido coação, como pode ser inferido pelo trecho abaixo transcrito:<sup>86</sup>

Na verdade, o que interessa para fins de colaboração premiada é que o ato seja voluntário. Ainda que não tenha sido do agente a iniciativa, ato voluntário é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento. Portanto, para que o agente faça jus aos prêmios legais referentes à colaboração premiada, nada impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação. Ato espontâneo, portanto, para fins de colaboração premiada, deve ser compreendido como o ato voluntário não forçado, ainda que provocado por terceiros.

Alguns autores buscam uma delimitação no alcance dos termos “voluntário” e “espontâneo”, pois afirmam que a lei 12.850 de 2013 exige a voluntariedade, a qual não implica que a ideia original tenha sido daquele que delata, podendo este ter sido motivado por um terceiro, como os responsáveis pela investigação, desde que não tenha ocorrido coação de qualquer espécie.

A delação premiada não precisa ser espontânea, deve ser voluntária. Na espontaneidade, a ideia deve ser de origem do próprio indivíduo, já na voluntariedade a ideia inicial pode ter partido de outra pessoa, como de uma autoridade ou da própria vítima, desde que não seja acompanhada de coação moral ou física.<sup>87</sup>

Outros autores, como Gustavo Badaró, questionam a compatibilidade da condição de preso provisório com a voluntariedade que é exigida pela lei 12.850/2013, afirmando que a voluntariedade é resguardada para aqueles que agem apenas baseado em sua vontade, porém de forma diametralmente distinta é a prisão que é definida constitucionalmente como uma coação da liberdade de locomoção, ou seja, os institutos não são condizentes.<sup>88</sup> Pois a prisão seria um momento de grande vulnerabilidade do investigado e isso acabaria reduzindo em muito sua capacidade de escolha.

<sup>86</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.,p. 770.

<sup>87</sup> BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa – Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119.

<sup>88</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Quem está preso pode delatar?. **JOTA**. Brasília, 23 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

Ao analisarmos os ensinamentos de Vinícius Gomes de Vasconcelos, verificamos que a lei 12.850/13 em seu artigo 4º, §15, buscou garantir a regularidade do cunho negocial da colaboração premiada prevendo o acompanhamento do advogado ao colaborador durante todos os momentos, ou seja, torna a defesa técnica imprescindível, garantindo ao colaborador proteção e esclarecimento além de resguardar os quesitos da voluntariedade e da inteligência. Essa imposição da presença do advogado é irrenunciável.<sup>89</sup>

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, a delação é um ato de covardia, devendo os tipos de confissão serem voluntárias buscando a verdade real. Sua crítica também se refere ao meio como são tratados os réus que delatam, que são os únicos que conseguem a benefício de responder ao processo em liberdade, e esse método de coação disfarçada só é possível por conta das prisões preventivas, que são realizadas sem tempo determinado.<sup>90</sup>

Entretanto, há de se fazer menção ao capítulo anterior, no que se refere aos efeitos psíquicos que são trazidos pelo encarceramento mesmo que de cunho cautelar, afastando o imputado de sua família, de contato direto com seu advogado ou defensor, impedindo o aprimoramento de sua defesa técnica e influenciando diretamente no resultado final do processo.

Ao mesmo tempo, a proporcionalidade de armas entre o Estado e o imputado fica cada vez mais distante, pois além do aparato persecutório são somados os efeitos acima, dirimindo ainda mais seu poder decisório, ou seja, a prisão cautelar mais uma vez se mostra uma medida desproporcional com o fim proposto.

Há de se considerar esses efeitos sob a voluntariedade exigida no momento da realização de um acordo de colaboração premiada, vez que não estando imunes aos efeitos danosos da pena, e possivelmente irão buscar formas de findar a mesma, o que fará o poder decisório do imputado pender para o lado que mais o beneficiará, no caso, o da delação.

---

<sup>89</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 120-123

<sup>90</sup> RODAS, Sérgio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 12 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>>. Acesso em: 15/06/2018

### 3.1 O aspecto ético da colaboração premiada

A colaboração premiada, em sua modalidade “delação”, sofre grandes críticas quanto ao posicionamento ético do Estado, principalmente em casos nos quais o indiciado ou o réu se encontram presos de forma preventiva.

