



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD

Yuri Rezende de Macedo

**DIREITO AO SILÊNCIO E COLABORAÇÃO PREMIADA:
Uma análise da renúncia prevista no art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850/2013**

Brasília
2017

YURI REZENDE DE MACEDO

**DIREITO AO SILÊNCIO E COLABORAÇÃO PREMIADA:
Uma análise da renúncia prevista no art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850/2013**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues.

Brasília

2017

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito – FD

YURI REZENDE DE MACEDO

DIREITO AO SILÊNCIO E COLABORAÇÃO PREMIADA:

Uma análise da renúncia prevista no art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850/2013

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues – Orientador
FD/UnB

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira – Examinador
FD/UnB

Prof. MSc. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto – Examinador
FD/UnB

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho – Suplente
FD/UnB

Aprovado em 21 de novembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo, em especial, pelo dom da vida e pela sabedoria para buscar equilibrar o stress durante a confecção deste trabalho.

À minha mãe, Rosemary, exemplo de profissional, pelo amor incondicional e pelo apoio em todos os momentos da minha vida, inclusive durante a mudança de curso, decisão difícil, talvez, a mais difícil da minha vida, passada, presente e futura. A meu pai, Tadeu, igualmente pelo amor, pelo exemplo de vida e pelo apoio durante a vida acadêmica e pela companhia na torcida pelo nosso Flamengo. A meu irmão, Lucas, pela amizade e por me mostrar como é fácil a vida de um estudante de Direito quando comparada à vida de um estudante de Engenharia. À tia Marlene, pelo carinho, pelo companheirismo e pelo auxílio nos estudos, desde o trabalho sobre os órgãos do sentido na 1ª série do Ensino Fundamental até as preparações para as provas de Gramática no Ensino Médio; seus ensinamentos, sem dúvida, contribuíram para meu gosto pela escrita.

Aos meus amigos do curso que deixei pra trás, de cujos serviços espero não precisar tanto, mas em quem sei que posso confiar de olhos fechados.

Aos meus amigos de infância e para toda a vida, pelas lembranças memoráveis e pelas resenhas inesgotáveis.

Aos meus amigos do Ensino Médio, que me acompanharam desde os tempos de tardes com telefone desligado até a primeira aprovação no vestibular, passando pela mudança de curso. Obrigado pelo apoio e, por igual, pela resenha, que se torna cada vez mais rara devido aos rumos diferentes que seguimos, mas que são sempre revigorantes.

Aos meus amigos do Direito da Universidade de Brasília (UnB), por compartilharem as angústias com os problemas do nosso Brasil.

Aos colegas do Gabinete do Ministro Luís Roberto Barroso, pela convivência diária alegre e por mostrarem que é possível combinar seriedade no trabalho com bom humor.

À Gabriela, pelo amor, pelo apoio, pelo carinho e por me fazer ter a certeza de que o homem não foi feito para viver só.

Ao meu orientador e chefe há quase dois anos, Paulo, em quem Ronald Dworkin deve ter se inspirado ao criar o Juiz Hércules, pelos ensinamentos ao longo deste tempo e pelo auxílio na vida profissional.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto da colaboração premiada no direito brasileiro, com enfoque sobre a previsão contida no art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, de que o colaborador deverá renunciar ao seu direito ao silêncio. Para tanto, faz-se uma breve análise do instituto da colaboração premiada, bem como do direito ao silêncio para, em seguida, analisar a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais e sua abrangência. Ao final, pretende responder à seguinte pergunta: é constitucional a previsão legal de renúncia ao direito ao silêncio por parte do colaborador?

Palavras-chave: Colaboração premiada. Direito ao silêncio. Renúncia a direitos fundamentais.

ABSTRACT

This study intends to analyze the institute of the awarded collaboration in Brazilian law, focusing on the forecast contained in art. 4, § 14, of Law no. 12,850 of August 2, 2013, that the collaborator should renounce his right to silence. In order to do so, a brief analysis of the institute of the prize-winning collaboration is made, as well as of the right to silence. Then the possibility of renouncing fundamental rights and their scope are analyzed. In the end, it intends to answer the following question: is the legal provision for waiving the right to silence on the part of the collaborator constitutional?

Key-words: Award-winning collaboration. Right to silence. Waiver of fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	-	Advocacia-Geral da União
AP	-	Ação Penal
CC	-	Código Civil
CF	-	Constituição Federal
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
HC	-	<i>Habeas Corpus</i>
MP	-	Ministério Público
MPF	-	Ministério Público Federal
N.	-	Número
OAB	-	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PET	-	Petição
PGR	-	Procuradoria-Geral da República
PSL	-	Partido Social Liberal
SF	-	Senado Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
STF	-	Supremo Tribunal Federal
UE	-	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 COLABORAÇÃO PREMIADA	12
1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO	12
1.2 CRÍTICAS À COLABORAÇÃO PREMIADA: SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE	16
<i>1.2.1 Violação ao princípio da individualização da pena e da isonomia</i>	<i>16</i>
<i>1.2.2 Ética e colaboração premiada</i>	<i>17</i>
1.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCEDIMENTO.....	19
1.4 TRÊS FORMAS DE ENXERGAR A COLABORAÇÃO PREMIADA	21
<i>1.4.1 Negócio jurídico processual.....</i>	<i>21</i>
<i>1.4.2 Meio de obtenção ou de investigação de prova</i>	<i>23</i>
<i>1.4.3 Técnica especial de investigação</i>	<i>26</i>
2 DIREITO AO SILÊNCIO	28
2.1 INTRODUÇÃO	28
2.2 DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
2.3 CONCEITO E ABRANGÊNCIA DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....	31
2.4 DEFINIÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO.....	33
2.5 TITULARES DO DIREITO AO SILÊNCIO.....	33
2.6 DIREITO AO SILÊNCIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	35
2.7 DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL DO ACUSADO.....	36
2.8 INEXISTÊNCIA DO DEVER DE DIZER A VERDADE: DIREITO À MENTIRA?	37
<i>2.8.1 Do juramento do acusado.....</i>	<i>37</i>
<i>2.8.2 Da mentira do acusado</i>	<i>38</i>
2.9 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....	41
3 RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO NA COLABORAÇÃO PREMIADA	43
3.1 RENÚNCIA A DIREITO FUNDAMENTAL	43
<i>3.1.1 Renúncia ao direito e renúncia ao exercício.....</i>	<i>46</i>
<i>3.1.2 Pressupostos e requisitos para a renúncia ao direito fundamental.....</i>	<i>47</i>
3.1.2.1 Da declaração de vontade	47
3.1.2.2 Da parcialidade	48
3.1.2.3 Da limitação temporal	48
3.1.2.4 Da revogabilidade.....	49

3.1.2.5 Da obtenção de um benefício proporcional	49
3.1.2.6 Da (des) necessidade de lei autorizadora.....	50
3.2 ANÁLISE DO DISPOSITIVO.....	51
3.2.1 “Nos depoimentos que prestar”	51
3.2.2 “Na presença de seu defensor”	52
3.2.3 “Renunciará ao direito ao silêncio”	52
3.2.3.1 A celeuma doutrinária	53
3.2.3.2 Diferenciando conceitos	55
3.2.3.3 Interpretação do dispositivo à luz da teoria da renúncia ao exercício de direitos fundamentais.....	56
3.2.3.3.1 <i>Voluntariedade</i>	57
3.2.3.3.2 <i>Delimitação temporal</i>	62
3.2.3.3.3 <i>Revogabilidade</i>	62
3.2.3.3.4 <i>Obtenção de um benefício</i>	64
3.2.4 “Prestará o compromisso legal de dizer a verdade”	64
3.3 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE O DISPOSITIVO EM ANÁLISE.....	67
3.4 O PROBLEMA NA PRÁTICA: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5567.....	67
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

Em março de 2014, teve início a chamada Operação Lava Jato, tida como a maior operação de combate à corrupção da história do Brasil. Um dos principais instrumentos utilizados pelos investigadores tem sido a colaboração premiada, que permitiu escancarar o funcionamento do esquema de corrupção que contava com a participação de empresários, doleiros e políticos. Atualmente, foram homologados 158 acordos de colaboração premiada em primeira instância¹ e 120 pelo Supremo Tribunal Federal (STF)².

Posteriormente, no ano de 2017, surgiu a notícia do acordo de colaboração premiada firmado por executivos da Empresa JBS, no qual foram relatadas diversas infrações penais praticadas por políticos, dentre eles, o atual Presidente da República.

Assim, o momento não poderia ser mais oportuno para tratar sobre a colaboração premiada.

O instituto da colaboração premiada não é novo no nosso ordenamento jurídico. No entanto, sua importância, já verificada na Ação Penal (AP) 470³, mais conhecido como “Mensalão”, julgada pelo STF, foi definitivamente evidenciada com o advento da Operação Lava Jato, iniciada no ano seguinte à promulgação da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013⁴, que tratou da colaboração premiada com detalhamento até então inexistente nas demais legislações pátrias sobre o tema.

Apesar de ser instrumento eficaz para a descoberta e prevenção de novas infrações, a colaboração premiada recebe críticas de renomados juristas. Critica-se a sua legitimidade em um Estado Democrático de Direito que deveria ser pautado pela ética e pela moralidade. Protesta-se contra a utilização da palavra de criminoso para justificar a adoção de medidas investigativas em face de outras pessoas. Argumenta-se que a prisão cautelar tem sido utilizada para forçar pessoas a colaborarem com a justiça. Busca-se demonstrar que os prêmios legais oferecidos ao colaborador não podem ser diversos, ainda que mais benéficos,

¹ BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números no Paraná**. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

² Ibidem. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números – STF**. 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. **Ação Penal 470**. 2017. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/ap470>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁴ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

do que aqueles previstos na Lei n. 12.850/2013⁵. Enfim, há uma infinidade de argumentos contrários que merecem ser enfrentados.

No entanto, o presente trabalho não pode se debruçar sobre todos esses argumentos, sob pena de produzir uma obra rasa na tentativa de abordar uma série de assuntos complexos, de modo que a delimitação do tema dentro do assunto da colaboração premiada é medida que se impõe. Assim, foi escolhido como objeto da presente pesquisa o direito à não autoincriminação e a sua relação com a colaboração premiada, em especial, porque existe previsão legal expressa no sentido de que o colaborador, nos depoimentos que prestar, deve renunciar ao seu direito ao silêncio, um dos desdobramentos do direito a não autoincriminação.

Daí surge a pergunta da pesquisa: é constitucional a previsão legal do art. 4º, § 14, da Lei n. 12.850/2013⁶, ao prever a renúncia ao direito ao silêncio pelo colaborador, considerada a sua natureza de direito fundamental? A resposta a essa pergunta requer a análise de alguns aspectos do instituto da colaboração premiada e do direito à não autoincriminação para, posteriormente, verificar a validade da renúncia prevista legalmente.

Para tanto, a monografia está dividida em três partes. O primeiro capítulo trata da colaboração premiada: seus aspectos históricos, sua importância, alguns argumentos contrários à sua utilização, breves considerações sobre o procedimento e as perspectivas sob as quais o fenômeno pode ser enxergado.

O segundo capítulo está destinado a análise do direito à não autoincriminação, com análise de sua previsão na Constituição Federal de 1988⁷ e em Tratados Internacionais dos quais o Brasil é parte, de seu sentido e alcance, dos seus titulares, de sua relação com outros direitos fundamentais, bem como de sua natureza de direito fundamental. Ao final, são feitas breves considerações sobre a existência ou não de um direito à mentira.

O terceiro capítulo trata do cerne do trabalho e busca responder à pergunta de pesquisa. Assim, em um primeiro momento, busca-se analisar o tema da renúncia a direitos fundamentais, traçando seu alcance e seus limites. Posteriormente, faz-se uma análise ponto a ponto do dispositivo legal analisado, buscando uma melhor compreensão de suas possibilidades interpretativas para alcançar o sentido da norma à luz da teoria da renúncia a

⁵ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁶ Ibidem.

⁷ Idem. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

direitos fundamentais. Ao final, descrevem-se os principais argumentos veiculados em ação direta de inconstitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5567/DF⁸, sob relatoria do Min. Alexandre de Moraes), que apresenta, dentre outros pedidos, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal analisado neste trabalho.

Com o presente trabalho, não se pretende esgotar o tema da renúncia ao direito ao silêncio contida no art. 4º, §14, da Lei n. 12.850/2013⁹. Tampouco se pretende dizer como deve o Supremo Tribunal Federal decidir a questão que lhe será submetida à apreciação em breve. Tais objetivos estariam além do propósito deste trabalho. O objetivo é tão-somente trazer o tema à discussão e mostrar a sua complexidade, de modo a despertar a curiosidade e quiçá novos estudos sobre a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais de natureza processual penal pelo acusado. Apesar disso, não se deixa de expressar a opinião, já que a análise crítica fundamentada é indispensável a qualquer trabalho acadêmico.

⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerentes: Partido Social Liberal (PSL). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 17 de julho de 2017.

⁹ Ibidem. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

1 COLABORAÇÃO PREMIADA

1.1 Breve contextualização

A colaboração premiada teve seu auge na legislação italiana do século XX, num contexto em que se fazia necessário o desenvolvimento de técnicas investigativas que permitissem enfrentar o terrorismo e a máfia¹⁰.

O fenômeno da criminalidade organizada em diversos países do mundo exigiu do legislador o desenvolvimento de novos métodos de investigação capazes de fazer frente a um novo modelo de fenômeno criminoso¹¹. Dentre as características deste modelo, as principais são o alto grau de organização e hierarquização, o elevado poder de penetração nos governos, o poder intimidatório e o império da lei do silêncio¹². Esta última característica é a que se relaciona de maneira mais direta com a colaboração premiada, a qual visa justamente obter informações acerca da organização criminosa por meio de um de seus antigos integrantes.

É claro que este auxílio do ex-integrante de organização criminosa não será gratuito, o que exige das autoridades o fornecimento de algo em troca, a saber, o prêmio ou incentivo¹³. Trata-se de um fenômeno que se aproxima do conceito de justiça colaborativa, abrindo espaços de consenso no processo penal, de modo que ambas as partes deixam de exercer determinadas pretensões: o Ministério Público (MP) deixa de efetuar a persecução penal ou, ao menos, de exercê-la buscando o máximo de reprimenda pela sanção e o imputado deixa de se contrapor a pretensão punitiva quanto ao objeto do acordo¹⁴.

¹⁰ BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 287.

¹¹ Ibidem, p. 288.

¹² Idem, p. 288.

¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 116.

¹⁴ MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Estreitos caminhos entre o constitucionalmente admissível e o excesso: o instituto da colaboração premiada e os princípios constitucionais postos à prova – Estudo com foco no delito de corrupção. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 383-384. A autora faz uma diferença entre justiça colaborativa e justiça consensuada, revelando que o instituto da colaboração premiada se aproxima do primeiro, já que existe uma preocupação com a busca da verdade, ao passo que os mecanismos de justiça consensuada, como a transação penal, não tem a pretensão de buscar a verdade, mas tão-somente de encerrar o procedimento.

Todo este quadro surge num momento em que o Direito de uma forma geral muda sua forma de atuar, no contexto de um constitucionalismo pós-liberal, no qual aparecem, ao lado das sanções ao comportamento ilícito, mecanismos de fomento ao comportamento desejado pela ordem jurídica. Como forma de reger as relações sociais, o sistema jurídico passa de um modelo sancionatório de práticas ilícitas para um modelo premiador das práticas lícitas. Surgem, assim, instrumentos de incentivo de práticas que promovam valores buscados pela Constituição Federal (CF) de 1988¹⁵. E é neste contexto que o modelo negocial de processo penal passa a ter maior importância, em que vale mais a premiação pelo comportamento conforme ao Direito do que a sanção pela conduta antijurídica¹⁶.

Como formas de lidar com a criminalidade organizada e o terrorismo, surgiram diversos documentos de Direito Internacional que previam o instituto e recomendavam a sua utilização. Assim, a Convenção de Palermo e a Convenção de Mérida previram expressamente o instituto, da mesma forma que a Organização das Nações Unidas (ONU) e a União Europeia (UE) exortaram seus membros a utilizar este mecanismo¹⁷.

O crime organizado apresenta desafios à atividade investigativa estatal e exige, para superá-las, a adoção de novas técnicas de investigação. O arcabouço instrumental do processo penal, criado para a criminalidade tradicional, é ineficiente para fazer frente à criminalidade organizada, em razão de esta modalidade criminógena possuir características que dificultam a produção de provas, a exemplo da estrutura hierarquizada e compartimentalizada que possuem, bem como da adoção de técnicas para destruir ou pulverizar os elementos probatórios¹⁸.

A adoção de novas técnicas de investigação de atividades criminosas está diretamente relacionada com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, consignada na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no “Caso Luth”. Segundo esta perspectiva, os direitos fundamentais, além de serem direitos subjetivos dos indivíduos contra o arbítrio do Estado,

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 33-34.

¹⁷ Cf. noticiado por BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 293-294.

¹⁸ BALTHAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 170.

produzem uma eficácia irradiante e fornecerem diretrizes para a atuação estatal¹⁹. Sob esta ótica, os direitos fundamentais não só estabelecem, para o Estado, imperativos de abstenção, como também requerem a adoção de técnicas para concretizá-los e realiza-los, os chamados imperativos de tutela²⁰.

Historicamente, o Estado era visto como aquele que oferecia maior risco aos direitos fundamentais dos indivíduos, razão pela qual se concebia a inércia estatal como mecanismo para garantir esses direitos. Na atualidade, a criminalidade organizada aparece como fenômeno gerador de risco aos direitos fundamentais, de maneira que cabe, neste momento, não mais a inércia do Estado, mas sim a sua atuação na repressão desta modalidade criminosa, visando a assegurar os mesmos direitos fundamentais²¹.

