

**Crítica à Prisão Preventiva  
no Âmbito da Colaboração Premiada:  
O Meio de Obtenção de Prova Adquirido  
por Intimidação e Arbitrariedade**

**Rosana Alves Gama Souza da Silva**



**Atena**  
Editora

Ano 2019

Rosana Alves Gama Souza da Silva

**Crítica à Prisão Preventiva no Âmbito da  
Colaboração Premiada: O Meio de Obtenção  
de Prova Adquirido por Intimidação e  
Arbitrariedade**

Atena Editora  
2019

2019 by Atena Editora  
Copyright © Atena Editora  
Copyright do Texto © 2019 Os Autores  
Copyright da Edição © 2019 Atena Editora  
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira  
Diagramação: Natália Sandrini  
Edição de Arte: Lorena Prestes  
Revisão: Os Autores



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

### **Conselho Editorial**

#### **Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins  
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas  
Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso  
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Faria – Universidade Estácio de Sá  
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima  
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões  
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense  
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso  
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Universidade Federal do Maranhão  
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará  
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste  
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia  
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador  
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

#### **Ciências Agrárias e Multidisciplinar**

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano  
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná  
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista  
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia  
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul  
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia  
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul  
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará  
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

### Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri  
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina  
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria  
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará  
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte  
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

### Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto  
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí  
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná  
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará  
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

<b>Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)</b>	
S586c	Silva, Rosana Alves Gama Souza da Crítica à prisão preventiva no âmbito da colaboração premiada [recurso eletrônico] : o meio de obtenção de prova adquirido por intimidação e arbitrariedade / Rosana Alves Gama Souza da Silva. – Ponta Grossa, PR: Atena Editora, 2019.  Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-85-7247-675-1 DOI 10.22533/at.ed.751190210  1. Delação premiada (Processo penal) – Brasil. 2. Processo penal – Brasil. I. Título.  CDD 345.8105
<b>Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422</b>	

Atena Editora  
Ponta Grossa – Paraná - Brasil  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
contato@atenaeditora.com.br

Dedico este trabalho àqueles incansáveis na busca por um sistema penal e processual penal mais justo, mais íntegro, mais humano, e que, por esta busca, fazem e são a revolução.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador no mestrado, Antonio Eduardo Ramires Santoro, por compartilhar comigo o seu entusiasmo, conhecimento e simplicidade. Por me deixar falar livremente sobre meus anseios e reforçar que resistir é preciso. A sua “primeira turma de uma aluna só” na Universidade Católica de Petrópolis/RJ foi o início de uma série de pensamentos revolucionários sobre o processo penal e a vida.

Ao Instituto Federal Fluminense, que viabilizou o meu sonho da pós-graduação *stricto sensu* que, por sua vez, proporcionou esta pesquisa.

Ao meu pai, que me emprestou seu cobertor de paraquedas para que eu pudesse voar, e a minha mãe, que me manteve com os pés no chão. Que me ensinaram que o conhecimento que adquirimos jamais pode ser retirado de nós. Sei que nunca estive sozinha e nunca vou estar.

A minha irmã e ao meu irmão, pelo apoio e amor de sempre. Vocês são a minha conexão com o passado, a maturidade do presente e a certeza de um futuro de união.

A Everton, que suportou muito mais do que eu poderia pedir. Por ter enfrentado distância, cansaço, névoa, tempestade de chuva e de mau humor. Por cada risada descontrolada e cada conversa séria. Por ser essa voz no mundo que inspira e me move. Por ser Kant, Sartre, Camus e Chespirito, numa combinação só sua. Quem se importa com a *emerald city* quando a *yellow brick road* é tão mais interessante com você? Te amo.

César declarou que amava as traições, mas odiava os traidores.

Plutarco

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>1</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>2</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>6</b>
A COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL	
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	<b>28</b>
PANORAMA DA PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO BRASILEIRO	
<b>CAPÍTULO 3</b> .....	<b>54</b>
A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO COERCITIVO PARA COLABORAÇÃO PREMIADA	
<b>CAPÍTULO 4</b> .....	<b>61</b>
ESTUDO DE CASO: A COLABORAÇÃO PREMIADA DE MILTON PASCOWITCH APÓS PRISÃO PREVENTIVA	
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>69</b>
<b>SOBRE A AUTORA</b> .....	<b>79</b>

## CRÍTICA À PRISÃO PREVENTIVA NO ÂMBITO DA COLABORAÇÃO PREMIADA: O MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA ADQUIRIDO POR INTIMIDAÇÃO E ARBITRARIEDADE