O fracasso estatal no combate ao crime permitiu que uma vasta gama de delitos aumentasse de forma generalizada, onde as organizações criminosas cada vez mais se especializaram e acabaram por se fortalecerem, ao mesmo tempo em que os órgãos estatais de combate à criminalidade vão se desfalecendo.

Em razão da flagrante desvantagem, gerado pela própria incompetência do Estado, buscou-se uma forma alternativa de combater a criminalidade, recompensando o criminoso que denuncia os seus comparsas, ou seja, o Estado se une ao criminoso para poder combater a criminalidade.<sup>91</sup>

Atualmente a discussão que gira em torno da ética na colaboração premiada vem crescendo, grande parte em razão das matérias veiculadas pela mídia sobre a “Operação Lava-Jato”, onde presos de forma cautelar acabam por delatar outros participantes dos crimes em busca dos benefícios conferidos pela lei.

Assim, a polêmica sobre a ética resta estabelecida entre aqueles que consideram que o Estado ao estimular a “traição” por meio das delações premiadas estaria agindo *a contrario sensu* dos valores que deveriam ser cultivados na sociedade e os que alegam ser a colaboração premiada um importante instituto de combate ao crime organizado, ainda que presente a “traição”, pois visa atingir os agentes que atuam dentro de uma ética própria, prejudicial à sociedade.

Beccaria, que é considerado um dos expoentes do iluminismo penal, e desde já realizava comentários a respeito da traição, alegava que a mesma deveria ser afastada da sociedade, leis

---

<sup>91</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016. p. 29.

não poderiam incentivá-las e quando tribunais oferecem ao delator impunidade, estão autorizando a traição, introduzindo a covardia que infecta rapidamente todas as almas.<sup>92</sup>

No escopo das considerações acima, convém destacar a citação do Desembargador Federal Tourinho Filho:<sup>93</sup>

A delação (traição) premiada revela a incompetência do Estado na luta contra o crime, a ineficiência do sistema de persecução criminal. Vale-se, então, da fraqueza de caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição.

Dessa forma, muitos são contra a colaboração (ou delação) premiada, também considerada como extorsão premiada, pois o Estado ao promover a traição, em busca das vantagens que desta virão, passa a promover valores contrários à ordem social, premiando a falta de caráter do criminoso.<sup>94</sup>

No entanto, uma parte da doutrina considera que a colaboração premiada de fato promove a traição, porém ao mesmo tempo trata-se de um modo legítimo de realizar o combate ao crime organizado, uma vez que não se pode enfrentar de forma ética grupos criminosos que operam sob ética própria, estranha a sociedade de bem. Assim, a traição do acusado ou indiciado favorece a sociedade e ao próprio traidor que será beneficiado pela colaboração.

Reforçando essa linha de pensamento, afirma Guilherme Nucci:<sup>95</sup>

(...) a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar coautores e partícipes. (...) a rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria moralmente aceitável. Se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada. (...)

Já Renato Brasileiro de Lima, atenua o aspecto ético da traição institucionalizada em razão da importância da colaboração premiada no combate ao crime organizado, se

<sup>92</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 67-68.

<sup>93</sup> TOURINHO FILHO, F.C. *apud* MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016. p.30.

<sup>94</sup> CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 101.

<sup>95</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2014. p. 325.

comprometendo a ser fonte de prova para a investigação e, alega existir uma contradição ao se falar em ética no âmbito de criminosos, pois tais grupos possuem valores próprios estranhos a sociedade.<sup>96</sup>

Se argumenta ainda que o Estado estaria se curvando aos criminosos, utilizando a chantagem, neste caso, a prisão preventiva, para obtenção das informações desejadas pelo órgão de acusação, e seria uma espécie de caminho “fácil” para obtenção dos elementos necessários para o êxito da persecução penal. É feita então a crítica por alguns autores, se a ética teria sido esquecida no meio do combate desvairado às organizações criminosas, pois no momento em que os fins justificariam os meios, há a reflexão sobre a necessidade de meios revestidos de legalidade para combater por exemplo, a corrupção, pois do contrário só estaria ocorrendo a substituição de um problema por outro.<sup>97</sup>

Havendo assim, a incompatibilidade entre prisão preventiva e colaboração premiada, muito em função da atuação dos operadores de ambos institutos, logo se existe um problema ético, este não estará contido nos próprios institutos em si mesmos, mas sim na forma de agir responsáveis pela persecução penal. Uma das formas de coibir eventuais ilegalidades que tenham ocorrido na tentativa de obter informações dos criminosos seria o *Habeas Corpus*, remédio constitucional destinado a revisar o ato que causou o encarceramento em todos os graus de jurisdição.