Assim, é forçoso reconhecer que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais conduz aos deveres de proteção penal. Como forma de efetivar esses deveres, surgem técnicas investigativas, como a colaboração premiada. Isso não significa dizer que os deveres de proteção penal obriguem o legislador penal a criar o instituto. Há, inegavelmente, um espaço de conformação do legislador. O que se pretende demonstrar é que o desenvolvimento de novas técnicas de investigação encontra fundamento nos direitos fundamentais²².

A efetividade da persecução penal é um dos desdobramentos do direito fundamental de acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição)²³. Ademais, o uso do instituto permite a produção de uma decisão justa e eficaz, na medida em que, ao propiciar a obtenção de maior número de informações, elimina consideravelmente as dúvidas do órgão julgador, que, assim, profere uma decisão condenatória ou absolutória com maior proximidade da realidade. Deste modo, pode-se dizer que o uso deste instituto fortalece a finalidade da atividade jurisdicional de pacificação social, através de uma decisão mais justa e eficaz²⁴.

Assim, as situações de emergências investigativas, como aquela produzida pela criminalidade organizada, geram impasses na investigação e produzem uma situação de grave

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.p.80-82.

²⁰ Ibidem, p.89.

²¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 86.

²² Ibidem, p. 89-91.

²³ BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 298-300.

²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada**: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 132.

risco ao meio social, de tal modo que o Estado não pode se omitir. Daí surge a necessidade de reforço nas técnicas investigativas, incluindo o recurso à colaboração de pessoas que participavam da organização criminosa. Por óbvio, tal colaboração não será graciosa, surgindo, assim, a necessidade do prêmio ao colaborador²⁵.

Em verdade, não se pode dizer que o método em que um comparsa delata o outro seja algo novo na história jurídica. Tal método existe desde o Império Romano, passando pela Inquisição na Idade Média²⁶. O que se percebe é que, ao contrário do que ocorria no período medieval, hoje o instituto é conformado pela ordem jurídica, de modo que a “delação do comparsa” seja motivada não pela tortura que outrora se praticava, mas por uma decisão livre, consciente e voluntária, conforme se verá mais adiante.

No Brasil, o instituto existe desde as Ordenações Filipinas, em que era prevista a atenuação da sanção penal para aquele indivíduo que denunciasse os demais na prática de crimes contra a coroa²⁷. Sua utilização, no entanto, tornou-se mais importante a partir do século XX, com a Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, que previu a redução de pena para aquele que delatasse os demais, no artigo 8º, parágrafo único²⁸. A partir daí, o instituto foi previsto em várias outras leis esparsas, mas sem o detalhamento trazido pela Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013²⁹, a qual é o cerne deste trabalho.

Vale ressaltar que um dos aspectos relevantes para conferir eficácia ao instituto da colaboração premiada foi a proteção ao colaborador, o que, no Brasil, passou a ocorrer com a Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999³⁰. Isso porque, nas organizações criminosas, vigora o pacto de silêncio, cuja violação em geral é punida com a morte³¹.

²⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 114-116.

²⁶ DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 440.

²⁷ ARAS, Vladimir. Origem do instituto da colaboração premiada. In: **Blog do Vlad**, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/origem-do-instituto-da-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁸ BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 285.

²⁹ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³⁰ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de

Atualmente, é relevante ressaltar que a adoção do instituto da colaboração premiada é recomendada pelas já citadas Convenção de Palermo e Convenção de Mérida, tratados internacionais dos quais o Brasil é parte³².

Portanto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais irradiam para o sistema penal a necessidade de adoção de técnicas para apurar delitos sérios, cuja não prevenção gera graves danos aos direitos fundamentais. Nesse contexto, surgem novas técnicas de investigação, dentre as quais, a colaboração premiada. Não se trata, é bom que se ressalte, de relativizar os direitos fundamentais dos investigados. Estes continuam hígidos. Trata-se de tomada de posição estatal diante da verificação da absoluta inoperância do sistema quanto aos crimes praticados no âmbito de organizações criminosas, o que exige a adoção de uma postura ativa do Estado para apura-los de maneira adequada³³.

1.2 Críticas à colaboração premiada: suposta inconstitucionalidade

O instituto da colaboração premiada sofre críticas do ponto de vista ético e em razão da alegada violação ao princípio da individualização da pena, além da problemática envolvendo a renúncia ao direito fundamental ao silêncio, que será tratada no capítulo 3.

1.2.1 Violação ao princípio da individualização da pena e da isonomia

Afirma-se que o instituto da colaboração premiada viola o princípio da individualização da pena e da isonomia, uma vez que pessoas que praticaram as mesmas condutas recebem penas diferentes, em razão apenas de uma delas ter colaborado com a Justiça. Deste modo, alega-se, a pena estaria sendo aplicada, não em razão da maior gravidade

1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³¹ BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodvm, 2010.p. 292.

³² MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: a revista eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, p. 1-38, 2013.p.3.

³³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 79-83.

da conduta praticada, mas sim pela disposição de um dos autores do fato em negociar com as autoridades³⁴.

Realmente, a crítica faz sentido quando analisada sob o ponto de vista de um Direito Penal do fato, que deve atribuir sanções com base na reprovabilidade da conduta. No entanto, a aplicação da pena não é guiada tão somente pela gravidade dos fatos, mas também por características pessoais de quem praticou o delito, tanto é que o Código Penal³⁵ (CP) apresenta diversos elementos referentes a características pessoais do imputado como influenciadores da quantidade de pena, a saber: (i) antecedentes, conduta social e personalidade, aplicáveis na primeira fase da dosimetria da pena; (ii) reincidência, menoridade relativa e confissão, critérios norteadores da segunda fase da segunda fase da dosimetria; (iii) arrependimento posterior, entendido como a conduta daquele que busca reduzir ou reparar o dano causado pela conduta, que é causa de diminuição de pena, aplicável na terceira fase da dosimetria³⁶.

Deste modo, não procede a crítica baseada nesta premissa. O ordenamento jurídico já considera, para fins de aplicação da pena, circunstâncias relacionadas a condições pessoais do agente, de modo que a colaboração com as autoridades não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico, constituindo um aspecto revelador da personalidade do acusado que deve ser premiado³⁷.

1.2.2 Ética e colaboração premiada

O Direito, na sua pretensão de regular as condutas humanas, tende a fomentar o que é lícito e reprimir o que é ilícito. Como dito anteriormente, na pós-modernidade, a ideia de repressão ao ilícito tem cedido lugar à premiação ao lícito, contexto no interior do qual se inserem práticas de incentivos a um comportamento conforme ao Direito, dentre os quais, a premiação de criminosos que auxiliem a persecução penal estatal³⁸.

Para os críticos da colaboração premiada, causa estranheza que o Estado, visto como o cerne da Ética, possa premiar uma conduta antiética, que é a traição, atitude que o tornaria

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. O subsistema penal ordinário. In: _____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 559-612.

³⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 76-77.

³⁷ *Ibidem*, p. 74.

³⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 32-33.

pior do que os criminosos que pretende combater³⁹. O Estado não poderia, assim, valer-se de um ardil na persecução penal, ainda mais quando o delator é alguém que pratica dupla traição: uma, contra o pacto social, quando decidiu por delinquir e outra, contra seus comparsas⁴⁰. A crítica é robustecida pela constatação de que o ordenamento jurídico penal sanciona mais severamente a traição, ao prevê-la como qualificadora do crime de homicídio (art. 121, §2º, IV, do CP⁴¹) e como agravante (art. 61, II, do CP⁴²)⁴³.

De fato, não é possível afirmar que a decisão do colaborador seja motivada por um arrependimento genuíno. Ao que parece, na maioria dos casos, a possibilidade de obtenção de prêmios, que melhoram a sua situação processual, é que leva o indivíduo a colaborar com a justiça. Essa atitude de trair antigos parceiros buscando unicamente um benefício pessoal pode até ser imoral. No entanto, tal constatação em nada afeta a validade jurídica do instituto, pois o Direito e a Moral possuem campos de investigação diferentes⁴⁴.

Reforçando a ideia da diferença entre os campos de investigação do Direito e da Moral, vale dizer que nem tudo o que é lícito, permitido pelo ordenamento jurídico, é moral, a exemplo da técnica de investigação do agente infiltrado, e da tributação de atividades ilícitas⁴⁵. O ideal de justo, para o Direito, está relacionado à segurança e à igualdade material, os quais podem ser aferidos objetivamente, ao passo que o justo, do ponto de vista moral, possui um cunho altamente subjetivo, em relação ao qual o consenso é quase impossível⁴⁶. O mecanismo da prescrição é outro exemplo claro desta dicotomia: a punição daquele que praticou um crime é algo justo, do ponto de vista moral, embora o decorrer de lapso temporal superior ao prazo prescricional fulmine a pretensão punitiva, impedindo, assim, a adoção da prática moralmente justa, em razão de um critério que prima pela segurança⁴⁷.

Ademais, sem desmerecer os argumentos dos críticos, sua visão parece um tanto distorcida, na medida em que busca fazer valer uma espécie de lealdade entre criminosos,

³⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação premiada no Brasil ontem e hoje: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 402. Em sentido semelhante: CARVALHO, Natália de Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 131.

⁴⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 72.

⁴¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁴² Ibidem.

⁴³ CARVALHO, Natália de Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 123.

⁴⁴ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 224-225.

⁴⁵ QUEIROZ, Paulo. Colaboração premiada e moral. In: **Blog do Paulo Queiroz**, 11 de junho de 2017.

Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/colaboracao-premiada-e-moral-2/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

⁴⁶ SANTOS, op. cit., p. 75-76.

⁴⁷ Ibidem, p. 76.

uma camaradagem antijurídica, sob pena de violação a uma espécie de ética do ilícito⁴⁸. Na verdade, como dito linhas acima, o Direito, na pretensão de regular a conduta humana, fomenta o que é lícito e reprime o que é ilícito, segundo definido no ordenamento jurídico. E a investigação e repressão de crimes é atividade legítima/lícita. Ora, não faz sentido que o sistema jurídico deixe de reprimir o ilícito ao argumento de que existiria uma violação a uma suposta ética do crime. Ademais, não há qualquer dever moral do integrante da organização criminosa com seus comparsas de crime, cujas práticas se voltam para a lesão de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico⁴⁹.

Por fim, o maior desvalor atribuído pelo Direito Penal à prática da traição diz respeito à quebra da confiança que pessoa de boa-fé depositava no agente, e não à quebra de confiança praticada contra pessoa de má-fé, como, no caso da colaboração premiada, um comparsa⁵⁰. Assim, é inviável o paralelo entre os dispositivos do CP⁵¹ que recrudescem a sanção em razão da traição e a premiação da traição praticada pelo agente colaborador na colaboração premiada.

De todo modo, vale a advertência de que a técnica da colaboração premiada não deve ser banalizada, restringindo-se a sua utilização às situações em que insuficientes as técnicas probatórias tradicionais, conforme as razões expostas no primeiro item deste capítulo. Ressalte-se que isso não significa que a colaboração premiada deva ser a última *ratio* das técnicas probatórias, pois ela não é sequer de longe o mais invasivo meio de obtenção de prova. Dentre os meios mais invasivos, por representarem intervenções em direitos fundamentais, pode-se citar a interceptação telefônica e a escuta ambiental, que, conforme se demonstrará mais à frente, também são técnicas especiais de investigação⁵².

1.3 Breves considerações sobre o procedimento

O instituto da colaboração premiada pode ser enxergado por meio de três perspectivas diversas, a saber (i) técnica especial de investigação; (ii) negócio jurídico processual; (iii) meio de obtenção de prova. Antes de tratar dessas perspectivas, valem algumas observações

⁴⁸ ARAS, Vladimir. Primeira crítica ao instituto: a colaboração premiada é antiética. In: **Blog do Vlad**, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/primeira-critica-ao-instituto-a-colaboracao-premiada-e-antietica/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 814.

⁵⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 93-94.

⁵¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁵² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 81.

sobre o procedimento da colaboração premiada, a fim de deixar claro em que momento procedimental se insere cada modo de enxergar o fenômeno.

Em um primeiro momento, tem-se a aproximação do pretense colaborador com as autoridades, Polícia ou Ministério Público, ocasião na qual se iniciam as tratativas visando à realização de uma proposta de acordo. O indivíduo diz às autoridades quais informações pretende revelar e vê se as autoridades possuem interesse. Havendo interesse, as autoridades começam a apresentar os possíveis benefícios que podem advir da colaboração do indivíduo. Assim, surge a proposta⁵³.

Com o desenvolvimento das tratativas e negociações, autoridades e colaborador chegam a um consenso e finalizam a proposta de acordo, submetendo-a à apreciação do Judiciário. O Juízo competente avaliará a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo e, não vislumbrando vícios, fará a homologação⁵⁴. Tem-se, assim, o acordo homologado.

Com a homologação judicial, confere-se segurança ao colaborador de que os benefícios prometidos serão entregues a ele desde que ele cumpra a parte que prometeu. Aqui vale um pequeno retorno ao princípio da moralidade para dizer que o descumprimento, pelo Estado, de acordo firmado com o colaborador representa, isso sim, uma violação à moralidade pública, pois, neste caso, será o Estado que estará traindo a confiança do indivíduo⁵⁵.

Inicia-se, após a homologação, a fase de execução do acordo de colaboração premiada, na qual o colaborador entregará às autoridades as informações e os elementos de comprovação que possuir, e prestará as declarações, sob compromisso legal de dizer a verdade⁵⁶.

Nos termos do art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850/2013⁵⁷, ao proferir a sentença, o juiz aplicará o benefício que entender cabível ao colaborador, não podendo este ser premiado em extensão menor que a pactuada no acordo de colaboração premiada homologado⁵⁸.

Observa-se, assim, uma divisão entre (i) atos de negociação, que vão desde o contato inicial entre colaborador e autoridade até a homologação; e (ii) atos de execução do acordo, que se iniciam com a homologação⁵⁹.

⁵³ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: a revista eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, p. 1-38, 2013.p.14-16.

⁵⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação Premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 130.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 137. No mesmo sentido: MENDONÇA, op. cit., p. 22.

⁵⁶ MENDONÇA, op. cit., p. 26-28.

⁵⁷ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁵⁸ PINHO; PORTO, op. cit., p. 136-137.

Feitas essas observações sobre o procedimento, é possível analisar as três formas de enxergar o fenômeno da colaboração premiada.

1.4 Três formas de enxergar a colaboração premiada

1.4.1 *Negócio jurídico processual*

A colaboração premiada se apresenta como mais um mecanismo da justiça penal consensual, a exemplo da transação penal e da composição civil dos danos, previstos na Lei n. 9.099/95⁶⁰. No entanto, seu viés é diverso. Enquanto os institutos da Lei dos Juizados Especiais são despenalizadores, a colaboração premiada é instituto que visa à punição de um maior número de pessoas, por meio das informações fornecidas pelo colaborador⁶¹.

Como dito, a colaboração premiada possui uma face de negociação, em que as partes Estado Acusador e colaborador realizam um negócio jurídico, um acordo de vontades. Tem-se um verdadeiro contrato, em que existem obrigações recíprocas assumidas por ambas as partes: de um lado, o colaborador se obriga a prestar informações às autoridades; de outro, o Estado promete ao colaborador benefícios⁶². Trata-se, portanto, de um negócio jurídico bilateral.

Negócio jurídico bilateral é um ato jurídico por meio do qual é externalizada a vontade daqueles que o celebram no sentido de definir as consequências que dele advirão. Difere, deste modo, do ato jurídico em sentido estrito, no qual a vontade daquele que o pratica não importa para a atribuição dos efeitos jurídicos⁶³.

Não se desconhece a posição doutrinária defendida por Humberto Dalla, segundo a qual o acordo de colaboração premiada só poderia ser considerado um negócio jurídico processual nos casos de acordo de imunidade e de não oferecimento de denúncia, considerando o fato de que, nos demais casos, não é a vontade das partes acordantes que

⁵⁹ Os termos “atos de negociação” e “atos de execução” são utilizados por Andrey Borges de Mendonça. Cf: MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: a revista eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, p. 1-38, 2013. p. 12, 26.

⁶⁰ BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁶¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 30-31.

⁶² MENDONÇA, op.cit., p.16.

⁶³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação Premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 121.

determina o efeito do negócio (no caso, os benefícios que serão concedidos ao colaborador), mas sim a vontade de um terceiro, o juiz, nos termos do art. 4º, § 11, da Lei n. 12.850⁶⁴.

No entanto, diverge-se desta posição e adere-se ao posicionamento defendido por Fredie Didier e Daniela Bonfim, para quem a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, já que as partes, colaborador e órgão da acusação, definem a eficácia do negócio jurídico ao deliberarem sobre as informações que serão prestadas pelo colaborador e os prêmios que serão a ele oferecidos⁶⁵. Isso porque a vontade das partes acordantes também determina uma espécie de limite mínimo dos benefícios a serem oferecidos ao colaborador. É dizer: o juiz, na sentença, pode aplicar benefício diverso, porém necessariamente mais favorável ao colaborador, sob pena de frustração da legítima expectativa adquirida por este ao ver seu acordo homologado. Na verdade, o próprio professor Humberto Dalla faz esta ressalva no sentido de que os benefícios aplicados pelo juiz, na sentença, não podem ser menos favoráveis do que os acordados, sob pena de frustrar a segurança, a boa-fé e a lealdade processual⁶⁶.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela natureza de negócio jurídico processual do instituto da colaboração premiada. Consta do voto do Relator, Min. Dias Toffoli, os seguintes elementos a confirmar tratar-se de um negócio jurídico processual⁶⁷: (i) o objeto do acordo de colaboração é a “cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal”; (ii) a Lei n. 12.850/2013⁶⁸ faz referências expressas aos termos “acordo de colaboração” e “negociações”; (iii) a referida lei prevê efeitos processuais do acordo de colaboração no artigo 4º, § 3º (suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou do processo), no artigo 4º, § 4º (não oferecimento de denúncia) e no artigo 4º, § 14 (renúncia ao

⁶⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação Premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 133.