O aumento da população culminou no surgimento de benefícios e tecnologias, mas também no aparecimento de conflitos antes não latentes. Viver, na expressão cunhada por Ulrich Beck (2011), em uma “sociedade de risco” implica soluções novas para questões complexas. Nesse contexto, o aumento da criminalidade fez com que a sociedade clamasse não apenas por leis mais severas, mas – quando estas demonstraram falhar em sua missão de “limpar” a sociedade para “os cidadãos de bem” - por instrumentos que auxiliassem no desmantelamento das organizações criminosas. Com fundamento em operação supostamente bem sucedida na década de 90 na Itália, a delação premiada chega ao Brasil - especialmente na forma de colaboração premiada, regulamentada pela Lei 12.850/2013 - trazendo inúmeros questionamentos: é ética? É útil? É traição? É um prêmio? Quais são os seus limites processuais? Dentre seus diversos aspectos e questionamentos atuais e válidos, o presente trabalho tem por escopo dissecar, em primeiro plano, a natureza jurídica da colaboração premiada, objetivando contribuir com o estudo do processo penal ao entender qual o espaço ocupado pelo referido instrumento no cenário jurídico e quais as consequências de tal alocação, especialmente no que tange ao contexto probatório do processo. Em seguida, o segundo capítulo, pretendendo estabelecer liame entre o capítulo anterior e o seguinte, traça panorama da prisão preventiva, não apenas em seus aspectos processuais, mas também o quanto a sua decretação de forma imprudente tem causado graves danos ao sistema carcerário, já precário. O terceiro capítulo, por sua vez, questiona a legalidade da prisão preventiva decretada e executada como forma de coagir indivíduo a realizar acordo de colaboração premiada. Por derradeiro, o quarto capítulo investiga se no caso Milton Pascowitch (âmbito da Operação Lava Jato) a prisão preventiva decretada foi utilizada como forma de coação, já que posteriormente houve acordo de colaboração. Utiliza-se, para o presente trabalho, arcabouço doutrinário e jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração premiada. Prisão preventiva. Coação.

## CRITIQUE OF PREVENTIVE DETENTION WITHIN AWARDED COLLABORATION: THE MEANS OF OBTAINING EVIDENCE ACQUIRED BY INTIMIDATION AND ARBITRARITY

The increase in population culminated in the emergence of benefits and technologies, but also in the emergence of previously non-latent conflicts. Living, in the phrase coined by Ulrich Beck (2011), in a “society of risk” implies new solutions to complex questions. In this context, increased crime has caused society to claim not only stricter laws, but - when they have proved to fail in their mission to “cleanse” society for “good citizens” - by instruments that help to dismantle criminal organizations. Based on an allegedly successful operation in Italy in the 1990s, the plea bargain arrives in Brazil - especially in the form of award-winning collaboration, regulated by Law 12.850/2013 - bringing numerous questions: is it ethical? Is it useful? Is it treason? Is it a prize? What are your procedural limits? Among its many aspects and current and valid questions, the present work aims at dissecting, in the foreground, the legal nature of the awarded collaboration, aiming to contribute to the study of the criminal process by understanding the space occupied by said instrument in the legal and the consequences of such an allocation, especially as regards the probative context of the procedure. Next, the second chapter, intending to establish a link between the preceding and the following chapter, outlines the nature of the preventive detention, not only in its procedural aspects, but also in the fact that its recklessness has caused serious damage to the prison system, precarious. The third chapter, in turn, questions the legality of the preventive detention decreed and executed as a way of coercing individual to make an agreement of prize collaboration. Lastly, the fourth chapter investigates whether in the Milton Pascowitch case (scope of Operation Lava Jato) the preventive detention ordered was used as a form of coercion, since later there was a demarcation agreement. We use, for the present work, a doctrinal and jurisprudential framework.

**KEYWORDS:** Awarded collaboration. Preventive detention. Constraint.

De acordo com o dito popular, “o crime não compensa”.

A frase, tão difundida, perdeu, na opinião de muitos, a credibilidade com o advento da delação premiada.

A delação, instituto que visa a obter do indiciado, acusado ou condenado informações sobre atividades criminosas em que envolvido a fim de que aquele seja recompensado com redução de pena ou perdão judicial, possui bases sedimentadas em países como Estados Unidos da América e Itália.

Os Estados Unidos da América, através da *plea bargain*, muito contribuíram e contribuem para o entendimento do instituto em terras tupiniquins e na justiça negocial como um todo - ressalvadas as devidas peculiaridades de cada país (GARAPON, 2008), e não olvidando que o estudo de sistemas de política criminal ultrapassa a mera comparação entre os sistemas de direito penal (DELMAS-MARTY, 2004).