Sendo assim também é preciso repensar a validade das delações que são obtidas no âmbito das prisões cautelares conforme já foi sustentado anteriormente, dada a submissão do preso e a diminuição da capacidade de valoração a qual o mesmo é submetido, restando a valoração da acusação ao propor ou não o acordo.

O uso abusivo das prisões cautelares sempre foi utilizado como meio de obtenção de provas no Brasil, entretanto atualmente, os tribunais vem adotando alguns cuidados para reduzir a utilização de maneira excessiva das cautelares de cunho pessoal. Porém as cortes ainda falham

---

<sup>96</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: v. único, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.,p. 760-762.

<sup>97</sup> SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano e MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 03 - Dossiê “Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial”. Porto Alegre, abr. 2017. p.214-220.

ao analisar a contaminação dos elementos probatórios que foram obtidos em decorrência da prisão cautelar, que muitas vezes não é decretada em conformidade com os requisitos previstos em lei. Infere-se então que é necessária cautela na interpretação da voluntariedade do colaborador quando o mesmo cumpre medida cautelar restritiva de liberdade.<sup>98</sup>

Uma grande preocupação é a relativa à concessão de prêmios punitivos aos que cooperam de modo eficaz, deixando de considerar muitas vezes a motivação do colaborador, ignorando a reflexão moral que tenha sido feita ou não por ele, só importando a redução das consequências penais do delito. Sendo assim, alguns consideram o instituto da delação como um instrumento de desintegração social, sendo um desvalor se chocando com a concepção do Estado pautado na dignidade da pessoa humana, logo o aparato persecutório estatal deveria ser estruturado para realizar a persecução de modo legítimo sem necessitar de artifícios que degradam a autoridade do próprio Estado.<sup>99</sup>

Nucci por sua vez, refletiu sobre o valor do instituto, concluindo que:<sup>100</sup>

O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio. Diante disso, é inviável lastrear a condenação de alguém baseado unicamente numa delação. É fundamental que esteja acompanhada de outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão. Note-se o disposto pelo art.4.º,§16, da Lei 12.850/2013: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” .

Na opinião do doutrinador Cezar Roberto Bittencourt a delação é tida como uma espécie de favor legal, porém é antiética. O uso indiscriminado do instituto na Operação Lava-jato deixa evidente a discricionariedade conferida aos membros do Ministério Público. O fundamento que tem sido utilizado para o crescente uso das colaborações é a falência estatal no combate do crime organizado sendo a omissão dos governantes um dos principais motivos para isso.

<sup>98</sup> BORRI, Luiz Antonio. Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 285. São Paulo, ago. 2016. Disponível em: < [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5810-Delacao-premiada-do-investigadoacusado-presocautelarmente-quando-o-Estado-se-transfigura-em-criminoso-para-extorquir-a-prova-do-investigado](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5810-Delacao-premiada-do-investigadoacusado-presocautelarmente-quando-o-Estado-se-transfigura-em-criminoso-para-extorquir-a-prova-do-investigado)>. Acesso em: 08 jun. 2018

<sup>99</sup> CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 128

<sup>100</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 51.

Deste modo não poderia ser admitido de forma ética a premiação de um criminoso para que obtenha vantagem ao delatar participantes do crime, quebrando uma espécie de confiança que houvesse, a imoralidade em verdade seria por parte do Estado, que oferece a justiça negocial após um encarceramento longo do futuro delator, quando sua capacidade de escolha já está dirimida.<sup>101</sup>

A eticidade também deve ser analisada no que toca ao Estado, e como usa a falência dos instrumentos persecutórios para embasar o oferecimento de acordos, quebrando o princípio da obrigatoriedade de oferecimento da ação penal que sustenta a atuação do Ministério Público, aproximando-o do sistema americano e do *plea bargain* onde o órgão de acusação não está obrigado a oferecer a denúncia mesmo estando presente a justa causa, com isso se traça um paralelo com os acordos de colaboração premiada em que é oferecido ao imputado o perdão judicial que culminará na extinção de punibilidade, quando homologado pelo juiz.