⁶⁵ DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – Um diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 62, p. 23-59, maio/ago. 2016.p.33. Também no sentido de que o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico: JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação Premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 33-40.

⁶⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: *Ibidem*, p. 136-137.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. p. 23-27.

⁶⁸ *Ibidem*. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

direito ao silêncio pelo colaborador nos depoimentos que prestar e assunção do compromisso de dizer a verdade).

Como negócio jurídico, devem ser analisados os três planos, a saber: (i) existência; (ii) validade; e, (iii) eficácia.

Segundo o voto do Ministro Relator do acórdão do *Habeas Corpus* (HC) 127.483⁶⁹, os elementos de existência do negócio jurídico são aqueles previstos no artigo 6º da Lei n. 12.850/2013⁷⁰, a saber: (i) o acordo deve ser escrito; (ii) deve conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados; (iii) as condições da proposta do MP ou do delegado de Polícia; (iv) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; (v) as assinaturas do representante do MP ou do Delegado de Polícia, do colaborador e de seu defensor⁷¹.

No mesmo habeas corpus, o STF decidiu que, no plano da validade, tem-se: (i) a declaração de vontade do colaborador exercida de maneira livre, consciente e esclarecida; (ii) o objeto lícito possível e determinado⁷².

Por fim, a Corte Maior, no *writ* analisado, firmou o entendimento no sentido de que só há eficácia no acordo após a homologação judicial⁷³.

1.4.2 Meio de obtenção ou de investigação de prova⁷⁴

Com o negócio jurídico devidamente homologado, começam os atos de execução. A partir daí, o colaborador fornece as informações que darão suporte às investigações, que

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. p. 23-27.

⁷⁰ Idem. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁷¹ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. p. 32.

⁷² Idem, p. 32.

⁷³ Idem, p. 36.

⁷⁴ A terminologia utilizada se refere ao mesmo fenômeno. O Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou, no HC 127.483, o termo “meio de obtenção de prova”, ao passo que o doutrinador italiano Paolo Tonini utiliza o termo “meios de investigação de prova”. Cf. TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mroz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 242. Existe ainda a expressão “meio de investigação de prova” utilizado por Antônio Magalhães Gomes Filho. Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 309. No presente trabalho, prefere-se o termo utilizado pelo STF no referido HC.

podem ter natureza documental, tais como números de contas bancárias, e natureza oral, tais como os depoimentos do colaborador em juízo ou fora dele⁷⁵.

Vale, aqui, realizar a distinção entre elemento de prova, fonte de prova, meios de prova e meios de obtenção de prova.

Elemento de prova é o termo utilizado para indicar “os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”⁷⁶. Pode ser conseguido através de pessoas ou coisas, as chamadas fontes de prova⁷⁷.

Este dado objetivo (elemento de prova) é produzido no processo por meio dos meios de prova, que podem ser definidos como “canais de informação de que se serve o juiz”. Trata-se, portanto, de atividade endoprocessual⁷⁸.

Assim, por exemplo, o dado objetivo trazido pelas declarações da testemunha é elemento de prova. As declarações em si são o meio de prova, através do qual o elemento de prova foi inserido no processo. A fonte de prova é pessoal, pois foi obtida através de uma pessoa, no caso, a testemunha⁷⁹.

Meio de obtenção de prova se refere a procedimentos, em geral, extraprocessuais, que visam à obtenção de elementos de prova, como é o caso da busca e apreensão e da interceptação telefônica⁸⁰.

Uma diferença entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova é a sua relação temporal com os elementos de prova. Nos primeiros, o elemento de prova se forma após a sua realização, como é o caso da prova testemunhal, na qual o elemento de prova será produzido no processo após a prestação do depoimento pela testemunha. Por outro lado, o elemento probatório é pré-existente à realização do meio de obtenção de prova, como regra⁸¹. Essa diferença fica evidente no caso da colaboração premiada, na qual as informações do colaborador, fornecidas após a homologação do acordo, tendem a revelar elementos probatórios pré-existentes à sua celebração, dos quais aquele já tinha conhecimento.

Outra importante diferença é que os meios de prova são realizados em contraditório, ao passo que os meios de obtenção de prova são realizados contando com o fator surpresa,

⁷⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: a revista eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, p. 1-38, 2013. P.26-27.

⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005. p. 307.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 308.

⁷⁸ *Idem*, p. 308-309.

⁷⁹ *Idem*, p. 308-309.

⁸⁰ *Idem*, p. 309.

⁸¹ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mroz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 242.

sem contraditório, portanto, antes ou durante a sua realização. Apenas após serem realizados e coletados os elementos de prova é que ocorrerá o contraditório⁸². É o típico caso da interceptação telefônica: no momento de sua deflagração e execução, o investigado ou seu defensor não tem – e nem podem ter – conhecimento dela, mas, finalizada a diligência e coletados os elementos de prova, o investigado deverá ter amplo acesso a estes, a fim de efetuar o contraditório.

Vale, aqui, a ressalva de que o acordo de colaboração premiada, em si, não é meio de obtenção de prova, já que não permite a inserção de qualquer elemento de prova no processo ou no procedimento investigativo⁸³. A colaboração premiada como meio de obtenção de prova diz respeito, portanto, à fase de execução, quando o colaborador fornece elementos para auxiliar a persecução penal.

A colaboração premiada possui diferenças com outros meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica. Esta última só pode ser utilizada quando a prova não puder ser obtida por outros meios, ao passo que aquela não precisa atender a qualquer requisito previsto em lei para ser utilizada⁸⁴. Ambos os meios de obtenção de prova precisam, no entanto, de decisão judicial para que os elementos de prova obtidos sejam aproveitáveis, nos termos do artigo 1º da Lei n. 9.296/1996⁸⁵, no que se refere às interceptações telefônicas e do artigo 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013⁸⁶, no que se refere à colaboração premiada, conforme exposto acima.

De se destacar, ainda, que os atos de execução da colaboração premiada constituem meios de obtenção de prova. Porém, as declarações do colaborador em juízo, cuja natureza será abordada no próximo capítulo, são meios de prova⁸⁷.

No julgamento do HC 127.483⁸⁸, sob relatoria do Min. Dias Toffoli, o STF confirmou esta tendência, ao asseverar que o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de

⁸²TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mroz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 242-243.

⁸³PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 191.

⁸⁴Ibidem, p. 107-108.

⁸⁵BRASIL. **Lei n. 9.296, 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁸⁶Ibidem. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁸⁷PEREIRA op. cit., p. 189-190.

⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. p. 23-27.

prova, ao passo que as declarações prestadas pelo colaborador são meios de prova⁸⁹. Neste ponto, discorda-se deste trecho do acórdão somente no que se refere à atribuição da característica de meio de obtenção de prova ao acordo de colaboração premiada, já que, conforme dito acima, o acordo por si só não é o meio de obtenção de prova, mas sim os atos de execução.

1.4.3 Técnica especial de investigação

Técnicas especiais de investigação são ferramentas que se destinam à apuração e persecução de crimes graves, por meio do emprego de estratégias distintas das tradicionais. Seu traço marcante é a aptidão para coleta de informações úteis ao processo sem o conhecimento do investigado, propiciando, assim, o fator surpresa aos órgãos estatais de persecução penal. Isso não significa dizer que não haverá contraditório. Este será apenas diferido⁹⁰.

Deste modo, as técnicas especiais de investigação possuem natureza jurídica de meios especiais ou extraordinários de obtenção de prova ou de meios de prova⁹¹. No presente trabalho, opta-se por tratar de ambas as perspectivas da colaboração premiada apenas para fins de visualização da relação entre as técnicas especiais de investigação e os meios de obtenção de prova: não são conceitos justapostos, já que, embora toda técnica especial de investigação seja meio de obtenção de prova, nem todo meio de obtenção de prova é técnica especial de investigação. A colaboração premiada é técnica especial de investigação e, como consequência, meio de obtenção de prova.

Como exemplos dessas técnicas, podemos citar a interceptação telefônica, a ação controlada; infiltração de agentes; interceptação ambiental e a colaboração premiada⁹².

As técnicas especiais da investigação devem ser utilizadas apenas para a persecução penal de crimes graves⁹³ e devem ser aplicadas quando os métodos tradicionais de investigação sejam insuficientes⁹⁴. Como já exposto, o bloqueio investigativo provocado pela

⁸⁹. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. p. 23-27.

⁹⁰ ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 505.

⁹¹ Ibidem, p. 507.

⁹¹ Idem, p. 519.

⁹² Idem, p. 519.

⁹³ Idem, p. 510.

⁹⁴ Idem, p. 512.

atividade de organizações criminosas acaba por torna-las imunes aos métodos investigativos tradicionais.

Deste conceito brevemente exposto, é possível enquadrar a colaboração premiada como técnica especial de investigação⁹⁵. Ademais, o instituto da colaboração premiada não deve ser utilizado para todo e qualquer crime, mas apenas para aquelas que causam bloqueio investigativo, a revelar que se trata de verdadeira técnica especial de investigação⁹⁶.

⁹⁵ No sentido do enquadramento da colaboração premiada como técnica especial de investigação. Cf. FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 86. No mesmo sentido: ARAS, Vladimir. A técnica da colaboração premiada. In: **Blog do Vlad**, 07 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

⁹⁶ Neste sentido: PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada**: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 83-85. MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: a revista eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, p. 1-38, 2013. p.7.

2 DIREITO AO SILÊNCIO

2.1 Introdução

A Constituição Federal (CF) de 1988⁹⁷ conferiu ao preso o direito de permanecer em silêncio e de ser informado deste direito. O alcance do sentido do referido preceito constitucional é mais amplo do que o texto do artigo 5º, LXIII, faz parecer. É preciso analisar quais outras disposições constitucionais dizem respeito ao direito ao silêncio para que seu alcance seja corretamente compreendido.

O direito ao silêncio é uma das manifestações do direito à não autoincriminação (em latim, *nemo tenetur se detegere*, traduzido como “ninguém é obrigado a se descobrir”), segundo o qual ninguém é obrigado a se auto incriminar⁹⁸. Este direito, por sua vez, está previsto no ordenamento jurídico brasileiro em nível constitucional, considerando a sua previsão em tratados internacionais de direitos humanos dos quais é parte o Brasil, que possuem status constitucional (artigo 5º, § 2º, da CF de 1988⁹⁹). O Pacto de Direitos Civis e Políticos, internalizado por meio do Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992¹⁰⁰, assegura a toda pessoa acusada de um delito o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma (art. 14.3, “g”). Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992¹⁰¹, no art. 8º, II, “g”, assegura a toda pessoa durante o processo o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Daí, a estatura constitucional do direito à não autoincriminação¹⁰².

Além disso, a própria interpretação do artigo 5º, LXIII, da CF de 1988¹⁰³, conduz à conclusão de que o texto deste dispositivo disse menos do que o legislador constituinte pretendeu. Embora a interpretação literal do dispositivo constitucional possa sugerir que o direito à não autoincriminação diz respeito apenas às posições verbais do acusado, a análise

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

⁹⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 190.

⁹⁹ BRASIL, op. cit.

¹⁰⁰ Ibidem. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

¹⁰¹ Idem. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

¹⁰² QUEIJO, op. cit., p. 64.

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

da evolução do tratamento do acusado no processo criminal leva à conclusão de que estão abarcadas pelo direito à não autoincriminação toda e qualquer contribuição do imputado para sua condenação, uma vez que sua finalidade sempre foi propiciar um equilíbrio de poder no âmbito do processo¹⁰⁴.

O equilíbrio entre acusação e acusado requer um aumento da participação do acusado no processo, visando à realização da igualdade no âmbito processual e tem relação direta com o desenvolvimento do sistema acusatório. Neste modelo, o acusado deixa de ser tratado como mero objeto e passa a ser sujeito de direitos, capaz de influir no julgamento da causa¹⁰⁵. Assegura-se, assim, o equilíbrio dos poderes comunicativos dos sujeitos processuais¹⁰⁶.

O equilíbrio entre acusação e acusado está diretamente relacionado ao direito à ampla defesa e ao direito à presunção de inocência. O primeiro guarda relação direta com a dimensão positiva da participação do acusado no processo, a qual garante a possibilidade de fornecer elementos para influenciar no convencimento do julgador. O segundo relaciona-se à dimensão negativa da participação do acusado, que lhe assegura a possibilidade de permanecer passivo, não inserindo no processo qualquer elemento que possa incriminá-lo¹⁰⁷.

O direito à ampla defesa, assegurado pela CF de 1988¹⁰⁸ aos acusados em geral, abrange a defesa técnica, executada por advogado, indispensável para assegurar a paridade de armas no processo penal e a autodefesa, exercida pelo próprio acusado.¹⁰⁹ Na verdade, a separação entre as duas categorias não é estanque, uma vez que o acusado depende da instrução técnica do advogado (defesa técnica) para tomar a decisão a respeito da autodefesa, esclarecido de sua situação processual¹¹⁰ e das consequências da incriminação¹¹¹. O exercício do direito à não auto incriminação está inserido na autodefesa¹¹².

O direito à presunção de inocência, por sua vez, atribui à acusação o ônus da prova, o que impede que o silêncio ou a postura passiva do investigado sejam valorados em seu desfavor¹¹³.

¹⁰⁴ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 108-111.

¹⁰⁶ Idem, p. 117.

¹⁰⁷ Idem, p. 115-116.

¹⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁰⁹ TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 185-186.

¹¹⁰ TROIS NETO, op. cit., p. 116.

¹¹¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Mauricio Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 2, n. 6, abr./jun. 1994. p. 138.

¹¹² TUCCI, op. cit., p. 185-186. No mesmo sentido, MOURA; MORAES, op. cit., p. 137.

¹¹³ MOURA; MORAES, op. cit., p. 138.

2.2 Direito à não autoincriminação e sua relação com outros direitos fundamentais

O direito à não autoincriminação possui estreita relação com outros direitos fundamentais, dos quais destacam-se: (i) dignidade da pessoa humana; (ii) a liberdade de autodeterminação; (iii) devido processo legal.

A dignidade da pessoa humana expressa, no plano filosófico, valores morais que singularizam toda pessoa e, no plano jurídico, a existência de posições titularizadas pelos indivíduos, oponíveis ao Estado. Como desdobramentos deste direito fundamental, observa-se: (i) valor intrínseco da pessoa humana, significando que o ser humano ostenta uma posição especial que o diferencia dos animais e das coisas, o que impede atuações utilitaristas e autoritárias em desfavor do indivíduo, ao mesmo tempo em que se resguarda sua integridade física e moral; (ii) a autonomia da vontade, que se reflete no direito à autodeterminação, sem interferências externas; (iii) valor comunitário, ao se relacionar aos valores compartilhados pela comunidade, tendo como consequência a fixação do limite da liberdade individual¹¹⁴. Para o presente trabalho, importam os desdobramentos da dignidade da pessoa humana descritos nos itens (i) e (ii). Como reflexo do valor intrínseco de cada pessoa, o direito à não autoincriminação assegura que o indivíduo que sofre a persecução penal seja tratado como sujeito, e não como mero objeto do processo, de tal modo que a ele é assegurado o direito de não contribuir para a própria condenação, preservando-se a sua liberdade moral¹¹⁵, ao mesmo tempo em que lhe é garantida uma proteção contra a intervenção estatal desproporcional¹¹⁶.

O direito à não autoincriminação também está relacionado à autodeterminação, um dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o acusado deve escolher livremente seu comportamento processual, independente de interferências externas¹¹⁷. Deste modo, como titular do referido direito, o indivíduo decide se colabora ou não com a acusação¹¹⁸. Isso não significa dizer, no entanto, que o acusado deva anuir com toda e qualquer prova que possa ser produzida em seu desfavor. Existem determinados meios de

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado. dez. 2010. p. 21-25.

¹¹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 73.

¹¹⁶ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-108.

¹¹⁷ QUEIJO, op. cit., p. 189.

¹¹⁸ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação.** Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 249-250.

obtenção de prova que estão autorizadas pela CF de 1988¹¹⁹, e que prescindem da anuência do investigado, a exemplo da interceptação telefônica. O que importa, no entanto, é que o acusado não seja obrigado a participar ativamente da produção de provas em seu desfavor¹²⁰.

O *nemo tenetur se detegere* guarda relação, ainda, com o direito ao devido do processo legal. Este princípio possui especial importância como meio de legitimação da atividade jurisdicional, que deve buscar, a um só tempo, a resolução dos litígios garantindo e a observância das garantias das partes. Pode-se afirmar que o referido princípio é composto por um quadro de garantias¹²¹ que asseguram o correto e legítimo exercício da jurisdição. No processo penal, o direito de não colaborar com a própria condenação está contido entre essas garantias e se relaciona a uma visão ética do processo penal¹²². Neste ponto, de se destacar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos reconhece o direito à não autoincriminação como decorrente da cláusula do *fair trial* (artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos), que pode ser traduzido como o procedimento correto, ou devido processo legal, assegurando, assim, a observância do *nemo tenetur se detegere* ainda que não previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos¹²³.