A Itália, consideradas as mesmas ressalvas feitas acima, possui imensurável relevância e não poderia de forma alguma ser preterida nesse introito: não só porque a Operação *Mani Pulite* segue sendo referência no trato da colaboração premiada em organizações criminosas, mas também porque, no âmbito da operação brasileira Lava Jato, o magistrado por ela responsável parece ter especial apreço pelo *modus operandi* utilizado.

No Brasil, por sua vez, a regulamentação da colaboração premiada no âmbito das organizações criminosas é recente, não obstante a delação venha existindo de maneira tímida no ordenamento há algum tempo, e o tema, mormente em virtude da Operação “Lava Jato” em nossa pátria, venha gerando inúmeras discussões, controvérsias e – por que não dizer – arbitrariedades.

Dessarte, o problema que se pretende resolver neste trabalho é se a prisão preventiva determinada e executada para forçosamente obter colaboração premiada é compatível com os direitos fundamentais.

A hipótese estabelecida para a presente dissertação é que a decretação e execução de prisão preventiva para obtenção de uma colaboração premiada implicam a utilização de um instrumento de coação que retira a voluntariedade que caracteriza o referido meio de obtenção de prova.

No que tange ao marco teórico, sua composição ocorre pelos ensinamentos de três autores, quais sejam, Nereu Giacomolli (2016), que aborda o devido processo

penal em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil, Michelle Barbosa de Brito (2016), ao investigar os custos da delação premiada ao Estado Democrático de Direito, e Aury Lopes Jr. (2017), com suas lições sobre prisão preventiva.

Nesse sentido, o presente trabalho se sedimenta em três pilares, objetivando trazer recorte acerca do assunto que permeie seus aspectos mais relevantes, a saber:

O primeiro capítulo busca estudar a colaboração premiada. Para isso, estabelece, inicialmente, panorama acerca do modo como o tema “prova” é tratado no âmbito do processo penal. A relevância desse estudo se justifica pelo fato de que a natureza jurídica de qualquer instituto, consoante noção cediça, norteia a sua aplicabilidade no Direito.

No processo penal, pode-se dizer que a determinação da natureza jurídica é ainda mais importante, tendo em mira que o Direito Penal impõe graves sanções àquele que transgredir a norma, cabendo ao ramo que o instrumentaliza, ou seja, ao Direito Processual Penal, deter fortes bases com o objetivo de estabelecer as regras do jogo (MORAIS DA ROSA, 2015).

Por essa razão, conhecer o que é a prova e saber, além de suas classificações internas (típica/ritual, atípica/irritual, lícita/ilícita, emprestada), diferenciá-la de outras nomenclaturas, como meio de prova, sucedâneo de prova, fonte de prova, meio de obtenção de prova, elemento de prova, entre outras denominações, significa conhecer, de igual modo, o que pode, por exemplo, ser produzido em sede policial, sem o manto do contraditório.

Realizar este introito doutrinário, haja vista que o próprio Código de Processo Penal não dissecou o tema, é de suma importância para este trabalho, uma vez que após o estudo da prova será possível, desde já, identificar qual o lugar do instituto da colaboração premiada no processo penal e, em virtude disso, verificar quais os prejuízos decorrentes de eventual classificação equivocada (o que ocorre diuturnamente nos tribunais Brasil afora).

Após a análise da natureza jurídica da colaboração premiada, o capítulo se ocupa em estabelecer quais normas no Brasil tratam sobre o tema, buscando trazer a visão atual que se tem da colaboração na legislação pátria.

Depois disso, o segundo capítulo dissecou a prisão preventiva. Procura-se, nesse ponto, tratar da teoria das prisões cautelares e também dos princípios a elas aplicáveis.

Além disso, o segundo capítulo estabelece, de acordo com o Código de Processo Penal, quais são as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, reforçando, nesse ponto, as críticas que já foram feitas pela doutrina ao Código de Processo Penal pela abstração de alguns conceitos, o que gera arbitrariedades e injustiças.

Por fim, o capítulo mostra, de forma breve, dados do sistema carcerário com o objetivo de ressaltar o quanto a prisão excessiva e desnecessária contribui para o

caos do sistema, superlotado e ineficiente, bem como o quanto, em certa medida, as prisões cautelares não convivem bem com o princípio da presunção de inocência.

Estudadas separadamente a colaboração premiada e a prisão preventiva, o terceiro capítulo se ocupa de questionar a prisão preventiva decretada como etapa prévia à colaboração, utilizada, portanto, em claro desvio do processo penal como forma de coagir indiciados ou acusados.

Será discutida nesse capítulo a decretação da prisão preventiva como forma de garantir a colaboração, prática que não encontra respaldo constitucional e que viola não apenas o sentido do instituto, mas também princípios e direitos fundamentais.