A autora Natália de Oliveira também tece árduas críticas à utilização do instituto colaboracional nos dias de hoje:<sup>102</sup>

Ao reverso da adoção de mecanismos facilitadores da investigação criminal e da efetividade da punição, o aparato persecutório do Estado deve-se revestir de estrutura para realizar sua tarefa de modo legítimo, sem a utilização de expedientes escusos na elucidação das práticas delitivas, que em verdade servem para degradar sua própria autoridade. Não se pode, em definitivo, tolerar, em nome da segurança pública – “falida” devido à inoperância social do poder – a edição maciça de diplomas legais repressivos, os quais, pautados na retórica da eficiência, rompem com os preceitos da ordem constitucional democrática estabelecida

Diante de tantas opiniões conflitantes sobre o assunto, a delação premiada se mostra como um instrumento necessário à atual situação da segurança pública, bem como para o combate ao crime organizado e resolução dos exponenciais casos de corrupção que têm sido descobertos no Brasil, devendo ser resguardada a voluntariedade exigida legalmente para o mesmo. Porém ao mesmo tempo devem ser observadas as garantias materiais e processuais do acusado, pois a prisão provisória e seus efeitos negativos certamente irão influenciar na sua decisão.

### 3.2 O projeto de lei 4372/16

---

<sup>101</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. Consultor Jurídico. São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antiético>>. Acesso em: 14/06/2018

<sup>102</sup> CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 147

Com toda a polêmica que está relacionada às colaborações premiadas realizadas no transcorrer das prisões preventivas, teve igual repercussão na esfera política, culminando com o Projeto de Lei n. 4.372 de 2016, com autoria do Deputado Federal Wadih Damous, pertencente ao partido dos trabalhadores à época.

Tal proposição tem como finalidade a alteração e o acréscimo de dispositivos à Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013, que trata das organizações criminosas. Dentre as várias propostas está a que estabelece como condição para que seja homologada uma colaboração premiada, a condição de o acusado ou indiciado responder em liberdade à investigação ou ao processo penal, diante disso o art.3º da referida Lei passaria a ter um terceiro parágrafo.<sup>103</sup>

Em relação a esta alteração, o Projeto de Lei apresenta a seguinte justificativa:<sup>104</sup>

A medida se justifica para preservar o caráter voluntário do instituto e para evitar que a prisão cautelar seja utilizada como instrumento psicológico de pressão sobre o acusado ou indiciado o que fere a dignidade da pessoa humana, alicerce do estado democrático de direito. Da mesma forma, a alteração protege as regras processuais que tratam da prisão preventiva e evita que prisões processuais sejam decretadas sem fundamentação idônea e para atender objetos outros, alheios ao processo ou inquérito.

A Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados rejeitou sua admissão e tramitação, tendo considerada equivocada a premissa do projeto, afirmando não haver correlação entre o instituto da delação, de natureza penal com a prisão cautelar, de natureza processual que não pode ser decretada para provocar a delação, tanto quanto, não pode ser revogada por ter ocorrido a colaboração. O mesmo parecer considerou que a voluntariedade requerida na colaboração premiada, diz respeito à liberdade psíquica e não a liberdade de locomoção. Acrescenta, ainda, que a colaboração premiada é um importante instrumento no combate do crime organizado, inclusive no âmbito da administração pública e que qualquer tentativa de diminuir a eficácia desse instituto é inconveniente e inoportuna.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> BRASIL. Lei n.12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>. Acesso em: 11 set. 2017.

<sup>104</sup> BRASIL. Justificação do Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop\\_mostrarintegra=PL+4372/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra=PL+4372/2016)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

<sup>105</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n.4.372 de 2016. Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em:<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostraintegra?Tramitacao=PL4372/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?Tramitacao=PL4372/2016)>. Acesso em 8 mai. 2018.

O referido Projeto de lei surge no momento em que a Operação Lava-Jato se encontra em plena atividade e diversos membros do poder Legislativo eram pessoas de interesse nessas operações, esses alegavam que as prisões preventivas estavam sendo utilizadas como meio de obtenção das delações premiadas.