2.3 Conceito e abrangência do direito à não autoincriminação

O *nemo tenetur se detegere* atribui ao seu titular o direito de não colaborar com a acusação em prejuízo do seu estado natural de inocência¹²⁴. Assim, assegura-se ao indivíduo o direito de não ser obrigado a praticar uma conduta ativa que possa contribuir para a sua incriminação¹²⁵. Não pode o titular desse direito, contra a sua vontade, se submeter a teste do bafômetro, exame de DNA ou grafotécnico ou reconstituição do crime. Ademais, não pode o indivíduo responder pelo crime de desobediência por não cumprir ordem judicial que o

¹¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹²⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 256-258.

¹²¹ Dentro desse quadro de garantias, podem ser incluídos o direito à presunção de inocência e o direito à ampla defesa, tratados no item 2.1.

¹²² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 70-73.

¹²³ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 93.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 123.

¹²⁵ *Idem*, p. 126.

obrigue a fornecer seu padrão grafotécnico para perícia, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *Habeas Corpus* (HC) 77.135, Relator: Min. Ilmar Galvão¹²⁶.

Ressalte-se que nada impede, por exemplo, que o DNA do indivíduo ou seu padrão grafotécnico sejam obtidos sem a sua colaboração, como poderia ocorrer, respectivamente, nos casos de amostras de cabelo serem recolhidas no barbeiro ou de sua assinatura ser obtida em algum documento por ele firmado. Situação interessante ocorreu no caso conhecido como “caso Pedrinho”, em que uma mulher era acusada de ter subtraído uma criança da maternidade e se negou a fornecer material genético aos investigadores, os quais esperaram uma oportunidade para recolher sua amostra de DNA de uma ponta de cigarro descartada por ela e confirmaram, assim, que ela não era a mãe da criança¹²⁷. Da mesma forma, se o indivíduo é reconhecido pela vítima ou por uma testemunha em audiência, não há vulneração ao referido direito fundamental, uma vez que não há qualquer exigência para que o indivíduo pratique uma ação contra a sua vontade¹²⁸.

Embora o direito à não autoincriminação tenha inúmeros desdobramentos no que se refere aos tipos de comportamento do seu titular que estão nele abrangidos, os fins aos quais se presta este trabalho impõem uma delimitação do tema. Assim, serão analisadas mais detalhadamente apenas as manifestações verbais¹²⁹ do seu titular, em especial, o direito ao silêncio e a inexistência do dever de dizer a verdade¹³⁰.

As manifestações verbais do titular do direito à não autoincriminação estão relacionadas à liberdade de declaração, a qual possui três importantes desdobramentos: (i) a impossibilidade de o titular do direito ser forçado a se declarar culpado; (ii) a proibição de submissão de seu titular a juramento e (iii) o direito de permanecer calado, ou direito ao silêncio, denominação utilizada no decorrer deste trabalho¹³¹.

¹²⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal**: teoria (constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 730-735.

¹²⁷ Ibidem, p. 734-736.

¹²⁸ Idem, p. 740.

¹²⁹ Expressão utilizada por Carlos Henrique Borlindo Haddad, para quem direito à não autoincriminação, ou “princípio contra a autoincriminação” como o denomina o autor, possui manifestações verbais e manifestações não verbais. Cf. HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 58-59.

¹³⁰ Maria Elizabeth Queijo inclui o direito ao silêncio e a inexistência do dever de dizer a verdade como desdobramentos do direito à não autoincriminação. Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 190, 229.

¹³¹ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 58.

2.4 Definição do direito ao silêncio

O direito ao silêncio é o direito de calar, de não responder às perguntas formuladas pela autoridade que possam resultar em autoincriminação¹³². Só pode ser superado por estímulos penais, jamais pela força, intimidação ou coerção. Como acusado tem o direito de permanecer em silêncio, o Estado não pode coagá-lo ou tortura-lo para que confesse a prática do crime¹³³.

No plano material, o direito ao silêncio se insere no direito à intimidade que, por sua vez, constitui um dos direitos da personalidade. O direito à intimidade diz respeito à possibilidade de o indivíduo se manter recolhido em sua esfera íntima e subtrair seus atos à publicidade. No plano processual, está intimamente ligado ao direito ao devido processo legal, ao direito à ampla defesa e ao direito à presunção de inocência, estes últimos já mencionados¹³⁴.

O exercício do direito ao silêncio não pode ser interpretado em desfavor daquele que o exerce, porque não constitui prova¹³⁵. Na verdade, não faz qualquer sentido que o exercício de um direito, constitucionalmente garantido, possa gerar prejuízos ao seu titular¹³⁶.

O direito ao silêncio constitui uma limitação legítima à reconstrução histórica dos fatos. O processo não pode buscar a verdade absoluta, mas, tão-somente, a verdade possível e esta é limitada por direitos fundamentais do acusado, dentre os quais, o direito ao silêncio¹³⁷.

2.5 Titulares do direito ao silêncio

O direito ao silêncio se estende não só aos investigados ou ao preso, mas a toda e qualquer pessoa que possa se autoincriminar. Isso porque o direito ao silêncio é decorrência do

¹³² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 190.

¹³³ ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Orgs.) **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 249.

¹³⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Mauricio Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 2, n. 6, abr./jun. 1994. p. 136-137. Vale ressaltar que os autores interpretam o direito ao silêncio de maneira ampla, como sendo “uma garantia constitucional de que ninguém é obrigado a depor contra si, a produzir provas ou a praticar atos lesivos à sua defesa”. Cf. *Ibidem*, p. 138. No entanto, apesar de não diferenciarem o direito ao silêncio do direito à não autoincriminação, mais amplo, suas lições são plenamente aplicáveis ao presente estudo, na medida em que as disposições referentes à natureza do direito à não autoincriminação são aplicáveis ao direito ao silêncio, que é parte dele.

¹³⁵ *Idem*, p. 139-140.

¹³⁶ QUEIJO, *op. cit.*, p. 219.

¹³⁷ MOURA; MORAES, *op. cit.*, p. 140-141.

direito à não autoincriminação, previsto no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, Tratados de Direitos Humanos, cujos dispositivos não fazem qualquer distinção entre acusado preso e acusado solto. Em geral, as legislações tratam de maneira mais detalhada e expressa o direito do preso, uma vez que este é a pessoa mais vulnerável. No entanto, o direito é titularizado também por todos os acusados, inclusive por aqueles que, embora não formalmente investigados, venham a ser submetidos a interrogatórios policiais¹³⁸.

Ademais, as disposições constitucionais que atribuem direitos ao preso são aplicáveis, naquilo que forem compatíveis, ao investigado e ao indiciado, uma vez que todos se encontram na mesma posição perante o Estado, o que exige um tratamento paritário. Se restritos apenas ao preso, haveria violação ao princípio da isonomia¹³⁹.

Assim, qualquer interrogatório que seja realizado com pessoa acusada de ter cometido um delito, seja em sede policial ou judicial, atrai a incidência do direito ao silêncio¹⁴⁰.

As testemunhas também são titulares deste direito, em relação às perguntas cujas respostas possam ter conteúdo auto incriminatório. Essa é uma diferença em relação aos acusados, que o possuem em relação a todas as perguntas formuladas. Na verdade, a extensão deste direito à testemunha é fundamental para evitar fraudes, pois, do contrário, bastaria que a autoridade responsável pela apuração de um crime convocasse o suspeito na condição formal de testemunha e lhe fizesse perguntas sobre o crime, as quais deveriam ser respondidas com a verdade¹⁴¹.

Com relação às testemunhas, algumas pessoas tem não o direito, mas o dever de silêncio com relação a determinados fatos, em especial, àqueles relacionados ao exercício da profissão (artigo 207 do Código de Processo Penal – CPP¹⁴²)¹⁴³. Há, ainda, aquelas que têm o direito de não prestarem depoimento ou de prestá-lo, sem assumir o compromisso legal de dizer a verdade, nos termos do artigo 206 do CPP¹⁴⁴ ¹⁴⁵. No entanto, o direito ao silêncio

¹³⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2003. p. 198-199.

¹³⁹ TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 347.

¹⁴⁰ QUEIJO, op. cit., p. 194.

¹⁴¹ Ibidem, p. 197-198.

¹⁴² BRASIL. **Decreto-Lei, n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁴³ COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 237-239.

¹⁴⁴ BRASIL. **Decreto-Lei, n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁴⁵ COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 234-237.

tratado neste trabalho diz respeito aos questionamentos feitos a testemunha de cuja resposta se possa extrair conteúdo incriminatório. É dizer: interessa ao presente trabalho apenas o silêncio da testemunha sobre fato próprio. Os casos referentes ao dever de silêncio e à proibição de depor ou à possibilidade de depor sem prestar compromisso- silêncio da testemunha sobre fato de terceiro- não serão detalhados, pois fogem ao objetivo deste trabalho.

Vale ressaltar, ainda, que o condenado, no curso da execução penal, é titular deste direito, sobretudo na apuração de faltas graves¹⁴⁶.

No presente trabalho, utilizar-se-á o termo “acusado” para se referir ao titular do direito ao silêncio, não obstante este direito não seja titularizado apenas por aquele que é formalmente acusado, como visto acima. Com o termo “acusado”, procuramos designar aquele indivíduo que pode, com suas declarações, se autoincriminar, independentemente de ser ele indiciado, acusado ou testemunha.

2.6 Direito ao silêncio como direito fundamental

Os direitos fundamentais são direitos titularizados pelos indivíduos pelo simples fato de ostentarem a condição de seres humanos, que se encontram positivados nas Constituições¹⁴⁷. Garantem a autonomia dos seus titulares diante dos demais membros da comunidade e do próprio Estado, constituindo verdadeiras limitações ao poder estatal¹⁴⁸.

O direito à não autoincriminação é direito fundamental e se caracteriza como liberdade do indivíduo oponível ao Estado, visando a proteger o indivíduo do cometimento de excessos durante a persecução penal¹⁴⁹. Como parte integrante deste direito, o direito ao silêncio também é direito fundamental.

Outro argumento que sustenta a jusfundamentalidade do direito à não autoincriminação é a sua previsão em Tratados Internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, os quais, diante da previsão do artigo 5^a, § 2^o, da CF de 1988¹⁵⁰, possuem hierarquia constitucional e os direitos neles elencados são direitos fundamentais¹⁵¹.

¹⁴⁶ COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 256-257.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 35-36.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 191.

¹⁴⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 198-199.

¹⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1^o nov. 2017.

¹⁵¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65.

Na verdade, a caracterização do direito ao silêncio como direito fundamental prescinde de maior esforço argumentativo, na medida em que está previsto no artigo 5º da Carta Magna¹⁵², artigo destinado aos direitos e garantias individuais.

2.7 Direito ao silêncio no interrogatório judicial do acusado

Como dito acima, o direito ao silêncio é titularizado pelo acusado em todo e qualquer interrogatório, seja no âmbito judicial ou policial, ou em depoimentos prestados em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares. Enfim, sempre que houver risco de autoincriminação, incide o direito ao silêncio¹⁵³.

Quanto ao interrogatório judicial do acusado, cabem algumas observações, sobretudo no que diz respeito à disciplina trazida pelo art. 186 do CPP. O interrogatório judicial do acusado é constituído de duas etapas: uma de identificação e qualificação do réu e outro de mérito. O direito à não autoincriminação não incide na primeira etapa do interrogatório, devendo, neste momento, o réu responder às perguntas e com a verdade. No entanto, apenas no que diz respeito aos dados de identificação, e não quanto àqueles referentes a antecedentes ou condenações criminais pretéritas¹⁵⁴.

No interrogatório de mérito, o réu tem direito de silenciar sobre as perguntas referentes aos fatos praticados por ele. Mas, em relação aos fatos praticados por terceiro, alguns autores argumentam ser inexistente tal direito, uma vez que ele recai apenas sobre fatos próprios. Deste modo, nas perguntas referentes a fatos praticados por terceiro, o réu deveria assumir posição semelhante a de uma testemunha, tendo o dever de dizer a verdade¹⁵⁵. No entanto, por vezes não é possível dissociar a conduta do terceiro da conduta do acusado, de tal forma que, ao ser obrigado a dizer a verdade quanto à conduta de um terceiro, o acusado acaba por se autoincriminar, esvaziando a essência do direito à não autoincriminação¹⁵⁶.

¹⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017

¹⁵³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 194-196.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 202. Trois Neto também concorda com a ressalva feita acima, uma vez que entende que nem tudo da qualificação estaria fora deste âmbito de proteção, já que a resposta a determinadas perguntas pode influenciar diretamente na aplicação da pena e, em relação a estas, o indivíduo não pode ser compelido a dizer a verdade que lhe seria prejudicial. Cf. TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 128.

¹⁵⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 203.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 203-204.

2.8 Inexistência do dever de dizer a verdade: direito à mentira?

Maria Elizabeth Queijo entende que a inexistência do dever de dizer a verdade é um dos desdobramentos do *nemo tenetur se detegere* e possui duas implicações, a saber: (i) a impossibilidade de o acusado ser submetido à juramento prestando o compromisso de dizer a verdade e (ii) a impossibilidade de aplicações de sanções à mentira do acusado¹⁵⁷.

2.8.1 Do juramento do acusado

No processo penal, a testemunha tem, no que se refere a fatos de terceiro, fora das exceções legais, o dever de dizer a verdade, uma vez que suas declarações são meio de prova. Prestando o compromisso de fazê-lo, está sujeita ao crime de falso testemunho, caso minta¹⁵⁸. Por sua vez, o acusado tem o direito de não se autoincriminar. Diante disso, examina-se a possibilidade de ele prestar compromisso de dizer a verdade.

Embora o juramento possa ser um mecanismo que aumente a credibilidade das declarações do acusado, acaba por submetê-lo a um cruel dilema: ou o acusado mente e comete perjúrio ou o acusado diz a verdade e se autoincrimina¹⁵⁹.

Poder-se-ia argumentar que a submissão do acusado a juramento aumentaria a sua margem de opções para exercer a autodefesa, ampliando, assim, a sua liberdade de atuação, uma vez que ele poderia (i) não se submeter a juramento, podendo (a) permanecer em silêncio ou (b) mentir ou (ii) submeter-se a juramento e prestar o compromisso de dizer a verdade. Ocorre que a mera possibilidade de o acusado se submeter a juramento poderia ampliar a carga de suspeição sobre aqueles que dele não se utilizassem¹⁶⁰. Na verdade, o juramento do acusado é inútil, uma vez que as suas declarações, isto é, declarações de um interessado na causa, jamais receberão o mesmo valor daquelas prestadas por uma testemunha, que é um terceiro desinteressado¹⁶¹.

Embora dizer a verdade possa até ser um dever moral do acusado, não há qualquer medida para lhe atribuir coercibilidade no plano jurídico¹⁶².

¹⁵⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 230.

¹⁵⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, SP: Millenium, 1999. p. 409-410.

¹⁵⁹ QUEIJO, op. cit., p. 230-231.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 232.

¹⁶¹ Ibidem, p. 232.

¹⁶² Idem, p. 233.

2.8.2 Da mentira do acusado

Considerando que o acusado não pode ser obrigado a se comprometer a dizer a verdade e que ele tem o direito de não se autoincriminar, alguns autores argumentam que ele possui o direito à mentira. Outros dizem, que, embora não seja direito do acusado, a mentira não pode trazer-lhe consequências negativas. Por fim, há aqueles que dizem que é possível sancionar a mentira por meio do aumento da pena. Analisemos as três hipóteses.

Argumenta-se que a mentira é direito do agente, seja porque relacionada ao direito à ampla defesa e à não autoincriminação, seja porque não há punição legalmente prevista para ela¹⁶³. Como suporte argumentativo, diz-se que da mentira não podem resultar prejuízos ao acusado, de modo que não pode ser utilizada para aumento da pena ou como indício de culpabilidade¹⁶⁴.

Existem razões pelas quais não se pode atribuir um direito à mentira ao acusado. Vejamos.

O fato de não poder ser sancionada não significa dizer que a mentira é um direito do agente. Existe uma grande disparidade entre (i) admitir que o acusado possa, no exercício do direito à defesa, apresentar os fatos de forma não verdadeira e (ii) consagrar o direito à mentira¹⁶⁵. Embora moralmente reprovável, a mentira é tolerada pelo ordenamento jurídico, em respeito ao princípio da autodeterminação do acusado, o qual só poderia ser restringido nas hipóteses legais. Na verdade, a ausência de criminalização da mentira representa uma opção de política criminal¹⁶⁶.

O princípio *nemo tenetur se detegere* destina-se à proteção do acusado, mas não para tutelar a prática de atividades criminosas ou que provoquem danos a terceiros. Assegura ao acusado o direito de não contribuir para a reconstrução histórica dos fatos, mas não tolera condutas ativas para obstar o esclarecimento da verdade e não permite a indução em erro das autoridades policiais e judiciárias, sob pena de ser considerado um salvo conduto para delinquir. Se a mentira fosse direito, ele poderia colocar obstáculos à descoberta da verdade, o que não corresponde ao direito à não autoincriminação. Ademais, reconhecer o direito à mentira como inerente ao direito de defesa implicaria no reconhecimento da possibilidade de

¹⁶³ COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 173.

¹⁶⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235.

¹⁶⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 178.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 178.

o acusado matar as testemunhas de acusação e destruir provas, por exemplo. Por outro, obriga-lo a dizer a verdade, por meio da cominação de sanção para a narrativa mentirosa, seria ir de encontro aos mais elementares instintos. O ordenamento jurídico, então, encontrou um meio termo: não considera mentir um direito, mas também não vedou seu emprego. Assim, na esfera processual, não há repercussão negativa para a mentira¹⁶⁷.

Além disso, as declarações inverídicas prestadas pelo acusado podem constituir elementos de crime, tal como ocorre nos delitos de autoacusação falsa, calúnia e denúncia caluniosa, de modo que não é possível dizer que a mentira é um direito, pois, se direito fosse, não haveria cominação de sanção para aquele que o exerce e os crimes que tem a mentira como elemento seriam inconstitucionais¹⁶⁸.