Finalmente, o quarto capítulo estuda o caso de Milton Pascowitch, que, no âmbito da Operação Lava Jato, esteve preso e posteriormente realizou acordo de colaboração premiada. Busca-se, nesse ponto, investigar se a prisão do referido réu foi determinante ou não para a colaboração premiada.

O presente trabalho objetiva, portanto, estudar a colaboração premiada, a legislação que a ampara e as críticas decorrentes da prisão preventiva como forma de obtê-la, tendo como finalidade precípua questionar e, mesmo com a solução de alguns tópicos, incentivar novos questionamentos.

Ressalta-se, por fim, que para trazer luz aos questionamentos, a metodologia utilizada, mesmo porque se trata de tema atual, é centrada na pesquisa dogmática, na seara doutrinária e também no campo jurisprudencial, de modo a tornar possível observar como o direito e o judiciário brasileiro têm tratado o instituto, bem assim solucionar os entraves aqui descritos.

## A COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL

Diante do sem-fim de ilações realizadas acerca do instituto da colaboração premiada, a que primeiro salta aos olhos, justamente por tratar de seu imo, é a que versa sobre sua natureza.

Parece haver para a colaboração premiada, assim como para grande parte dos institutos jurídicos, inúmeras definições acerca de sua natureza, havendo quem a defina como prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova.

Por esse motivo, estando o tema do trabalho relacionado à matéria probatória, essencial trazer à lume, antes de quaisquer outras inferências, análise sobre a prova e suas principais características.

### 1.1 Prova: polissemia, classificação, momentos, sistemas e ônus

A questão da prova no processo penal é alvo de discussões e controvérsias que geram, por sua vez, ampla produção doutrinária.

A razão primeira a ser veiculada nesse trabalho como causadora de divergências é a multiplicidade de significados que decorrem do vocábulo “prova”. A concepção do que é prova depende do contexto social em que inserida. Tanto é assim que diferentes sistemas de valoração da prova são adotados em distintos lugares e diversas épocas, como se verá oportunamente.

Em nosso vernáculo, a palavra prova possui, ao menos, três significados dignos de nota.

A primeira acepção de prova que vem à mente quando na seara do processo penal é a que detém o significado de demonstração, de comprovação com o objetivo de convencer o magistrado - comumente considerado o destinatário da prova - acerca do que efetivamente ocorreu e que ora se discute judicialmente.

A necessidade de comprovação encontra guarida no brocardo latino que estabelece *quod non est in actis non est in mundo*, ou seja, o que não está devidamente documentado ou estabelecido nos autos, inexistente na esfera de conhecimento do magistrado, que tem o processo como fonte de todo o seu saber sobre o que se passa externamente e, por via de consequência, como esteio às decisões que profere.

Por este motivo, o que se estabelece nos autos - e, mais do que isso, as formas como as diversas visões e versões sobre os fatos são estabelecidas - são assuntos de extrema importância para todo o sistema judicial.

Pode-se dizer, inclusive, que o processo judicial se conecta ao mundo exterior por intermédio da prova, dela dependendo para o cumprimento, a fim e ao cabo, de sua função instrumental, que é a de conceder ao magistrado, a quem o Estado (e, em última análise, o próprio indivíduo que perante ele se posta) estabeleceu a tarefa de julgar, condições de decidir sobre o que não viu nem ouviu.

O processo sem a prova seria, portanto, além de impreciso, já que “às cegas”, extremamente injusto, no sentido de ser justa e adequada uma resposta jurisdicional congruente.

Nessa esteira, os princípios que informam a prova no processo penal, como o da vedação à obrigação de autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), da comunhão das provas, da congruência e do contraditório, ressaltam o papel conectivo da prova entre o juiz e o mundo.

Necessário, no entanto, ressaltar que não há irregularidade, injustiça ou mesmo a inutilização do processo apenas quando inexistente a prova, mas também quando inadequada a sua utilização, equívoco recorrente sobre o qual nos debruçaremos mais a frente.

Por ora, cabe lembrar que definir o papel da prova e estabelecer a diferença entre elementos de prova, fontes de prova, meios de prova, sucedâneos de prova, entre outras terminologias, é essencial para que o processo penal cumpra a sua finalidade.

O segundo significado possível do que é a prova se dá no âmbito de um atesto, de constatação de capacidade para ultrapassar determinado obstáculo.

Nesse sentido, o estudante realiza provas, bem como o maratonista, tendo em mira que ambos ultrapassam as barreiras impostas e se mostram capazes de cumprir o desafio (GOMES FILHO, 2008).