A manifestação no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público foi imediata no sentido de que a propositura desse Projeto de Lei tinha como finalidade enfraquecer as investigações, já que poderiam alcançar vários políticos e empresários poderosos.

O juiz federal Sérgio Moro, durante o 12º Simpósio Brasileiro de Direito Constitucional, em Curitiba, em maio de 2016, se manifestou contra a proposta legislativa, para ele tratava-se de uma tentativa de manter a impunidade dos poderosos, que por muito tempo tiveram a proteção da justiça. Moro ainda alegou que, tal projeto não está buscando garantir a voluntariedade do delator e sim tratar das consequências que possam atingir aos que forem delatados, e por fim, o juiz questionou se, diante da ampla defesa seria possível negar ao colaborador os benefícios da lei, em razão dele estar preso?<sup>106</sup>

Já na opinião do procurador de Justiça Rodrigo Chemim, do Ministério Público do Paraná, o projeto de lei considera que existem duas classes de réus distintas, aquele que se encontra em liberdade e que pode usufruir dos benefícios da colaboração premiada e o réu preso que não poderia optar por esse instituto, ou seja, o réu solto possui meios para se defender do que aquele que está encarcerado. O procurador acrescenta também que não são fundadas as alegações de que as prisões preventivas têm por finalidade a obtenção da delação, na verdade a defesa tenta criar uma argumentação de que as prisões preventivas estariam sendo decretadas com esse intuito e cita que, no âmbito da Lava-Jato, mais de 70 % dos casos de delações premiadas foram realizadas por réus em liberdade.<sup>107</sup>

### 3.3 Operação Lava Jato

---

<sup>106</sup> LISBOA, Paulo. Moro critica projetos de petista que restringem delação e prisão. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 26 de mai. 2016, p. 3.

<sup>107</sup> AFFONSO, Julia. A escolha é do delator, não é do Estado, diz procurador. **Estadão**. São Paulo. 26 de abril de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-escolha-e-do-delator-nao-e-doestado-diz-procurador>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

Há de ser feita menção à Operação Mãos Limpas, ocorrida na Itália, onde ocorreu a disseminação do instituto da delação premiada, que buscou dismantelar a máfia, de onde se buscou a inspiração para a operação policial mais comentada dos últimos anos.

A famosa “Operação Lava-jato” diz respeito ao conjunto de investigações policiais e ações penais sobre valores que foram retirados ilegalmente da Petrobrás utilizando diversas empreiteiras para fazê-lo. A nomenclatura foi escolhida com base no uso de postos de combustíveis e lava a jato que desencadeou as investigações.<sup>108</sup> Logo a operação se tornou a maior investigação contra lavagem de dinheiro que o Brasil já sediou, tendo início no Paraná.

Sem dúvidas o instituto da colaboração premiada é amplamente utilizado na operação Lava-Jato, inclusive pode ser considerada como guia, otimizando o emprego de bens públicos e de diligências policiais, que possuem uma maior probabilidade de dar certo.

Desta forma, se põe em análise os benefícios trazidos para a sociedade em oposição aos males causados pelo uso da prisão cautelar como maneira de forçar algum modo de colaboração. Devendo ser também destacado que, foi através da operação que muitos brasileiros que não se encontram inseridos no âmbito jurídico puderam ter contato com institutos jurídicos como prisão preventiva, colaboração premiada, dentre outros, existindo inclusive uma página do Ministério Público Federal destinada a elucidar os termos mais utilizados.<sup>109</sup>

Ou seja, para os operadores das investigações o instituto é de importância vital para descoberta de novos crimes e obtenção de provas. Também se ressalta como benefício da colaboração a devolução mais rápida dos valores ilicitamente recebidos, sem que seja necessário aguardar o trânsito em julgado do processo bem como ajuda a minar a organização criminosa existente, quebrando a confiança entre os criminosos.<sup>110</sup>

Podem ser encontradas opiniões, como a do coordenador chefe da Operação Lava-Jato, que não vê correlação das prisões cautelares decretadas no âmbito da operação com a

---

<sup>108</sup> CASO LAVA JATO. Procuradoria Geral da República. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada. *Época*. São Paulo, 04 jul. 2015. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

quantidade de delações premiadas homologadas até o momento, tendo dito em matéria veiculada na internet:<sup>111</sup>

O principal ataque aos acordos é a alegação de que as prisões da Lava Jato foram e são feitas para forçar confissões ou colaborações, como se fosse uma espécie de tortura, o que tornaria todos os acordos ilegais e derrubaria a operação. É surpreendente como esse argumento tem sido repetido tantas vezes, com a clara intenção de que a repetição o faça parecer verdadeiro, ainda que a realidade prove ser absolutamente mentiroso. Ainda que seja surpreendente a comparação entre tortura, que impõe um mal injusto e grave, à colaboração premiada, que oferece um bem ou prêmio legalmente previsto, a repetição da mentira faz necessário explicitar a verdade.