Analisemos, agora, os argumentos daqueles que defendem a possibilidade de utilizar a mentira como elemento para aumentar a pena do acusado.

O primeiro argumento é que a CF de 1988¹⁶⁹ e as leis processuais tutelam o direito à verdade.

No artigo 5º, V, da Carta Magna¹⁷⁰, tem-se, quanto ao ato ilícito comunicativo, o direito de resposta como forma de tutelar a verdade e o direito de pleitear indenização, proporcional ao agravo, que se traduz no sancionamento da mentira. A garantia constitucional do habeas data é também uma forma de tutelar a verdade, por meio do conhecimento de informações e da retificação de dados incorretos¹⁷¹.

No Processo Penal, é reprovável um pronunciamento condenatório ou absolutório baseado em mentiras. Deste modo, testemunhas de acusação ou de defesa que prestem declarações falsas, bem como partes acusadoras que promovam a introdução de documentos falsos no processo, devem ser sancionadas¹⁷².

A verdade é um valor buscado pelo processo como um todo, conforme revelado por diversos dispositivos. O artigo 378 do Código de Processo Civil (CPC)¹⁷³ estabelece, *in verbis*: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o

¹⁶⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005.p. 180-182.

¹⁶⁸ Idem, p. 185.

¹⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 251.

¹⁷² Ibidem, p. 251.

¹⁷³ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

descobrimto da verdade”. O artigo 319, VI, do CPC de 2015 preconiza que a petição inicial deve indicar “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”. O artigo 203 do CPP¹⁷⁴ estabelece que “a testemunha deve explicar sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”, e o artigo 217 do CPP¹⁷⁵ permite que ela possa depor sem a presença do réu, quando este puder causar-lhe humilhação, temor ou constrangimento, a fim de assegurar a veracidade do depoimento. O artigo 621, III, do CPP¹⁷⁶ permite a revisão criminal quando a sentença condenatória transitada em julgado tiver sido proferida com base em prova comprovadamente falsa. Por fim, o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) estabelece no seu artigo 6º que é defeso ao advogado expor os fatos “falseando deliberadamente a verdade”¹⁷⁷.

Outro argumento está relacionado às consequências danosas da mentira, que não acontecem quando o acusado faz uso do direito ao silêncio.

Nesta linha, argumenta-se que a mentira atrapalha a descoberta da verdade, uma vez que desvia esforços do Estado, ao passo que o silêncio em nada prejudica a atividade probatória, já que não cabe ao acusado provar a sua inocência, mas sim à acusação comprovar a sua culpa¹⁷⁸. Ademais, a mentira intencional é uma maneira de iludir a justiça, sendo uma manifestação da má-fé e deslealdade. Não é uma conduta necessária, pois o direito ao silêncio já assegura ao réu a possibilidade de não colaborar¹⁷⁹.

Outra consequência da mentira seria a de levar a uma absolvição equivocada, baseada em provas falsas, o que conduz ao descrédito do Poder Judiciário, em razão de a sentença absolutória transitada em julgado não possibilitar qualquer forma de revisão¹⁸⁰.

Argumenta-se, ainda, que não faz qualquer sentido que o Direito Penal brasileiro sanciona o crime de identidade falsa e de fraude processual praticados pelo réu, que são

¹⁷⁴ BRASIL. **Decreto-Lei, n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPodvm, 2010. p.251-253. De se ressaltar que, nessa obra, Vladimir Aras cita o dispositivo do art.282,VI, do CPC/73, cujo teor foi repetido no art. 319,VI, do CPC/2015. Por esta razão, optou-se por utilizar o artigo do diploma processual em vigor.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 264-265.

¹⁷⁹ ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 267-268.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 270-271.

“mentiras documentais”, mas não estabeleça qualquer sanção para a “mentira verbal” do acusado¹⁸¹.

Por fim, colhe-se o argumento de que é justamente por não ser crime que a mentira pode funcionar como elemento que aumente a pena do réu, porque se crime fosse, não poderia ser utilizada recrudescer a sanção penal daquele indivíduo que mentiu, porque haveria *bis in idem*¹⁸².

Diante desses argumentos, sustenta-se que a mentira poderia revelar a personalidade do réu e ser utilizada como circunstância judicial desfavorável¹⁸³. Isso porque a pena pode ser agravada por comportamentos interiores ou posteriores ao delito, nos termos do artigo 59 do CP¹⁸⁴, que inclui entre as circunstâncias judiciais a personalidade, a conduta social e os antecedentes. A mentira do réu durante a persecução penal é um ato posterior ao fato criminoso e, por revelar sua personalidade, pode agravar a pena¹⁸⁵.

Embora se considere respeitáveis as três visões acima expostas, adere-se ao ponto de vista de que a mentira do acusado não pode ser considerada um direito, mas apenas um comportamento tolerado pela ordem jurídica em razão do princípio à não autoincriminação titularizado pelo acusado. Deste modo, nenhuma consequência negativa pode ser atribuída à mentira, verbal ou documental, salvo nos casos em que ela atinja algum bem jurídico protegido pela legislação penal, como ocorre com os crimes de autoacusação falsa, denúncia caluniosa, calúnia, uso de documento falso e falsa identidade.

2.9 Conclusões parciais sobre o direito à não autoincriminação

De todo o exposto, podem ser extraídas duas conclusões principais acerca do direito ao silêncio, decorrência do direito à não autoincriminação.

Primeira: o direito à não autoincriminação não significa que o acusado deva manifestar sua concordância para a produção de toda e qualquer prova em seu desfavor. Isso porque o

¹⁸¹ ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: JusPodvm, 2010. p. 273.

¹⁸² COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 175.

¹⁸³ Vale a ressalva de que, na visão de Vladimir Aras, apenas a mentira juridicamente relevante pode ser sancionada pelo julgador, de modo que a mera negativa da prática de crime, sem o fornecimento de informações inverídicas, não pode prejudicá-lo. Cf. ARAS, op. cit., p. 275.

¹⁸⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

¹⁸⁵ COSTA, op. cit., p. 176-177.

referido direito fundamental lhe assegura, em suma, um não fazer, materializado no não-colaborar na produção de provas que necessitem de sua participação para serem produzidas e que possam prejudica-lo. Em decorrência disso, são plenamente válidas as provas obtidas a partir de procedimentos dos quais o acusado só tomará conhecimento após a produção probatória, a exemplo das interceptações telefônicas e das gravações ambientais.

Segunda: o direito à não autoincriminação confere ao seu titular o direito de mentir, uma vez que, se assim fosse, seriam inconstitucionais os crimes de autoacusação falsa, denúncia caluniosa e calúnia, quando praticados por acusados. No entanto, a mentira daquele que sofre a persecução penal é tolerada pelo ordenamento jurídico, que não criminaliza esta conduta praticada isoladamente e não permite a fixação de sanções para as declarações falsas do acusado, salvo nos casos em que a mentira induza em erro o aparato repressivo estatal ou atinja a honra de terceiros. Isso não significa dizer que o direito à ampla defesa assegura ao acusado toda e qualquer postura ativa para inibir a produção de provas. Tal interpretação é absurda. O que se pretende dizer é que a mentira nas declarações do acusado que não cause lesão a bens jurídicos de terceiros, justamente por não gerar repercussões fora da sua esfera jurídica, não pode ser sancionada.

3 RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO NA COLABORAÇÃO PREMIADA

3.1 Renúncia a direito fundamental

Ao renunciar a um direito fundamental, o seu titular consente em enfraquecer, em face do Estado, uma posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental¹⁸⁶. Do ato de renúncia, resulta um enfraquecimento da proteção do indivíduo frente ao Estado ou, visto por outro ângulo, um aumento da margem de atuação do Poder Público em relação à esfera de direitos fundamentais de um indivíduo¹⁸⁷.

Existe discussão doutrinária acerca da possibilidade de o titular de um direito fundamental ter poder de disposição sobre ele. Jorge Reis Novais sintetiza os principais argumentos contrários a esta possibilidade: (i) os direitos são historicamente inalienáveis¹⁸⁸; (ii) os direitos fundamentais desempenham papel institucional ou social¹⁸⁹; (iii) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impede a renúncia¹⁹⁰; (iv) os direitos fundamentais representam normas de competência negativa, o que significa dizer que, por força deles, o Estado é obrigado a se abster de intervir nas zonas protegidas pelo direito fundamental, de modo que, ao renunciar ao direito fundamental, o particular permite que o Estado interfira em zona anteriormente proibida e sem lei autorizadora de tal interferência, alterando a distribuição de competências¹⁹¹.

Como resposta, o professor português articula alguns fundamentos. Quanto ao primeiro argumento, a ideia de inalienabilidade dos direitos fundamentais presente nas Declarações de Direitos clássicas estava ligada à uma concepção contratualista do Estado, proveniente do Iluminismo, que atribuía aos direitos fundamentais a característica de serem inatos, pré e supra-estatais. A intenção deste tipo de pensamento foi mantida na Modernidade, na qual o Estado não pode dispor dos direitos fundamentais dos indivíduos a seu bel-prazer. Este é o sentido de inalienabilidade. Assim, a ideia não significa que o particular seja impedido de dispor de seu direito¹⁹².

No que se refere ao segundo argumento, é bem verdade que há direitos atribuídos aos indivíduos, mas cujo exercício desempenha um inequívoco papel social, como, por exemplo,

¹⁸⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 267.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 271.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 292.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 293.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 294-295.

¹⁹¹ *Idem*, p. 297-298.

¹⁹² *Idem*, p. 292.

o direito ao voto secreto, que possui relevante função no processo democrático e, caso renunciado, traria problemas para a democracia como um todo. No entanto, não é possível dizer que todos os direitos fundamentais ostentem esta característica impeditiva da renúncia. Tal característica é típica dos direitos políticos, e não dos direitos de caráter pessoal¹⁹³. Não se olvida, no entanto, que o poder de disposição do direito fundamental é menor quando há um relevante interesse público por trás de sua institucionalização; quando há uma possibilidade de a renúncia atingir também a dimensão objetiva, tal qual aconteceria se uma empresa de televisão renunciasse a garantia da pluralidade informativa¹⁹⁴.

Quanto ao fato de a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impedir a renúncia, deve-se atentar para o fato de que esta atinge tão somente a dimensão subjetiva do direito fundamental, isto é, a esfera jurídica de seu titular, remanescendo intacta a dimensão objetiva¹⁹⁵.

Quanto à suposta alteração de competências para atuação da Administração Pública, diz o mestre português que o aumento da margem de atuação do Estado, na renúncia, é apenas pontual e, assim, não altera a distribuição de competências como um todo¹⁹⁶.

A verdade é que, em um Estado não paternalista, como deve ser o Estado de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e no livre desenvolvimento da personalidade, o exercício obrigatório de direitos é excepcional. Deste modo, o titular de um direito fundamental pode escolher “quando”, “se” e “como” exercê-los e, se pode não exercê-los, pode se vincular juridicamente a isto¹⁹⁷.

Ademais, os direitos fundamentais estabelecem posições de vantagem do indivíduo frente ao Estado, de modo que é plenamente possível que o indivíduo deixe de exercer esta posição de vantagem a fim de obter outra vantagem que considera mais relevante no caso concreto e que de outro modo não obteria¹⁹⁸.

Desses argumentos decorre que a existência de um poder de disposição do direito fundamental é inerente à sua titularidade¹⁹⁹.

No entanto, a renúncia a direitos fundamentais difere da renúncia tal como compreendida no Direito Privado: é que, neste ramo jurídico, significa extinção de um direito por força de decisão do seu titular, de modo que o direito renunciado desaparece da esfera

¹⁹³ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 294.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 323.

¹⁹⁵ Idem, p. 297.

¹⁹⁶ Idem, p. 300.

¹⁹⁷ Idem, p. 286-287.

¹⁹⁸ Idem, p. 287.

¹⁹⁹ Idem, p. 288.

jurídica deste. Os direitos fundamentais, por sua vez, não desaparecem da esfera jurídica do titular ao serem renunciados. Na verdade, o seu titular assume o compromisso de não invocar, temporariamente, a posição jurídica por tutelada pela norma de direito fundamental²⁰⁰.

É necessário distinguir a renúncia a direito fundamental de outras hipóteses que a ela se assemelham, em especial: a perda e o não exercício.

A perda de um direito fundamental prescinde de um ato de vontade de seu titular para determinar o enfraquecimento da posição jurídica. É a própria ordem jurídica que o determina quando verificados certos pressupostos²⁰¹. Exemplo de perda do direito fundamental é a hipótese contida no artigo 12, § 4º, I e II, da Constituição Federal (CF) de 1988²⁰², que estabelece os casos de perda do direito à nacionalidade brasileira²⁰³.

No não exercício, tem-se apenas a opção efetuada pelo titular do direito fundamental de não invocar a posição jurídica dele decorrente²⁰⁴. Trata-se de situação de natureza fática, não jurídica²⁰⁵. Ademais, o não-exercício não produz qualquer alteração na relação jurídica entre o titular e o Poder Público, já que não há enfraquecimento da posição jurídica ou aumento da margem de atuação estatal. Basta que o particular, que anteriormente não invocara a posição jurídica, passe a invocá-la, fazendo cessar a intervenção no seu direito fundamental. Não há qualquer compromisso do titular do direito no sentido de enfraquecer a sua posição jurídica. A renúncia também é reversível, de modo que o titular do direito pode revogar a declaração de renúncia e retomar a posição jurídica garantida pelo direito fundamental, embora possa ser responsabilizado por esta quebra de compromisso²⁰⁶. Assim, deixar de recorrer a via jurisdicional é um mero não exercício, e não uma renúncia, ao passo que se comprometer de forma vinculativa a não utilizar a via jurisdicional é uma renúncia²⁰⁷.

Renúncia, portanto, traz a ideia de compromisso de não exercer a posição jurídica garantida pelo direito fundamental, efetuado de forma voluntária pelo seu titular e por período determinado. As características da renúncia serão explicadas posteriormente.

²⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 270-271.

²⁰¹ Ibidem, p. 273-274.

²⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

²⁰³ Para maiores informações sobre o estudo da nacionalidade e sua relação com o tema da renúncia a direitos fundamentais, cf. RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Lopes Souto. **Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

²⁰⁴ NOVAIS, op. cit., p. 271.

²⁰⁵ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 39.

²⁰⁶ NOVAIS, op. cit., p. 277.

²⁰⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90.

3.1.1 Renúncia ao direito e renúncia ao exercício

No estudo da renúncia aos direitos fundamentais, é importante distinguir entre a titularidade do direito fundamental e a capacidade de exercício deste direito. Há a titularidade de direito fundamental, que significa a titularidade de uma posição jurídica garantida pelo direito, e existe a capacidade de exercê-lo, que é a capacidade, fática ou jurídica, de concretamente²⁰⁸ invocar a posição jurídica garantida pelo direito fundamental²⁰⁹.

A primeira jamais pode ser renunciada, ao passo que a segunda admite a renúncia²¹⁰. Isso porque a renúncia à titularidade do direito fundamental significa renunciar de modo irrevogável e irrestrito à capacidade de exercer os poderes decorrentes da posição jurídica tutelada pelo direito fundamental, de maneira que a reassunção da posição jurídica necessita de uma decisão heterônoma e não apenas do titular do direito fundamental. Por outro lado, a renúncia ao exercício jamais será definitiva, podendo o seu titular, justamente por não havê-la perdido, reassumir a capacidade de exercício dos poderes conferidos pela posição jurídica, por meio de simples manifestação de vontade no sentido de revogar a declaração de renúncia²¹¹. Portanto, a limitação voluntária ao exercício, em concreto, do direito fundamental deve estar sempre sujeita à cláusula de revogabilidade²¹².

Exemplo esclarecedor é trazido por Pedro Augustin Adamy sobre o direito de propriedade. Quando um particular renuncia ao exercício do direito de propriedade sobre um determinado imóvel, ele não perde a possibilidade de ser proprietário, já que o direito de propriedade permanece na sua esfera jurídica. Ele apenas se compromete a não exercer o direito quanto àquela propriedade específica²¹³.

²⁰⁸ Utiliza-se o termo “concretamente”, já que uma renúncia geral de exercício – expressão utilizadas por Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 460) – equivaleria à renúncia à própria titularidade, o que é vedado, como regra. Em sentido contrário, admitindo a renúncia ao próprio direito fundamental. Cf. RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Lopes Souto. **Renúncia à nacionalidade brasileira**: direito fundamental à apatridia voluntária. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

²⁰⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 280. No mesmo sentido, inclusive com base nas ideias do autor português. Cf. MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. **Direito Público**, Porto Alegre, a. 4, n.13, p. 121-133, jul./set. 2006. Disponível em: <http://dSPACE.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/544/Direito%20Publico%20n132006_Laura%20Schertel%20F%20Mendes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1º nov. 2017.

²¹⁰ MENDES, op. cit., p. 129.

²¹¹ NOVAIS, op. cit., p. 283.

²¹² CANOTILHO, op. cit., p. 460.

²¹³ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56.

Deste modo, parte-se da ideia de que é possível renunciar apenas ao exercício do direito fundamental, e não à sua titularidade. Logo, a partir deste momento, ao utilizar o termo renúncia a direito fundamental, o presente trabalho se refere à renúncia ao exercício do direito fundamental.

3.1.2 Pressupostos e requisitos para a renúncia ao direito fundamental

Uma renúncia a um direito fundamental apresenta como pressuposto a declaração de vontade manifestada de forma livre e consciente pelo titular do direito. Como requisitos da validade de uma renúncia, tem-se: (i) parcialidade; (ii) limitação temporal, sob pena de a renúncia ao direito converter-se em renúncia à titularidade; (iii) revogabilidade, que possibilita ao titular a reassunção da posição jurídica garantida pela norma de direito fundamental; (iv) obtenção de um benefício proporcional.