Por derradeiro, o terceiro significado da palavra prova é o científico, ou seja, de experimentação de uma hipótese, medida ou fórmula. Nessa acepção, a prova de um vestido de noiva, a prova de *buffet* para eventual contratação ou a prova da sessão fotográfica através de algumas fotos ou de fotos em miniaturas validariam a adoção do procedimento adotado pelo profissional, ocupando, assim, lugar de prova.

Observando os distintos significados, possível compreender, a um só tempo, a suma importância da correta definição da prova e, para além disso, a relevância da esmerada aplicação do que se considera prova.

Além da polissemia da palavra prova, brevemente explorada, necessário dizer que há diversas classificações quanto à prova, sendo necessário abordar algumas delas.

A primeira delas se refere ao fato de que a prova, no processo penal, se divide em nominada ou inominada, típica ou atípica, ritual ou irritual, anômala ou emprestada.

Prova nominada é aquela insculpida no bojo do Código de Processo Penal e inominada, por sua vez, é a prova que não foi mencionada pelo referido Código (GOMES FILHO, 2008). A distinção é importante para que se entenda que vige no

processo penal o princípio da liberdade probatória, segundo o qual, desde que não afronte o Direito, é admitida qualquer prova capaz de indicar o que efetivamente (não) ocorreu.

A divisão em típica e atípica, por seu turno, se refere à existência ou não de procedimento probatório específico no Digesto processual (FERNANDES, 2007). Dessa forma, é possível afirmar que determinada prova é, a um só tempo, nominada e atípica.

Para Badaró & Gomes Filho (2007), o procedimento probatório, a fim de que se considere típico o instrumento, pode estar presente em campo diverso, a exemplo da inspeção judicial, que, embora não prevista no campo processual penal, está presente no Código de Processo Civil.

Na esteira do procedimento probatório a ser adotado, a distinção entre prova ritual e prova irritual se situa justamente na observância do procedimento específico ou sua ausência. Assim, irritual é a prova típica que, não obstante possua procedimento específico, é produzida em violação a ele (BRASILEIRO, 2014).

A aludida classificação não se confunde com a denominada prova anômala, aquela utilizada com finalidade diversa daquela que lhe é própria (BRASILEIRO, 2014). Exemplo comum é o da apresentação de documentos contendo os relatos das testemunhas em vez da apresentação pessoal das testemunhas, procedimento que fere o contraditório, tendo em vista que impede que a parte contrária participe da colheita da prova.

É importante que a utilização de subterfúgios seja combatida por ambas as partes, mas especialmente pela defesa, que diuturnamente vê afrontados os seus direitos ao ser vítima de reconhecimento por fotografias e testemunhas *hearsay*, em claro desrespeito aos procedimentos de reconhecimento e de oitiva de testemunhas previstos no Código de Processo Penal.

Em relação a essa nomenclatura, importante lembrar que para alguns autores, a prova anômala é conhecida como sucedâneo de prova.

Segundo Scarance Fernandes (2011) – por todos -,

se prova é aquela resultante de instrução realizada perante o tribunal, no julgamento, com imediação e plena contraditório, o 'sucedâneo da prova' seria a utilização indevida como prova de elemento colhido em fases anteriores.

Explana ainda o autor que no Brasil não havia, antes de 2008, vedação da utilização de elementos do inquérito na sentença, apenas vozes doutrinárias e jurisprudenciais entendendo que tal utilização seria indevida por ofensa ao princípio do contraditório, sendo viável apenas se houvesse confirmação do elemento em provas produzidas em juízo.

Todavia, após a reforma processual de 2008, Scarance (2011) afirma que, com esteio no artigo 155 do Código de Processo Penal, o juiz só poderá considerar elementos informativos do inquérito na sentença quando se tratar de provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas.

Assim, prova passa a ser o que é produzido em contraditório, de forma que o elemento obtido na fase investigatória é informativo e não detém natureza de prova (exceto quando referente ao artigo 155 do Código de Processo Penal, que trata das provas antecipadas, não repetíveis ou cautelares produzidas sem observância do contraditório).

Por fim, a prova emprestada é aquela que, produzida em determinado processo, é utilizada em outro, objetivando a economia processual e a duração razoável do processo.