Na mesma entrevista afirma ainda que as prisões acontecem visando a proteção da sociedade de mais corrupção dada a posição de influência dos réus.

Ora, se o próprio coordenador da operação, que fornece as diretrizes para atuação da Procuradoria não acredita que as prisões cautelares possuem influência na decisão do acusado/indiciado de delatar ou não, como poderia se proceder de forma diferente do que tem ocorrido?

Doutrinadores já se posicionaram contra o abuso ministerial ao ofertar para os eventuais colaboradores regimes diferenciados de pena que não são previstos nas legislações penais, buscando a obtenção do acordo à qualquer custo, denegrindo o sistema judiciário, se valendo da sua superioridade como acusador público para coagir psicologicamente o acusado/investigado e, aos que não aceitam, lhes é dado o rigor tradicional imposto em lei. Essa forma de negociação violaria também pressupostos constitucionais, transbordando os limites da legalidade.<sup>112</sup>

Para o professor de direito penal César Faria, o instituto da delação não é utilizado para seu devido fim no âmbito da Operação Lava Jato, principalmente pelo modo como são obtidos os acordos:<sup>113</sup>

<sup>111</sup> DALLAGNOL, Deltan. Lava Jato não usa prisões para obter colaboração dos réus. **UOL Notícias**. São Paulo, 17 nov. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prises-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

<sup>112</sup> LOPES JR., Aury e ROSA, Alexandre Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 24 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 13 jun. 2018

<sup>113</sup> LUIZ, Bruno. “Prisão para obter delação é extorsão premiada”, critica professor de direito penal. **Bahia Notícias**. Bahia, 16 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.bahianoticias.com.br/justica/entrevista/152-prisao-para-obter-delacao-e-extorsao-premiada-critica-professor-de-direito-penal.html>>. Acesso em: 14 jun. 2018

[...] Essas delações têm sido objeto de muitas polêmicas. Se questiona se haveria essa necessidade de todas essas prisões preventivas ou temporárias. Quando se decreta a prisão e, alguns casos, ela não se revelava necessária e foi feita, e quando se verifica que elas foram transformadas em prisão domiciliar a partir de um acordo, qual a voluntariedade nesse acordo, ou, muito menos, a espontaneidade desse acordo? Outra coisa que tem sido muito criticada e, ao que parece, está acontecendo na Lava Jato, é tomar a palavra do agente colaborador como verdade absoluta. É o que tem acontecido em alguns casos na Lava Jato. Essas informações não passaram pelo crivo do contraditório em um processo onde se assegure a ampla defesa de todos, inclusive do agente colaborador. A própria lei diz que ela não pode servir de fundamento único para uma decisão condenatória. A palavra do agente colaborador é um meio de prova frágil, débil. Ele tem interesses, ele não está submetido a dizer a verdade. O que quero deixar bem claro é que a palavra do corrêu é sequer admitida em algumas legislações. No caso do mensalão, já se assentou o entendimento de que, mesmo que ele tenha sido beneficiado pela delação premiada, ele é um mero informante. A ele não é dado o compromisso de dizer a verdade. Ele não é nem meio de prova, é fonte de prova. Ele indica os meios e esses meios precisam ser averiguados. No caso da Lava Jato, ela vem sendo tomada como verdade absoluta antes do devido processo legal. [...]

Entre opiniões contrárias e favoráveis, é possível notar que a doutrina em sua maioria ressalta o descumprimento de preceitos constitucionais e o uso exacerbado do instituto da prisão preventiva como meio de instigar as colaborações premiadas, e por mais que as delações gerem resultados positivos para a sociedade, não podem ser feitas à custo de direitos e garantias fundamentais.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, cabe afirmar, que a delação premiada é uma das espécies do gênero colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/13, ainda que muitos utilizem ambas como termos sinônimos.