Nos tópicos abaixo, passa-se a fazer breves considerações sobre esses elementos caracterizadores da renúncia a direito fundamental.

3.1.2.1 Da declaração de vontade

Um dos pressupostos é a declaração de vontade do titular do direito fundamental no sentido de enfraquecer a posição jurídica por ele tutelada²¹⁴. Manifesta-se como declaração unilateral de vontade de forma inequívoca. Diz-se unilateral porque basta a vontade do titular do direito fundamental para produzir a renúncia, sendo desnecessária a conjugação de manifestação de vontade de qualquer outra pessoa. Contudo, isso não impede que seja produzida como prestação ou contraprestação em um negócio jurídico bilateral²¹⁵.

A declaração de vontade só é válida quando emitida pelo titular de maneira livre e consciente, ou seja, livre de ameaças ou coações externas, e consciente das consequências de sua decisão. O indivíduo deve possuir, na situação, alternativas reais de comportamento para poder tomar a decisão de renunciar ao direito fundamental de forma consciente. O mais

²¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 302.

²¹⁵ Idem, p. 303.

importante é que as partes estejam numa relação de poder equilibrado, para que a renúncia não seja uma ingerência heterônoma disfarçada²¹⁶.

Em se tratando de relações com o Poder Público, que deve sempre buscar atingir o interesse público com respeito aos direitos fundamentais, dificilmente se poderá imaginar uma situação em que o particular seja coagido ou constrangido a renunciar ao direito fundamental contra sua vontade²¹⁷. O fato de o cidadão se encontrar em situação de desequilíbrio com o poder público não leva, por si só, à invalidade da declaração de renúncia por falta de voluntariedade²¹⁸.

Ademais, a afirmada incompatibilidade do exercício de algum direito fundamental com o pertencimento a determinada instituição não faz a renúncia a este prescindir de declaração expressa de vontade. Por exemplo, não é porque alguém entra voluntariamente no serviço militar que está renunciando automaticamente ao exercício de todos os direitos fundamentais que forem com a instituição militar incompatíveis. Nesses casos, a renúncia não pode ser presumida, em razão da relação especial de sujeição pessoal que caracteriza esta situação do indivíduo perante o Estado²¹⁹.

3.1.2.2 Da parcialidade

Por meio da declaração de renúncia, o titular não renuncia ao direito fundamental como um todo, sob pena de aniquilá-lo da sua própria esfera jurídica²²⁰. Por exemplo: o indivíduo que renuncia ao direito à herança deixada por seu pai, com fundamento no art. 1808 do Código Civil, o faz unicamente quanto àquela herança e não quanto a todo o seu direito fundamental à herança, de modo que, se outra pessoa da qual é herdeiro vier a falecer, ele pode plenamente aceita-la²²¹.

3.1.2.3 Da limitação temporal

Um ato renunciatório eterno acabaria por aniquilar o próprio direito fundamental da esfera jurídica de seu titular, de modo que este nunca mais poderia invoca-lo perante o ente

²¹⁶ Ideia trazida por Sturm. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 304.

²¹⁷ Ibidem, p. 305.

²¹⁸ Idem, p. 305.

²¹⁹ Idem, p. 308-309.

²²⁰ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 118.

²²¹ Ibidem, p. 119-120.

em face do qual a renúncia se operou²²². Dessa forma, ele deve ser delimitado no tempo, seja por prazo certo fixado pelas partes ou na lei, seja pelo tempo necessário à consumação da relação jurídica que deu ensejo à ela²²³.

Ademais, a renúncia se insere no contexto de livre escolha do titular de um direito fundamental de buscar o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que é um dos atributos da dignidade da pessoa humana. No entanto, uma renúncia eterna acabaria por inviabilizar o próprio livre desenvolvimento futuro da personalidade, por impossibilitar ao seu titular a possibilidade de escolher as opções conferidas pela titularidade do direito fundamental conforme sua vontade²²⁴.

3.1.2.4 Da revogabilidade

A renúncia ao direito fundamental deve ser a todo momento revogável, de tal modo que o seu titular possa manifestar sua vontade no sentido de assumir as posições jurídicas decorrentes da norma de direito fundamental antes renunciadas²²⁵. Se a renúncia fosse irrevogável, o próprio direito fundamental seria aniquilado, já que o ato de renunciar é um ato de optar por não exercer um dos poderes ou uma das faculdades decorrentes do direito renunciado. Nesta linha de ideias, se o indivíduo decidir voltar a exercer esses poderes ou essas faculdades, ele deve ter plena liberdade de fazê-lo²²⁶. Ademais, o ato de revogação da renúncia não pode ficar sujeito à autorização de uma terceira parte ou do poder público, sob pena de violação à autonomia da vontade do indivíduo²²⁷.

3.1.2.5 Da obtenção de um benefício proporcional

O titular de um direito fundamental em geral renuncia a este buscando uma vantagem que, de outro modo, não obteria²²⁸. Assim, o ato de renúncia deve objetivar a consecução de

²²² ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 117.

²²³ Ibidem, p. 116.

²²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 329-330.

²²⁵ ADAMY, op. cit., p.115. NOVAIS, op. cit., p. 283.

²²⁶ ADAMY, op. cit., p. 115.

²²⁷ Ibidem, p. 115-116.

²²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 287.

uma vantagem que melhore a condição do indivíduo, sendo vedado um ato de renúncia em que apenas uma das partes seja beneficiada²²⁹.

3.1.2.6 Da (des) necessidade de lei autorizadora

Existe divergência doutrinária quanto a possibilidade de a renúncia a direitos fundamentais necessitar de lei autorizadora. A renúncia a direitos fundamentais contém uma dupla dimensão, uma de exercício do próprio direito fundamental e outra, de restrição. Como exercício, por óbvio, prescinde de lei autorizativa, pois a reserva de lei é voltada à atuação da Administração Pública, e não para a atuação do indivíduo. Como restrição, gerada pelo enfraquecimento da posição de direito fundamental, pode ou não necessitar de lei²³⁰. Isso porque o particular pode simplesmente se obrigar a não exercer o direito fundamental, sem qualquer atuação do Estado. É o caso do indivíduo que se compromete a servir a Polícia por dez anos, renunciando ao direito à livre escolha da profissão, em que não há qualquer atuação da Administração Pública. Ela, tão somente, recebe a declaração de renúncia²³¹. Em outros casos, porém, a renúncia pode resultar na atuação efetiva da Administração Pública e a atuação restritiva do Estado em direitos fundamentais precisa da lei autorizadora²³².

A discussão se refere justamente a esta última parte porque, para parte da doutrina, o consentimento do titular do direito fundamental retiraria a necessidade de lei autorizadora da interferência neste direito, já que a função garantística do princípio da legalidade visa a evitar a atuação estatal quando o indivíduo a esta se opõe. Mas, se este decide, de modo livre e consciente, permiti-la, não há mais função garantística. Por isso, a renúncia a direitos fundamentais prescindiria de lei²³³.

É bem verdade que o consentimento do titular do direito fundamental não pode ser ignorado, de forma que as exigências de reserva de previsão em lei são atenuadas nestas situações em comparação com aquelas em que não há consentimento do titular²³⁴.

Fato é que a questão da necessidade de prévia lei autorizando a renúncia é controversa. No entanto, na situação de a renúncia a direito fundamental estar legalmente prevista, deve-se considera-la válida, em razão da presunção de constitucionalidade das leis²³⁵.

²²⁹ ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 120.

²³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 314-315.

²³¹ Ibidem, p. 316-317.

²³² ADAMY, op. cit., p. 99.

²³³ Cf. noticiado por NOVAIS, op. cit., p. 313.

²³⁴ NOVAIS, op. cit., p. 319.

De todo modo, a renúncia a direito fundamental de que trata este trabalho é expressamente prevista em lei, de maneira que as discussões acerca da possibilidade de renúncia não prevista em lei não são relevantes, pelo menos aos fins do presente trabalho.

3.2 Análise do dispositivo

Fixadas as premissas básicas sobre a renúncia a direitos fundamentais, passa-se a analisar o dispositivo do artigo 4º, § 14, da Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013²³⁶, para verificar se existe alguma inconstitucionalidade na sua previsão de renúncia ao direito ao silêncio e de prestação de compromisso de dizer a verdade. Eis o teor do dispositivo: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”²³⁷.

3.2.1 “Nos depoimentos que prestar”

Como visto anteriormente, com a homologação do acordo, iniciam-se os atos de execução da colaboração, que podem consistir em diversas práticas, dentre as quais a prestação de declarações pelo colaborador, seja em juízo, seja extrajudicialmente. Com efeito, a Lei n. 12.850/2013 estabelece, no artigo 4º, § 9º, prevê expressamente esta última possibilidade²³⁸.

Deste modo, o termo “depoimento” contido no artigo 4º, § 14, da referida lei deve ser interpretado como depoimento: (i) perante a autoridade policial; (ii) perante o Membro do Ministério Público (MP) ou (iii) perante o juízo, na instrução criminal.

²³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I. p. 319-320.

²³⁶ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ Assim dispõe o §9º do art. 4º: “Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações”. Cf. Idem.

3.2.2 “Na presença de seu defensor”

No capítulo 2, abordou-se de forma tangencial o direito à ampla defesa, estabelecendo que ele abrange a autodefesa e a defesa técnica.

Além disso, a lei exige que a colaboração premiada seja voluntária. E escolha voluntária é aquela tomada de forma livre, consciente e esclarecida.

Daí, o defensor, no legítimo interesse de seu cliente, deve informa-lo acerca de sua situação processual e das opções que podem ser adotadas. Somente por meio deste esclarecimento técnico é que o colaborador pode realizar uma escolha livre²³⁹. É o defensor que demonstrará ao seu cliente, no caso, o colaborador, que a sua situação processual é desfavorável e que a melhor estratégia de defesa a ser adotada é a colaboração²⁴⁰.

Se houver coação ilegal ou indução do colaborador em erro, caracterizando, portanto, vício de vontade, o negócio jurídico será inválido²⁴¹. Neste ponto, a presença do defensor adquire especial relevância, pois, se verificar algum aspecto que possa viciar a vontade do colaborador, o defensor seguramente orientará seu cliente a não aceitar a proposta²⁴².

A presença do defensor, portanto, é elemento essencial para garantia da voluntariedade do colaborador.

3.2.3 “Renunciará ao direito ao silêncio”

Aqui, reside a grande celeuma doutrinária que deu origem ao presente trabalho. Para alguns autores, o artigo seria inconstitucional, pois o direito ao silêncio, como direito fundamental, é irrenunciável. No entanto, conforme esclarecido no início deste capítulo, é perfeitamente possível partir desta premissa – da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais – e não visualizar qualquer inconstitucionalidade no dispositivo legal. Basta considerar que a

²³⁹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 139.

²⁴⁰ AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. **Boletim IBCCrim**, v. 22, n. 265, p. 4-5, dez. 2014.

²⁴¹ MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Estreitos caminhos entre o constitucionalmente admissível e o excesso: o instituto da colaboração premiada e os princípios constitucionais postos à prova – Estudo com foco no delito de corrupção. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 382.

²⁴² PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, p. 26-27, out./nov. 2013.

renúncia em questão é ao exercício, e não à titularidade do direito. Ademais, existem outros dispositivos legais que parecem reforçar esta tese. Passa-se a expor as diversas visões doutrinárias sobre o tema.

3.2.3.1 A celeuma doutrinária

Há autores que defendem que, mesmo voluntária a colaboração, é exagerado despojar o colaborador do direito fundamental ao silêncio, na medida em que a CF de 1988²⁴³ assegura a irrenunciabilidade deste direito²⁴⁴. Ademais, o compromisso legal de dizer a verdade torna desnecessária a renúncia ao direito ao silêncio²⁴⁵. Existe, ainda, visão doutrinária mais contundente no sentido de que não é possível que o indivíduo perca o seu direito fundamental à não autoincriminação, de modo que o dispositivo legal seria flagrantemente inconstitucional²⁴⁶. Em linha um pouco menos contundente, há corrente que defende ser o dispositivo aplicável apenas para os colaboradores não denunciados, pois o réu tem o direito ao silêncio garantido pela Carta Magna^{247 248}.

Para outros autores²⁴⁹, a técnica legislativa não foi a melhor, pois, ao prever a renúncia, o legislador feriu uma das características dos direitos fundamentais que é a irrenunciabilidade. Mas, não há um dever de exercer o direito ao silêncio, pois, do contrário, o instituto da confissão seria ilegítimo. Logo, o colaborador pode optar, voluntariamente e assistido por seu defensor, por não exercê-lo. E, ao celebrar um acordo de colaboração premiada, o faz na esperança de obter benefícios penais e processuais, não havendo nada de ilegítimo nisso. Ademais, caso queira exercer o seu direito ao silêncio, ele pode optar por não celebrar o acordo de colaboração premiada ou, se o tiver celebrado, pode se retratar do

²⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

²⁴⁴ DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da Lei**. Brasília: IDP, 2015. p. 44. No mesmo sentido: DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1036.

²⁴⁵ DIPP, op. cit., p. 44.

²⁴⁶ GOMES, Luís Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 333.

²⁴⁷ BRASIL, op. cit.

²⁴⁸ CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 75-76.

²⁴⁹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 183-184.

acordo, nos termos do artigo 4º, § 10, da Lei n. 12.850/2013²⁵⁰, que será abordado mais adiante.

Outro argumento utilizado para defender a constitucionalidade do dispositivo legal é o fato de a renúncia ao direito ao silêncio ser decorrência lógica da celebração do acordo²⁵¹. Na verdade, alega-se que tal previsão seria desnecessária, pois não faria sentido decidir colaborar e permanecer calado²⁵².

Além disso, sustenta-se que o exercício do direito ao silêncio seria totalmente incompatível com o instituto da colaboração premiada. Dizer que essa renúncia é inconstitucional seria afirmar que a única possibilidade de exercício da ampla defesa consistiria na negativa total da autoria ou no exercício do direito ao silêncio²⁵³. No entanto, a estratégia defensiva, ou melhor, o exercício do direito à ampla defesa pode consistir na confissão total ou parcial ou, mesmo, na colaboração com o órgão acusador²⁵⁴. Como exemplos de outros argumentos que podem ser manejados pela defesa, tem-se: (i) a desclassificação de um tipo penal para outro com pena mais branda; (ii) redução da pena a ser imposta; (iii) a busca pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos²⁵⁵. Na verdade, a prevalecer a ideia de que a única defesa possível seria a negativa de materialidade e autoria, nos casos em que estas estivessem cabalmente demonstradas, não haveria outra alternativa, a não ser aceitar a condenação²⁵⁶.

Segundo outra linha de argumentos, a prevalecer a tese da inconstitucionalidade da renúncia, o instituto da confissão seria inconstitucional, uma vez que ao praticá-lo, o

²⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁵¹ LEMOS JUNIOR, Arnaldo Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 54.

²⁵² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69.

²⁵³ COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 18. No mesmo sentido: MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Estreitos caminhos entre o constitucionalmente admissível e o excesso: o instituto da colaboração premiada e os princípios constitucionais postos à prova – Estudo com foco no delito de corrupção. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 379.

²⁵⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 142.

²⁵⁵ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 361-362.

²⁵⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 361-362.

imputado estaria deixando de exercer o silêncio²⁵⁷. Logo, desde que manifestada de forma livre e consciente a vontade nesse sentido, poderia o colaborador se obrigar a não exercer o seu direito ao silêncio no que se refere aos fatos objeto do acordo de colaboração²⁵⁸.

Argumenta-se, ainda, que a previsão da renúncia ao direito ao silêncio pelo colaborador não é novidade no Direito Penal brasileiro. A atenuante da confissão e a extinção da punibilidade pela retratação são institutos que pressupõem que o agente abdique do direito ao silêncio²⁵⁹.

Por fim, há visão doutrinária segundo a qual o dispositivo trata do não exercício do direito à não autoincriminação restrito ao ato no qual se operou a renúncia, a partir de uma manifestação de vontade livre e consciente, de modo que não haveria inconstitucionalidade no dispositivo em análise²⁶⁰.

3.2.3.2 Diferenciando conceitos

No início deste capítulo, procedeu-se à distinção entre os conceitos de renúncia, perda e não-exercício de direitos fundamentais. Rememorando em breves linhas: (i) renúncia requer a existência de uma declaração de vontade do titular de um direito fundamental no sentido de enfraquecer a posição jurídica por ele conferida; (ii) perda é o enfraquecimento desta posição jurídica, mas por imposição externa, sendo irrelevante a manifestação de vontade do titular; (iii) não-exercício é apenas a opção fática por não exercitar uma posição jurídica, não havendo qualquer compromisso do titular em fazê-lo.

De início, concorda-se com o argumento de que o exercício do direito ao silêncio é totalmente incompatível com o instituto da colaboração premiada. Isso porque um de seus pressupostos é a confissão dos delitos praticados pelo colaborador²⁶¹. A razão para isto é evitar declarações mentirosas a respeito de grupos criminosos rivais²⁶². Na verdade, a ausência de confissão acerca dos fatos praticados foge por completo à lógica do instituto, que é a obtenção de informações acerca de delitos por pessoa que tenha pelo menos participado de

²⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 71.

²⁵⁸ COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 181.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 182.

²⁶⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 139.

²⁶¹ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 171.

²⁶² PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 37-38.

sua prática, notadamente no âmbito das organizações criminosas²⁶³. Assim, o não-exercício do direito ao silêncio é condição lógica do acordo. Ocorre que a lei prevê algo mais: o compromisso de não exercer este direito. E é a legitimidade desta previsão que ora se analisa.