De acordo com entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça (2014) em processo cível,

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA. (...) Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

No que tange ao processo penal, necessário dizer que a prova emprestada deve ser admitida com prudência. É que na seara processual penal, as provas objetivam atestar a presença ou ausência dos elementos do crime e se há comprovação que o acusado é o autor do delito.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça (2016, 2017) tem assim decidido:

RESTITUIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PELO STF PARA FINS DO ARTIGO 1.030, II, CPC PARA ADEQUAÇÃO AO RE 601.314/SP JULGADO EM REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. MATÉRIA DISTINTA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM PROVA EMPRESTADA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA ILÍCITA. (...) 2. No âmbito da matéria criminal, por outro lado, resulta incontroverso do constructo normativo, doutrinário e jurisprudencial pátrio que é peremptoriamente vedada a utilização no processo penal de prova emprestada – do procedimento fiscal – sem autorização judicial.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEI N. 9.296/1996. CONTEÚDO À DISPOSIÇÃO DAS PARTES NO CURSO DA INSTRUÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA RESPEITADOS. PROVA EMPRESTADA. PARTES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. POSTERIOR SUBMISSÃO DA PROVA AO CONTRADITÓRIO. INTERCEPTAÇÃO DE CONVERSAS MANTIDAS COM NÚMERO DE TELEFONE LEGALMENTE INTERCEPTADO. LICITUDE DA PROVA. IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO DE LINHA TELEFÔNICA QUE MANTEVE CONTATO COM O NÚMERO MONITORADO. INFORMAÇÃO NÃO ALBERGADA PELO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL E PERÍCIA PARA

IDENTIFICAÇÃO DAS VOZES. DESNECESSIDADE. INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. SUFICIÊNCIA. SÚMULA 273/STJ. AUSÊNCIA DA DEFESA CONSTITUÍDA. DEFESA GARANTIDA PELO DEFENSOR DE CORRÉU. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO PARA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE. DECRETO CONDENATÓRIO BASEADO NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO BASEADO NA INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]3. Esta Corte Superior manifesta entendimento no sentido de que “a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo”.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ESVAZIAMENTO DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA POR EXCESSO DE LINGUAGEM. ANÁLISE VERTICAL E EXAURIENTE. OMISSÃO NA PEÇA ACUSATÓRIA. CONFIGURADA A EMENDATIO LIBELLI. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRESERVADOS. (...) 6. A jurisprudência é firme na compreensão de que admite-se, como elemento de convicção, a prova produzida em outro processo, desde que a parte a quem a prova desfavorece houver participado do processo em que ela foi produzida, resguardando-se, assim, o contraditório, e, por consequência, o devido processo legal substancial. Assim, produzida e realizada a prova em consonância com os preceitos legais, não há falar em decreto de nulidade.

Neste ponto, embora não diretamente relacionado ao trabalho, incluímos aqui a discordância com a adoção da prova emprestada nos termos em que entendida atualmente. Isso porque, ainda que tenha havido contraditório no processo de origem, a prova emprestada fere o princípio da imediação, segundo o qual o juiz deve travar contato com as provas produzidas.

A prova emprestada, mormente no processo penal, em que vige a presunção de inocência, é capaz de macular a imparcialidade judicial, contaminando-o prejudicialmente em virtude de outros fatos que em nada se relacionam com os analisados no segundo processo.

Encerrada breve classificação, assunto imprescindível à explanação sobre a prova é o que tange ao conflito verdade *versus* realidade. Isto porque paira eterno debate no processo penal a fim de determinar se este perquire a verdade formal ou a verdade real.

Em primeiro plano, é preciso esclarecer que a verdade no processo é tema extremamente abstrato e que, por diversas vezes, adotar determinada posição serve muito mais para acalmar os ânimos acadêmicos que necessitam de explicação para todos os fenômenos processuais que aos destinatários, a saber, os indivíduos envolvidos e, indiretamente, a sociedade.

Não se afirma aqui que a distinção entre verdade real e verdade formal é inútil;

não, o que se pretende afirmar é que a verdade não existe no processo. Verdade, segundo entendemos, é única e se refere ao fato que efetivamente ocorreu, sendo oposta ao que é falso, ou seja, ao que não ocorreu. O fato, como fenômeno, é imutável e fixo no passado.

No processo judicial penal, as partes são antagônicas, razão pela qual cada uma possui a responsabilidade e a oportunidade de provar o que alega (como veremos, posteriormente, na seção que trata do ônus e momento da prova). É possível afirmar, então, que existem duas verdades? Não. Existem versões acerca de um fato, porque são estas que podem ser alcançadas pelo magistrado.

Em nossa doutrina pátria, a verdade formal era tradicionalmente relacionada ao processo civil, estabelecendo que o juiz deveria se ater ao produzido nos autos e não detendo liberdade para a produção de provas, ao revés dos adeptos à busca da verdade real, tradicionalmente relacionada ao processo penal, pregando que, dado o valor “liberdade” em jogo no processo penal, o que efetivamente ocorreu deveria ser perquirido pelo juiz.

Tal entendimento já vem sendo debatido há tempos, como é possível observar da leitura de Dinamarco (1978):

a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a “segurança jurídica”, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou “segurança”, com base na qual o juiz preferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas.