A voluntariedade exigida pela lei supracitada para que seja válido um acordo de colaboração premiada se refere ao ato decorrente da liberdade psíquica do colaborador, mesmo influenciado por um terceiro, desde que não esteja presente a coação, não se confundindo com a liberdade de locomoção, como é defendido pela maior parte da doutrina e jurisprudência.

O argumento de que as prisões preventivas estão sendo utilizadas para fragilizar o indiciado ou acusado com o intuito de promover as colaborações, deve ser analisado a partir do entendimento de que a prisão preventiva e a colaboração premiada são dois institutos que se aproximam quando entendemos que a prisão acaba funcionando como uma forma de coação estatal.

Uma vez que a colaboração premiada ocorra durante uma prisão preventiva decretada de acordo com os requisitos previstos em lei, também devem ser levados em consideração os aspectos psicológicos do imputado, que se encontra sob a pressão psicológica do órgão acusatório, a qual é potencializada pelos efeitos danosos do cárcere, pelo afastamento familiar, e o distanciamento de sua defesa técnica, não podendo participar diretamente da mesma, resultando assim em uma manifestação de vontade deturpada, uma vez que se encontra desprovido de condições que lhe permitam uma análise quanto a real vontade de realizar ou não a delação premiada.

Devemos considerar também que existem alguns desvios na aplicação da prisão preventiva, principalmente naquelas fundamentadas com base na garantia da ordem pública, pois tal requisito apresenta uma flexibilidade de interpretação, causando uma interpretação ampla na sua utilização. Nesses casos as instâncias superiores do judiciário deverão ser acionadas para salvaguardar os direitos daquele que teve a sua prisão cautelar ilegalmente decretada.

A alegação de que o Estado adota conduta antiética por meio da institucionalização da traição materializada pela colaboração premiada, deve ser analisada em conjunto à flexibilização do processo penal, onde surge a possibilidade nos termos legais de, estando presente a justa causa, não ser oferecida a ação penal.

Por fim, se pode concluir que haverá respeito à voluntariedade prevista na Lei n. 12.850/13, quando a colaboração premiada decorrer da liberdade psíquica do colaborador ainda que tenha sido sugerido por terceiros, isenta qualquer forma de coação. Porém, sua ocorrência no transcurso de uma prisão provisória decretada com observância aos requisitos legais, nem sempre garantirá o pleno exercício da voluntariedade, que poderá ser abalado pelo encarceramento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Julia. A escolha é do delator, não é do Estado, diz procurador. **Estadão**. São Paulo. 26 de abril de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-escolha-e-do-delator-nao-e-doestado-diz-procurador>>.

ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. Quem está preso pode delatar?. **JOTA**. Brasília, 23 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>>.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada é favor legal, mas antiético. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico>>.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado. Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n.4.372 de 2016. Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostraintegra?Tramitacao-PL4372/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?Tramitacao-PL4372/2016)>.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial [da] República do Brasil, Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo penal. Redação original. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão provisória. Diário Oficial [da] República do Brasil, 22 dez. 1989.

\_\_\_\_\_. Lei n.12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 ago. 2013. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm)>.

\_\_\_\_\_. Justificação do Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop\\_mostrarintegra=PL+4372/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarintegra=PL+4372/2016)>.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1022352&filena me=PL+4372/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1022352&filena me=PL+4372/2012)>. Acesso em: 11 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Criminal. Recurso em Sentindo Estrito nº 0089132- 93.2015.8.26.0050, Relator: Leme Garcia, julgado em: 23 mai. 2017. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10453296&cdForo=0>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 243717/BA, Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 28/08/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24007158&num\\_registro=201201077294&data=20120905&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24007158&num_registro=201201077294&data=20120905&tipo=5&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. Habeas Corpus nº 281.226/SP, Relator: Ministro Jorge Mussi, julgado em 06/05/2014, Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35355931&num\\_registro=201303657166&data=20140515&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35355931&num_registro=201303657166&data=20140515&tipo=5&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 96.106/RJ, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 05/06/2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81830417&num\\_registro=201800601490&data=20180611&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81830417&num_registro=201800601490&data=20180611&tipo=5&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. HC 129877/RJ. Disponível em <[\\_\\_\\_\\_\\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 95045/RJ, Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 09/09/2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+95045%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+95045%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/q4uc7cm>>.](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listajurisprudencia.asp?s1=%28VOLUNTARIEDADE+E+COLABORA%C7%C30+PREMIADA%29&base=baseAcordao&url=http://tiny://>.></a></p>
</div>
<div data-bbox=)

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 127.483/PR, Relator: Min. Dias Toffoli. Julgado em: 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l3nlyre>>.