Observa-se, no entanto, que há certa confusão entre os conceitos no argumento que compara a previsão de renúncia ao direito ao silêncio do dispositivo legal analisado ao instituto da confissão. Isso porque a confissão é o típico caso de não exercício do direito fundamental ao silêncio, no qual o acusado simplesmente opta por relatar às autoridades a prática de um delito por ele executada. Não existe qualquer compromisso assumido pelo titular no sentido de não exercer o direito. Ele simplesmente não o exerce. No caso do dispositivo legal em análise, o indivíduo se compromete a não exercer o seu direito fundamental ao silêncio, de modo que é perceptível que não se trata de não-exercício.

Ademais, a afirmação de que o indivíduo não pode perder o seu direito fundamental também confunde conceitos. Uma coisa seria a ordem jurídica determinar que o colaborador perderia seu direito ao silêncio caso celebrasse um acordo de colaboração premiada, o que significaria que a sua opção por celebrar um acordo de colaboração premiada resultaria, necessariamente, na remoção do direito ao silêncio de sua esfera jurídica. No entanto, não é disso que trata a lei. A renúncia, conforme se disse acima, é um compromisso de não invocar a posição jurídica garantida pelo direito ao silêncio, resultado para o qual a vontade do colaborador deve ser dirigida, além do que o direito fundamental não sai de sua esfera jurídica.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à proposta de interpretação do dispositivo que melhor se amolde ao modelo de renúncia de direitos fundamentais exposto no início do capítulo.

3.2.3.3 Interpretação do dispositivo à luz da teoria da renúncia ao exercício de direitos fundamentais

No artigo 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica, o único direito que consta como irrenunciável é a assistência por um defensor, previsto no artigo. 8º, 2, e²⁶⁴. Eis a redação do dispositivo:

²⁶³ Para maiores informações, vide capítulo 1 do presente trabalho.

²⁶⁴ Chamou a atenção para este fato. Cf. MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Estreitos caminhos entre o constitucionalmente admissível e o excesso: o instituto da colaboração premiada e os princípios constitucionais postos à prova – Estudo com foco no delito de corrupção. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...].

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei²⁶⁵.

A defesa técnica é direito indisponível do acusado, mas a atividade desempenhada pelo defensor pode por vezes não ser exercida, a exemplo do caso em que o acusado, de modo livre e consciente, deixa de interpor recurso de decisão condenatória²⁶⁶. Isso demonstra que o acusado tem um poder de disponibilidade do Processo Penal, não podendo ser constrangido a se defender contra a sua vontade, na medida em que isso seria uma arbitrariedade e distorceria o sentido do direito fundamental à ampla defesa, tornando-o uma garantia contra o garantido²⁶⁷. Ademais, o desenvolvimento do processo penal acusatório representa, a um só tempo, a redução dos poderes do juiz e o aumento do poder dispositivo das partes, de tal maneira que não pode ser vedado todo e qualquer exercício de disposição de direitos pelo réu²⁶⁸.

Todavia, esse poder de disposição pelo réu não é ilimitado. Como a titularidade dos direitos fundamentais é irrenunciável, a única hipótese de renúncia à qual o dispositivo legal pode se referir é a renúncia ao exercício, nos moldes estabelecidos no início do capítulo: a renúncia deve ser (i) voluntária, (ii) delimitada no tempo; (iii) revogável e (iv) contrapartida a um benefício.

3.2.3.3.1 *Voluntariedade*

Um dos aspectos fundamentais para a validade do negócio jurídico é a manifestação de vontade das partes. Assim, o elemento volitivo por parte do colaborador deve ser

Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 379.

²⁶⁵ BRASIL. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁶⁶ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 361.

²⁶⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do processo e do procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005. p. 273.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 273-274.

manifestado de forma livre, sem qualquer coação externa. Nessa linha, a Lei n. 12.850/2013²⁶⁹ exige que a colaboração seja voluntária.

Vale ressaltar que o referido diploma legal exige voluntariedade, e não espontaneidade. A diferença reside no fato de que o ato espontâneo é aquele em que a vontade de praticá-lo surge exclusivamente do indivíduo, ao passo que o voluntário é aquele cuja vontade pode sofrer interferências externas, desde que, repise-se, não seja retirada a sua liberdade²⁷⁰. Um exemplo de ato espontâneo é a denúncia espontânea, no âmbito tributário, na qual, antes de qualquer providência do Fisco, o contribuinte paga o valor devido e, por esta razão, é dispensado da multa²⁷¹.

Deste modo, a opção por colaborar não precisa advir necessariamente do investigado. Ele pode resolver colaborar após sugestão dos investigadores. Na verdade, o que importa é que não haja coações físicas ou psicológicas ao colaborador ou, ainda, sua indução em erro, decorrente, por exemplo, do não conhecimento exato das consequências da colaboração premiada, a exemplo da necessária renúncia ao direito ao silêncio. É dizer: o essencial é que a manifestação de vontade do colaborador seja livre, consciente e esclarecida²⁷². É por isso que se diz que a colaboração é voluntária, e não espontânea, e é assim desde a Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999²⁷³.

²⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. **Fides**, Natal, v. 6, n. 1, p. 164-175, jan/jun. 2015. p.170. Disponível em:

<<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/viewFile/476/755>>. Acesso em: 04 nov. 2017. No mesmo sentido: SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017.p.204. Disponível em:

<<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40/57>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁷¹ Dispõe o art. 138 do Código Tributário Nacional (CTN) e de seu parágrafo único: “Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”. Cf. BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁷² PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 129-130.

²⁷³ BRASIL. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

A Lei n. 12.850/2013²⁷⁴ previu diversos mecanismos para assegurar a voluntariedade da colaboração, a saber: (i) a assistência do colaborador por defensor em todos os atos, garantindo-se o pleno exercício do direito fundamental à ampla defesa, por meio do qual o indivíduo será devidamente esclarecido de sua situação processual e de suas alternativas (artigo 4º, § 15); (ii) o registro em meio audiovisual, sempre que possível, dos atos de colaboração visando à garantir maior fidelidade das informações prestadas (artigo 4º, § 13)²⁷⁵; (iii) a possibilidade de o magistrado competente ouvir, sigilosamente, o colaborador, na presença de seu defensor, sem a presença do membro do MP (artigo 4º, § 7º)²⁷⁶.

a) Voluntariedade e sua relação com a expectativa de premiação

Parte da doutrina defende que a oferta de prêmios ao colaborador vulnera sua esfera de liberdade e caracteriza verdadeira compulsão, o que viola o princípio da não autoincriminação²⁷⁷. Assim, as disposições legais que direta ou indiretamente possam forçar o imputado a se autoincriminar seriam incompatíveis com o referido princípio, inclusive, a previsão da confissão como atenuante no artigo 65, III, d, do Código Penal (CP)^{278 279}.

Outra parte da doutrina sustenta que, apesar da expectativa de auferimento de benefícios com a colaboração, não há violação ao direito à não autoincriminação se não existir alguma forma de coação para que o indivíduo colabore, de modo que cabe a ele, assessorado pela sua defesa técnica, decidir livremente se colaborará ou não com as autoridades²⁸⁰. Ademais, a concessão de uma vantagem não pode ser equiparada a uma extorsão²⁸¹.

²⁷⁴ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁷⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68-69.

²⁷⁶ No sentido de que essas medidas legais visam a resguardar a voluntariedade do colaborador: SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40/57>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁷⁷ CARVALHO, Natália de Oliveira. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 114.

²⁷⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁷⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 113.

²⁸⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215. No mesmo sentido:

De fato, a expectativa de receber prêmios como contrapartida à colaboração não caracteriza violação à liberdade psíquica do colaborador. Faz parte do seu direito à ampla defesa escolher a opção defensiva que lhe pareça mais favorável²⁸² e é obvio que neste processo de escolha serão levadas em conta as vantagens e desvantagens das alternativas. Na verdade, todas as nossas escolhas são baseadas na possibilidade de auferir alguma vantagem, de modo que não é possível dizer que a expectativa de obter um benefício seja incompatível com a liberdade. Até porque, como dito no item 1 deste capítulo, o titular de um direito pode optar por exercê-lo ou não e, como se disse, a escolha é guiada pelos benefícios que podem ser auferidos.

Existiria violação à voluntariedade do colaborador se a expectativa de prêmio nele gerada for fruto de uma falsa representação da realidade, o que pode ocorrer se lhe forem ofertados prêmios absolutamente ineficazes²⁸³. Porém, como se verá abaixo, a presença do defensor praticamente anula esta possibilidade.

b) Voluntariedade e sua relação com a prisão cautelar do colaborador

Assunto polêmico é a prisão cautelar do colaborador e sua possível interferência sobre a voluntariedade.

Parte da doutrina suscita a invalidade do acordo de colaboração premiada firmada com acusado preso²⁸⁴.

De um lado, defende-se que o indivíduo preso cautelarmente se encontra em estado de perigo, uma das causas de invalidade do negócio jurídico, prevista no artigo 156 do Código Civil (CC)²⁸⁵. Tratar-se-ia de pessoa diante de grave risco de dano, qual seja, sua presença no cárcere, que renuncia a direitos fundamentais para formalização do acordo, o que representa a assunção de obrigação excessivamente onerosa, cuja vontade é dirigida unicamente para a própria salvação, ou seja, para sair da prisão e, desta situação, a outa parte, o Estado

HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005. p. 356.

²⁸¹ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 131-132.

²⁸² HADDAD, op. cit., p. 356.

²⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: a revista eletrônica do Ministério Público Federal, v. 5, p. 1-38, 2013, p.18.

²⁸⁴ BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? In: **Jota**, 25 de junho de 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

Acusador, tem ciência. Assim, preenchidos os elementos configuradores do estado de perigo, o acordo de colaboração premiada firmado com acusado preso seria inválido²⁸⁶.

Outro conceito manejado por aqueles que defendem a invalidade da celebração de acordo de colaboração premiada com indivíduo preso cautelarmente é a coação, também causa de anulabilidade de negócios jurídicos, prevista no artigo 151 do CC²⁸⁷. Nesta linha, a prisão preventiva, que não possui prazo para sua duração, levaria o indivíduo a tal situação que ele adotará qualquer medida possível para se ver solto, razão pela qual constituiria coação²⁸⁸.

Sem desmerecer os argumentos apresentados acima, não parece que a prisão cautelar do investigado seja, por si só, um fato que invalide o acordo de colaboração premiada firmado.

A prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, devidamente fundamentada, não pode ser considerada coação. Isso porque o próprio CC²⁸⁹, no seu artigo 153, diz que o exercício regular de direito não é coação²⁹⁰.

É verdade que há o risco da má utilização do instituto da prisão preventiva, mas, quando decretada de forma legítima, fundamentada em elementos concretos e, principalmente, mantida pelas instâncias superiores, afasta-se a alegação de que a prisão provisória está sendo utilizada como modo de pressionar o indivíduo a colaborar. Isso porque não é razoável supor que todas as instâncias do poder judiciário estejam contaminadas com o propósito de desvirtuar o instituto da prisão processual e utilizá-la como meio de coação²⁹¹.

Por fim, vale ressaltar que, no *Habeas Corpus* (HC) 127.483²⁹², sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que o fato de o colaborador estar preso cautelarmente não lhe retira a voluntariedade e não impede a

²⁸⁶ ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. Delação premiada de acusado preso. In: _____; _____ (Orgs.). **Delação premiada: Estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 86-88.

²⁸⁷ BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁸⁸ BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? In: **Jota**, 25 de junho de 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²⁸⁹ BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁹⁰ SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40/57>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

²⁹¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 77.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. p. 23-27.

celebração do acordo. No voto do Relator, é exposta a ideia de que a liberdade exigida para firmar o acordo de colaboração premiada é a liberdade psíquica, e não a liberdade física²⁹³.

3.2.3.3.2 *Delimitação temporal*

Quanto ao segundo aspecto, de se ressaltar que o colaborador só abrirá mão do direito ao silêncio quanto aos fatos objeto do acordo de colaboração premiada celebrado²⁹⁴. Assim, a renúncia mencionada não é eterna, nem absoluta, uma vez que, fora dos fatos circunscritos ao acordo de colaboração premiada celebrados, o direito ao silêncio pode ser plenamente exercido²⁹⁵. É dizer: quanto aos fatos não incluídos no contexto da colaboração, o colaborador pode exercitar plenamente seu direito ao silêncio²⁹⁶.

Assim, imagine-se a situação em que um indivíduo celebrou um acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal (MPF) no qual se comprometeu a prestar informações acerca do pagamento de propina efetuado por ele a diversos deputados federais. O referido acordo foi homologado e se iniciou a fase de execução. Se, durante o depoimento judicial ou extrajudicial, for dirigida a este colaborador uma pergunta a respeito de eventual crime, supostamente praticado por ele, de falsidade ideológica consistente na aposição de dado incorreto em inscrição para prova de concurso público, não há obrigação alguma de sua parte de responder à questão e, portanto, o direito ao silêncio é plenamente exercitável.

3.2.3.3.3 *Revogabilidade*

Quanto à revogabilidade, é importante fazer uma análise do dispositivo do artigo 4º, § 10, da Lei n. 12.850/2013²⁹⁷, cuja redação é a seguinte:

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016. p. 23-27. .

²⁹⁴ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 134.

²⁹⁵ Ibidem, p. 140. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 713.

²⁹⁶ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 209.

²⁹⁷ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

A interpretação deste dispositivo parece ser a de que as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas em desfavor do colaborador, mas podem ser utilizadas em desfavor de outras pessoas²⁹⁸. Seu objetivo é impedir que o colaborador, ao se retratar, possa ser condenado tão somente com base em suas declarações e nas informações por ele fornecidas²⁹⁹.

A doutrina se divide quanto ao momento em que esta retratação poderia ser efetuada e quanto aos sujeitos que podem realiza-la.

Para parte da doutrina, a retratação só poderia ser efetuada pelo colaborador, na medida em que, se realizada pelo órgão da acusação, haveria traição da confiança nele depositada. Além disso, como a lei prevê que as provas obtidas a partir do acordo permanecem válidas contra os delatados, o *Parquet* poderia, agindo de má-fé, sempre se retratar após obter as provas de que necessite³⁰⁰.

Para outra corrente doutrinária, a retratação poderia ser efetuada por ambas as partes³⁰¹, sendo a recusa do MP motivada por não ter havido sucesso na obtenção das provas prometidas pelo colaborador³⁰².

Quanto ao momento, existe posição doutrinária nos seguintes sentidos: (i) da impossibilidade de retratação antes do acordo homologado³⁰³; (ii) da impossibilidade de retratação após o acordo homologado³⁰⁴; (iii) da possibilidade de retratação após o acordo homologado apenas com a manifestação do juiz³⁰⁵; (iv) da ampla possibilidade retratação em qualquer momento³⁰⁶.

²⁹⁸ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 182.

²⁹⁹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

³⁰⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

³⁰¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 180. MEDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 187.

³⁰² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 711.

³⁰³ *Ibidem*, p. 711.

³⁰⁴ CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 73.

³⁰⁵ JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 36-37.

³⁰⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 164.

É importante salientar que o conceito de retratação não se confunde com o de inexecução do acordo em razão do descumprimento de alguma obrigação pelo colaborador, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas são plenamente utilizáveis contra ele³⁰⁷. A retratação é ato lícito, é exercício do direito de retratação do negócio jurídico, que desconstitui as obrigações previamente assumidas e, como consequência, estas deixam de ser devidas. O descumprimento do acordo é ato ilícito, já que as obrigações previamente acordadas não deixaram de existir³⁰⁸.

O colaborador pode desistir da colaboração a qualquer momento, recebendo como sanção apenas a perda dos benefícios, já que as provas autoincriminatórias produzidas não poderão ser utilizadas em seu desfavor, nos termos do artigo 4º, § 10³⁰⁹.

Apesar de o dispositivo legal referir-se à proposta, pode haver retratação do acordo homologado, atitude que está inserida no próprio exercício do direito de defesa, na modalidade autodefesa, do colaborador. Assim, ele não pode ser compelido a continuar colaborando quando não mais o desejar³¹⁰.

3.2.3.3.4 *Obtenção de um benefício*

Como já explicado no capítulo 1, por meio da colaboração premiada é firmado um negócio jurídico bilateral, no qual o colaborador se compromete a dar informações às autoridades e o Estado lhe oferece, em troca, benefícios penais ou processuais.

Deste modo, resta claro que o ato de renúncia ao exercício do direito fundamental ao silêncio gera para o colaborador uma nítida vantagem, possibilitando-lhe ser sancionado de modo menos rigoroso.

3.2.4 *“Prestará o compromisso legal de dizer a verdade”*

A depender dos benefícios acordados, o colaborador poderá ser denunciado, no caso de o benefício acordado versar sobre o perdão judicial, redução da pena ou substituição da

³⁰⁷ FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 155.

³⁰⁸ DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – Um diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 62, p. 23-59, maio/ago. 2016.p.41.

³⁰⁹ COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 181.

³¹⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 165.

pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou não, no caso de o acordo prever o benefício de não oferecimento da denúncia³¹¹.

Existe discussão doutrinária no sentido de saber se o depoimento do colaborador em juízo é uma prova testemunhal.

Testemunha é pessoa física que depõe sobre fatos que percebeu por meio dos seus sentidos e que não é parte do processo ou auxiliar da justiça³¹². A pessoa que possui interesse no litígio não pode ser testemunha. O interesse aqui pode ser jurídico, moral ou econômico, bastando para sua configuração, apenas que o sucesso de uma das partes traga algum benefício ao depoente³¹³.

Para Guilherme Nucci, se não for denunciado, o colaborador deve prestar o compromisso de dizer a verdade, pois depõe como testemunha e não há direito ao silêncio para testemunhas ao prestarem declarações sobre fatos de terceiro³¹⁴.