Atualmente, mormente em virtude do advento do novo Código de Processo Civil, que incumbiu o magistrado de posição mais ativa, o argumento do referido autor ganha força, uma vez que o juiz deixa de ser mero destinatário para ser atuante na atividade probatória.

Ocorre que, não raro, a busca pela verdade real vem com um preço: a contaminação do juiz com os fatos sem que necessariamente descubra o que efetivamente sucedeu, maculando sua imparcialidade em nome de uma verdade real que – feliz ou infelizmente – nunca alcançará.

O que se deseja não é bem a verdade, mas a “ambição da verdade”, o que gera um Processo Penal do inimigo que deve ser evitado, buscando-se, inclusive, reduzir os espaços da discricionariedade e ativismo judicial (KHALED JR., 2013).

É interessante notar que essa tendência é moderna, já que doutrinas não tão antigas advogavam em favor do juiz tecendo distinções entre imparcialidade e neutralidade com o objetivo de, entre outros aspectos, conferir àquele suporte para maior atuação nos autos.

No entanto, esses são tempos passados. Atualmente, o ativismo judicial/realismo jurídico, visto inicialmente como forma de restar não “engessado” o juiz pela lei, atinge proporções alarmantes que devem ser discutidas e, se preciso, refreadas.

Isso porque quando o magistrado assume o controle da atividade probatória, se tornando, a um só tempo, delas remetente e destinatário (havendo aqui espantosa semelhança com o sistema inquisitório), o resultado tende a ser desastroso.

Que não se diga, em virtude do afirmado, que o juiz deve quedar como “fantoche” das partes, aceitando sem questionar o que lhe é trazido e restando imobilizado para requisitar informações quando assim entender pertinente. Não, o tempo de *bouche de la loi* é passado, ainda mais se considerarmos o Direito Penal de Emergência, capaz de gerar leis assombrosamente injustas e midiáticas.

Mas o magistrado também não é e nem deve ser o indivíduo responsável por descobrir a verdade. Essa não é a função do processo e muito menos a função do Estado.

O Estado atua, como se sabe, onde existe o conflito e cabe ao magistrado a solução desse conflito de acordo com o que lhe foi legitimamente apresentado (ou a depender do caso, com a ausência de comprovações bastantes), tendo em mira que, apesar de parecer a alguns, não é onisciente, onipresente e onipotente.

Assim, é de pensar se a denominação “verdade real” não deveria ser alterada para “juízo de certeza do magistrado” (calcado na legalidade, racionalidade e em trabalho intelectual), a fim de que o magistrado, que é constitucionalmente inerte até que provocado, não fira sua missão constitucional e institucional de restabelecer a paz social.

Sobre o tema, Ferrajoli (2002) expõe que

Hoje, parece sem dúvida inadequado e não confiável o realismo gnosiológico vulgar, que esteve na base da concepção do iluminismo, do juiz como a “boca da lei”. O descrédito científico que acompanha esta concepção tem gerado, todavia, na cultura jurídica, na falta de alternativas epistemológicas adequadas, uma difusa desconfiança em face do mesmo conceito de “verdade” no processo, alimentando atitudes cépticas e tentações decisionistas. A prevenção anticognitivista de grande parte da ciência e da filosofia do direito foi acrescida, ademais, de outros dois fatores: antes de tudo, dos inegáveis aspectos discricionários e valorativos exibidos na prática judicial, mas em grande parte devidos à carência ou à debilidade de fato das garantias nos sistemas penais positivos; em segundo lugar, da idéia - que como veremos é produto de um juízo metafísico - de que a falta de critérios objetivos seguros para afirmar que uma tese judicial é verdadeira torna inservível ou até mesmo desorientado o próprio conceito de verdade processual. Assim, faz parte do sentido e do uso comum afirmar que uma testemunha disse a verdade ou mentiu, que é verdadeira ou falsa a reconstrução de uma situação proporcionada pela acusação ou por uma alegação da defesa e que uma condenação ou uma absolvição é fundada ou infundada, segundo seja verdadeira ou falsa a versão dos fatos nela contida e sua qualificação jurídica. O conceito de verdade processual é, em suma, fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial. E dele não se pode prescindir, salvo que se opte explicitamente por modelos penais puramente decisionistas, e à custa de uma profunda incompreensão da atividade jurisdicional e da renúncia à sua forma principal de controle racional.