BORRI, Luiz Antonio. Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 285. São Paulo, ago. 2016. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5810-Delacao-premiada-do-investigadoacusado-presos-cautelaramente-quando-o-Estado-se-transfigura-em-criminoso-para-extorquir-a-prova-do-investigado](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5810-Delacao-premiada-do-investigadoacusado-presos-cautelaramente-quando-o-Estado-se-transfigura-em-criminoso-para-extorquir-a-prova-do-investigado)>.

BUSATO, Paulo César; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa – Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 4 : legislação penal especial. 12 ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**, 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Natália Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASARA, Rubens. A ampliação das hipóteses de prisão preventiva: uma corrupção das conquistas civilizatórias. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 277, São Paulo, dez. 2015. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5678-A-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva-uma-corrupcao-das-conquistas-civilizatorias](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5678-A-ampliacao-das-hipoteses-de-prisao-preventiva-uma-corrupcao-das-conquistas-civilizatorias)>.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**. Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C Nº 206, par. 117. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>>.

\_\_\_\_\_. **Caso Bayarri Vs. Argentina** sentença de 30 de outubro de 2008, par. 110. p. 307 Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>>

\_\_\_\_\_. **Caso Suárez Rosero Vs. Equador** Mérito. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C N° 35, par. 77. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por3.pdf>>

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12.850/2013. 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

DALLAGNOL, Deltan. As luzes da delação premiada. **Época**. São Paulo, 04 jul. 2015. Disponível em: < <https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>>.

\_\_\_\_\_. Lava Jato não usa prisões para obter colaboração dos réus. **UOL Notícias**. São Paulo, 17 nov. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniaocolumna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoas-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>>.

FARIAS, Michelle Cristina. Evolução histórica da prisão preventiva e prisão em flagrante no Brasil. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 13, no 1149. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3294/evolucao-historica-prisao-preventiva-prisao-flagrante-brasil>>

FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal** : prisões e suas alternativas : comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011

GERBER, Daniel e CANTERIJ, Rafael Braude. Prisões cautelares: entre a necessidade e a possibilidade. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 175, São Paulo, jun. 2007. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/3437-Prisoas-cautelares-entre-a-necessidade-e-a-possibilidade](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3437-Prisoas-cautelares-entre-a-necessidade-e-a-possibilidade)>.

GRECO, Vicente Filho. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pelegrini, et alii. **As nulidades no processo penal**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009..

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006.

KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8105>>.

LIMA, Marcellus Polastri . **A tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal: v. único**, 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LISBOA, Paulo. Moro critica projetos de petista que restringem delação e prisão. Folha de São Paulo. São Paulo, 26 de mai. 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/2011**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

LOPES JR., Aury e ROSA, Alexandre Moraes da. Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 24 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>.

LUIZ, Bruno. “Prisão para obter delação é extorsão premiada”, critica professor de direito penal. **Bahia Notícias**. Bahia, 16 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.bahianoticias.com.br/justica/entrevista/152-prisao-para-obter-delacao-e-extorsao-premiada-critica-professor-de-direito-penal.html>>.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Há limites para o prêmio da colaboração premiada?. **Consultor Jurídico**. Rio de Janeiro, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-03/guilherme-nucci-limites-premio-colaboracao-premiada>>.

\_\_\_\_\_. **Organização Criminosa**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº48 de 15 de março de 1995, Código Penal Português. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis&so_miolo=>)>.

CASO LAVA-JATO. Procuradoria Geral da República. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/perguntas-e-respostas>>.

RODAS, Sérgio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 12 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>>.

TOURINHO FILHO, F.C. apud MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. **Delação premiada: Aspectos jurídicos**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano e MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 03 - Dossiê “Colaboração Premiada e Justiça Criminal Negocial”. Porto Alegre, abr. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.