Para Arnaldo Pinto de Lemos Júnior e de Beatriz Lopes de Oliveira, o colaborador não denunciado não é testemunha, na medida em que tem interesse na causa – quer ver confirmada a sua delação. O compromisso, aqui, não seria de dizer a verdade sob pena do cometimento do crime de falso testemunho, tal como o da testemunha, mas sim de dizer a verdade sob pena do cometimento do crime de falsa colaboração³¹⁵.

Parte da doutrina sustenta que, caso denunciado, o colaborador não pode ser obrigado a dizer a verdade, pois não é testemunha, embora não possa invocar o direito ao silêncio, sob pena de descumprimento do acordo³¹⁶.

Na visão de Rogério Sanches, o colaborador denunciado não é testemunha, pois não faria sentido que a mesma pessoa ocupasse duas posições idênticas no mesmo processo, a de réu e de testemunha³¹⁷.

Há outra corrente doutrinária segundo a qual o colaborador é um depoente anômalo, que deve confessar fatos próprios e dizer a verdade sobre fatos de terceiros, figura inexistente

³¹¹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69.

³¹² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, SP: Millenium, 1999. p. 405.

³¹³ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 758.

³¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 713. No mesmo sentido: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 185.

³¹⁵ LEMOS JUNIOR, Arnaldo Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 53-54.

³¹⁶ NUCCI, op. cit., p. 713.

³¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 74.

no direito processual penal³¹⁸. Assim, o colaborador não seria testemunha. Outro aspecto a reforçar esta tese é a previsão do artigo 4º, § 16, de que nenhuma sentença condenatória poderá ser proferida apenas com base na palavra do delator, cujo teor não existe em qualquer dispositivo referente à prova testemunhal, ou seja, ainda que seja a única prova um único testemunho, uma sentença condenatória poderá ser proferida³¹⁹.

O STF firmou o entendimento de que o colaborador deve ser ouvido como informante³²⁰. No entanto, em recente caso referente à “Operação Lava Jato”, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) permitiu que o colaborador não denunciado fosse ouvido como testemunha³²¹.

Apesar da discussão doutrinária acima trazida, a posição ocupada pelo colaborador em juízo, se de testemunha ou de informante, pouco importa para o deslinde da controvérsia acerca da legitimidade do dispositivo legal em estudo. Isso porque o fato de ser testemunha não afasta seu direito à não autoincriminação quanto a fatos próprios. No entanto, por ter renunciado ao direito ao silêncio, o colaborador não pode calar quando indagado sobre os fatos criminosos praticados por ele. O objetivo deste trecho do dispositivo parece ser o de afastar outra decorrência do direito à não autoincriminação, a inexistência do dever de dizer a verdade quanto aos fatos criminosos praticados pelo acusado. Assim, o colaborador se obriga a dizer a verdade, tanto com relação a fatos praticados por terceiros, quanto com relação aos fatos por ele praticados.

De todo modo, vale ressaltar que se considera correta a tese segundo a qual o colaborador não é testemunha, em razão do interesse que possui no deslinde da controvérsia. Isso porque a Lei n. 12.850/2013³²² diz que os benefícios a serem concedidos ao colaborador dependem da eficácia da colaboração³²³, de modo que, por certo, ele tem todo o interesse de que suas informações sejam confirmadas e de que os delatados sejam condenados. Mas, não há qualquer ilegitimidade na previsão do compromisso de dizer a verdade pelo colaborador.

³¹⁸ COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 183.

³¹⁹ Ibidem, p. 184.

³²⁰ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. **Ação Penal 470**. 2017. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/ap470>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 67.493**. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, 19 de abril de 2016.

³²² BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³²³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015. p. 186.

Ocorre que a sanção atribuída ao descumprimento de tal dever é diversa da sanção atribuída à testemunha que falte com a verdade.

Como consequências à mentira na colaboração premiada, podem surgir a perda do prêmio³²⁴, por inexecução do acordo, e a prática do crime do artigo 19 da Lei n. 12.850/2013³²⁵, caso a conduta se amolde ao tipo³²⁶, *in verbis*:

Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas.

3.3 Conclusões parciais sobre o dispositivo em análise

De tudo o que foi dito, observa-se que a renúncia prevista no artigo 4º, § 14, é ao exercício do direito ao silêncio, ou seja, nos depoimentos que prestar, o colaborador se compromete a não invocar perante as autoridades o direito de calar em relação aos crimes por ele praticados. Além disso, a renúncia ao exercício é voluntária, revogável, delimitada no tempo e permite ao titular do direito fundamental a cujo exercício renunciou a obtenção de um benefício. Deste modo, não há qualquer inconstitucionalidade na sua previsão legal analisada.

3.4 O problema na prática: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5567

Em 29 de julho de 2016, foi protocolada no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5567, de autoria do Partido Social Liberal (PSL), que questiona a constitucionalidade, dentre outros dispositivos da Lei n. 12.850/2013³²⁷, do artigo 4º, § 14³²⁸.

³²⁴ Nesse sentido: DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1005; JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 39.

³²⁵ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³²⁶ No sentido de serem essas as consequências para a mentira do colaborador: GOMES, Luis Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 333-334.

³²⁷ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio

Sustenta-se que o dispositivo é inconstitucional porque (i) viola o direito à não autoincriminação, tido como irrenunciável e (ii) a declaração do acusado colaborador poderia, num momento futuro, ser utilizada contra ele³²⁹.

O Ministro Teori Zavascki, então Relator, adotou o rito do artigo 12 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999³³⁰, solicitando informações ao ente público que editou a norma e, na sequência, requisitou o parecer da Advocacia-Geral da União (AGU) e do MPF³³¹.

Em informações prestadas, o Senado Federal (SF) aduziu, quanto ao dispositivo, que não há inconstitucionalidade, uma vez que ninguém é obrigado a celebrar acordo de colaboração premiada e, ao aceitar de forma livre e consciente firmar o negócio jurídico, deve se sujeitar às obrigações dele decorrentes, dentre estas, a de falar a verdade³³².

A AGU também entendeu não haver inconstitucionalidade no dispositivo, com base no fato de que a colaboração é voluntária e com ela o colaborador melhora sua situação processual, bem como nas ideias de Cleber Masson e Vinicius Marçal, para quem não há dever de silêncio no ordenamento jurídico brasileiro, tendo o dispositivo utilizado o termo “renunciar” para se referir a sua opção pelo não exercício³³³.

A Procuradoria-Geral da República (PGR), por fim, se manifestou também pela constitucionalidade do dispositivo, argumentando, em síntese, que: (i) os direitos fundamentais podem ser renunciados, tal qual ocorre com o direito de propriedade; (ii) o colaborador renuncia ao exercício do direito ao silêncio de forma episódica, livre, consciente e com vistas à melhoria de sua condição processual, o que não viola o direito à não autoincriminação³³⁴.

de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³²⁸ Idem. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerentes: Partido Social Liberal (PSL). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 17 de julho de 2017.

³²⁹ Petição Inicial da ADI 5567, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Cf. Ibidem.

³³⁰ Idem. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³³¹ Idem. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerentes: Partido Social Liberal (PSL). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 17 de julho de 2017.

³³² Informações prestadas pelo Senado Federal (SF) na ADI 5.567, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Cf. Idem.

³³³ Parecer da Advocacia-Geral da União (AGU) na ADI 5.567, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Cf. Idem.

³³⁴ Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) na ADI 5.567, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Cf. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerentes: Partido Social Liberal (PSL). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 17 de julho de 2017.

Os autos desta ação estão conclusos ao novo Relator, Ministro Alexandre de Moraes, desde 20 de julho de 2017³³⁵.

A controvérsia desta ação parece já ter sido pelo então Relator, Ministro Teori Zavascki, em outro processo, a Petição (PET) 5952, no qual foi homologado o termo de colaboração premiada firmado por Delcídio do Amaral Gomez. Na ocasião, analisando cláusula do acordo que repetia os termos do artigo 4º, § 14, da Lei n. 12.850/2013³³⁶, Sua Excelência afirmou que a renúncia a garantia ao silêncio e à não autoincriminação acordada deveria ser interpretada como renúncia ao seu exercício, no âmbito do acordo e para os seus fins³³⁷. A visão trazida pelo Ministro Teori Zavascki está de acordo com o modelo proposto neste trabalho, na medida em que demonstra ser a renúncia (i) ao exercício do direito fundamental, e não ao direito; (ii) delimitada apenas aos fins do acordo.

³³⁵ Idem. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567/DF**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerentes: Partido Social Liberal (PSL). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 17 de julho de 2017.

³³⁶ Idem. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³³⁷ Idem. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5.952**. Decisão monocrática. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 14 de março de 2016.

CONCLUSÃO

A presente análise desenvolvida a respeito da relação entre o direito ao silêncio e o instituto da colaboração premiada permite responder à pergunta de pesquisa proposta na introdução. Afinal, a previsão da renúncia ao direito ao silêncio pelo colaborador, nos depoimentos que prestar, é de fato inconstitucional?

A resposta a essa pergunta depende da adequada compreensão do conceito da renúncia a direito fundamental e de sua distinção com institutos afins.

No capítulo 1, o instituto da colaboração premiada foi brevemente delimitado e foram superadas as questões relativas à sua suposta inconstitucionalidade. A colaboração premiada tal como prevista na Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013³³⁸, pode ser enxergada como negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova e técnica especial de investigação. Consiste no fornecimento voluntário, e não espontâneo, de informações acerca da prática de crimes cometidos pelo colaborador e por seus antigos comparsas no âmbito de organizações criminosas. Para a utilização eficaz do instituto, é de vital importância que o indivíduo diga a verdade, até porque a premiação a ser fixada, por ocasião da sentença, depende da eficácia de sua colaboração.

No capítulo 2, foram fixadas as premissas e o alcance do direito à não autoincriminação, que consiste na possibilidade que possui o acusado da prática de um delito de se recusar a colaborar com as investigações. Como visto, o direito ao silêncio é uma das manifestações deste direito, que tem natureza de direito fundamental, e consiste na possibilidade de não responder às perguntas que forem formuladas ao indivíduo de cuja resposta se possa extrair conteúdo autoincriminatório. Isso não significa que o indivíduo tenha o dever de fazê-lo, mas, tão-somente, que não precisa cooperar com as investigações contra a sua vontade, sem que disso possa resultar qualquer consequência negativa. Tampouco o direito à não autoincriminação significa que o indivíduo deva concordar com toda e qualquer prova que venha a ser produzida em seu desfavor, mas que, aquelas que dependam de sua colaboração só serão produzidas com seu consentimento. Por fim, embora não se possa dizer que seja direito do acusado, ele pode, por consequência do direito à não autoincriminação,

³³⁸ BRASIL.. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

deixar de dizer a verdade, ou, em outras palavras, não pode ser obrigado, contra a sua vontade, a dizer a verdade.

No último capítulo, ciente do funcionamento do instituto da colaboração premiada e do alcance do direito à não autoincriminação, em especial do direito ao silêncio, foram delineadas as premissas da renúncia a direito fundamental, ficando assentado que esta se refere apenas ao exercício do direito, e não à sua titularidade, e que isso decorre de poder de disposição e de escolha que o titular de um direito fundamental deve possuir, sobretudo em um Estado não-paternalista, fundado na dignidade da pessoa humana, que pressupõe o livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, a renúncia deve ser sempre realizada por meio de um ato de vontade livremente manifestada, diferenciando-se, assim, da perda, a qual prescinde da vontade do indivíduo, e do não exercício, o qual não necessita de um compromisso jurídico que vincule o titular, ostentando, tão-somente, natureza fática. Assim, a renúncia deve ser entendida como compromisso de não exercício do direito fundamental.

Conforme se buscou demonstrar, a renúncia contida no dispositivo legal analisado só pode se referir ao exercício do direito ao silêncio, e não à sua titularidade. Deste modo, ao que parece, as opiniões doutrinárias que sustentam a inconstitucionalidade do referido dispositivo parecem compreender a renúncia ali contida como uma renúncia à própria titularidade, que seria eterna, o que, conforme se demonstrou, não é admissível. Assim, o dispositivo se refere apenas ao exercício do direito ao silêncio apenas aos fatos sobre os quais o colaborador se comprometeu a informar por força da celebração do acordo de colaboração premiada.

Além disso, a renúncia é voluntária, o que é reforçado pela necessidade de acompanhamento do colaborador por advogado em todos os atos circunscritos ao acordo de colaboração premiada, inclusive, nos depoimentos que prestar, nos quais se comprometerá a não exercer seu direito ao silêncio.

Ademais, com a renúncia ao exercício do direito ao silêncio, o colaborador busca obter uma vantagem, em relação à qual possui fundada expectativa de obtenção, em razão da homologação judicial, bastando, para que tal expectativa se concretize, que ele cumpra a sua parte do acordo. Isso porque o juiz na sentença pode aplicar benefício diverso daquele acordado, desde que mais favorável ao colaborador.

Por fim, a referida renúncia ao exercício é revogável a qualquer tempo pelo colaborador, o que está expressamente previsto no art. 4º, § 10, da Lei n. 12.850/2013³³⁹, ao

³³⁹ BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio

permitir a retratação da proposta e, como se explicou, também do acordo, a qualquer tempo antes da sentença que aplique o benefício acordado. Essa revogação prevista em lei permite ainda que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não possam ser utilizadas contra ele.

Portanto, a renúncia prevista na Lei n. 12.850/2013³⁴⁰ é plenamente válida, à luz da teoria da renúncia a direitos fundamentais, devendo ser interpretada como o compromisso assumido pelo colaborador de não calar em relação aos fatos criminosos por ele praticados que sejam objeto do acordo, isto é, de não exercer seu direito ao silêncio em relação a estes fatos. Entender de modo diverso seria defender que o direito ao silêncio é de exercício obrigatório, o que levaria à inconstitucionalidade do instituto da confissão, que requer o não exercício deste direito.

A tese aqui defendida não significa que não possam ocorrer abusos na execução dos acordos de colaboração premiada, nos quais o indivíduo seja, por exemplo, obrigado a revelar fatos criminosos por ele praticados que nada tenham a ver com o acordo celebrado. No entanto, a possibilidade de, na prática, ocorrerem abusos não invalida, de plano, a previsão legal. A previsão tal como expressa na lei é válida. Os abusos eventualmente cometidos devem ser decotados nos casos concretos.

de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

³⁴⁰ Ibidem.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o art. 59 do CP. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. (Orgs.) **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodvm, 2010.

_____. A técnica da colaboração premiada. In: **Blog do Vlad**, 07 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Origem do instituto da colaboração premiada. In: **Blog do Vlad**, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/origem-do-instituto-da-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Primeira crítica ao instituto: a colaboração premiada é antiética. In: **Blog do Vlad**, 12 de maio de 2015. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/primeira-critica-ao-instituto-a-colaboracao-premiada-e-antietica/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Org.). **Lavagem de dinheiro**: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. **Boletim IBCCrim**, v. 22, n. 265, p. 4-5, dez. 2014.

BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? In: **Jota**, 25 de junho de 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/quem-esta-presos-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BALTHAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRA LIMA, Márcio. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução penal. In: CALLABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodvm, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado. dez. 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

_____. **Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Decreto-Lei, n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei n. 9.296, 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei n. 12.850, de 02 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 1º nov. 2017.

_____. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números no Paraná.** 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567/DF.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Requerentes: Partido Social Liberal (PSL). Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 17 de julho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 67.493**. Quinta Turma. Relator Ministro Felix Fischer. Brasília, 19 de abril de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.483**. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 04 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição 5.952**. Decisão monocrática. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 14 de março de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

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

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015.

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

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**: comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei n. 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2013.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER Jr., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – Um diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 62, p. 23-59, maio/ago. 2016.

DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada**: uma análise do instituto pela interpretação da Lei. Brasília: IDP, 2015.

ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe. Delação premiada de acusado preso. In: _____; _____ (Orgs.). **Delação premiada**: Estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do processo e do procedimento no processo penal**. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. O subsistema penal ordinário. In: _____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 559-612.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. **Ação Penal 470**. 2017. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/ap470>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. **Fides**, Natal, v. 6, n. 1, p. 164-175, jan/jun. 2015. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/viewFile/476/755>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____; _____. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas, SP: Bookseller, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada. In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação Premiada**: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

LEMOS JUNIOR, Arnaldo Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Crime organizado e a Lei n. 12.850/2013**. São Paulo: Verbatim, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, SP: Millenium, 1999.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Estreitos caminhos entre o constitucionalmente admissível e o excesso: o instituto da colaboração premiada e os princípios constitucionais postos à prova – Estudo com foco no delito de corrupção. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. **Crime organizado**. São Paulo: Método, 2015.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. **Direito Público**, Porto Alegre, a. 4, n.13, p. 121-133, jul./set. 2006. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/544/Direito%20Publico%20n132006_Laura%20Schertel%20F%20Mendes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1º nov. 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis: a revista eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 5, p. 1-38, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação premiada no Brasil ontem e hoje: razões jurídicas, éticas e constitucionais pelas quais a repudiamos. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Mauricio Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 2, n. 6, abr./jun. 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Organização criminosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Orgs.). **Delação premiada: estudos em homenagem do ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, p. 26-27, out./nov. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIROZ, Paulo. Colaboração premiada e moral. In: **Blog do Paulo Queiroz**, 11 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/colaboracao-premiada-e-moral-2/>>. Acesso em: 28 set. 2017.

RODRIGUES, Paulo Cesar Villela Lopes Souto. **Renúncia à nacionalidade brasileira: direito fundamental à apatridia voluntária**. 2016. 216 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, v. 12, n. 47, p. 60-122, mar./abr. 2004.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUXBERGER, Antônio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40/57>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Trad. de Alexandra Martins e Daniela Mroz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.