Por fim, Taruffo (2012) nos brinda com excelente reflexão sobre verdade, instruindo que

A verdade de um enunciado é univocamente determinada pela realidade do evento que este representa, e, portanto, é “absoluta” (no sentido de que não admite graus). O enunciado é verdadeiro ou não; não pode ser “mais ou menos” verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis: portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade. Por conseguinte, é o conhecimento da verdade que se qualifica como relativo, já que fundado nas razões pelas quais é provável que um conhecimento seja verdadeiro.

**Sobre a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz no sistema acusatório (que, embora não pareça nos dias atuais, é o adotado majoritariamente), Aury Lopes Jr. (2014):**

A gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um juiz-espectador, e não um juiz-ator (típico do modelo inquisitório).

Aspecto inerente à prova a respeito do qual o presente trabalho não pode se furtar de fazer explanação, ainda que sucinta, é o concernente ao momento da prova.

São quatro os momentos de produção da prova, a saber, proposição, admissão, produção e valoração.

Seguindo o curso natural do processo, o primeiro momento relevante na rota da prova é o da proposição, tendo em mira que é nele em que as partes requerem a produção de prova. No caso da acusação, esse momento ocorre na denúncia ou na queixa-crime e, para a defesa, a proposição se dá, em regra, no momento da resposta à acusação.

O segundo momento pertence ao magistrado, haja vista que a admissão é ato processual em que aquele examina as proposições realizadas pelas partes, admitindo ou não sua produção.

Nesse tocante, considerando a importância da prova no processo penal, entendemos que o magistrado deverá rejeitá-las apenas quando ilegais (ilegítimas ou ilícitas), protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, já que, consoante ressaltado anteriormente, não cabe a ele excluir eventuais elementos que poderão influir em seu convencimento.

O terceiro momento, essencial, é o da produção da prova, ou seja, quando as partes submetem a juízo os dados capazes de convencê-lo de suas respectivas versões.

Por derradeiro, após a proposição, admissão e produção das provas, o quarto momento retorna ao magistrado, já que é nesta etapa em que valora, baseado no livre convencimento motivado, as provas produzidas, culminando na sentença.

Ainda na temática da prova, essencial dizer não só os seus principais momentos, mas também quais provas não são admitidas por nosso ordenamento.

Em verdade, falar em “inadmissibilidade da prova” resulta em ranço legislativo e doutrinário que denota atecnia, tendo em mira que se, como já visto, a prova possui compromisso com a legalidade e com o contraditório – se diferenciando de seus elementos, ainda brutos -, o que não se admite no processo penal não é exatamente a prova, mas sim o que é incapaz de ser classificado como prova, ou seja, como instrumento informativo do juiz e que, por essa razão, não é admitida nos autos.

Simplificando: se prova é o dado –que antes era bruto- já valorado e em conformidade com a legalidade e contraditório, ou seja, se essas são características intrínsecas da prova, é incoerente dizer que a prova não foi admitida por ser ilegal.

Quando se fala, por exemplo, em “prova ilícita” (vedada pela Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LVI), utiliza-se, na verdade, o significado não jurídico de prova, haja vista que, se ilícita (ou seja, se obtida em violação do direito material) ou ilegítima (também inadmissível, mas obtida em violação do direito processual) não é capaz de provar coisa alguma e não deve adentrar nos autos (e, se adentrar, deve ser deles desentranhada – GRINOVER, 2013).

Armenta Deu (2014), em visão ainda mais abrangente da prova ilícita, afirma que

ao tratar dos tipos de prova ilícita, essa pode ter diferentes causas: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunho entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser irregular ou se tornar defeituosa. Também pode produzir-se em diferentes momentos (antes ou no processo); operar em benefício do causador da ilicitude ou de um terceiro, ou, finalmente, consistir em atuações de diferentes sujeitos (acusadores ou acusados).

Outra incorreção ocorre com a denominada prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*, teoria estampada no parágrafo 1º do artigo 157 do Digesto Processual) e com a chamada inadmissibilidade de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, tema de que se ocupa o parágrafo 1º do artigo 400 do referido Código.

Ora, se as informações são irrelevantes, impertinentes ou protelatórias é porque não se relacionam de fato com o objeto processual ou não são relevantes o suficiente para influírem no deslinde processual, razão pela qual nada provam no sentido estrito da palavra.

São exceções à inadmissibilidade da prova ilícita as descritas no artigo 157 do Código de Processo Penal, a saber, as provas derivadas das ilícitas que com ela não guardam nexos (e nesse ponto parece faltar coerência ao legislador, pois se não há nexos com as ilícitas, como seriam delas derivadas?) e as obtidas por fonte independente.

Ainda no âmbito da prova, essencial tratar dos sistemas que informam a valoração da prova, haja vista que, como dito anteriormente, a definição do que é prova possui estreita relação com o contexto social em que inserida.

Assim, não apenas diferentes países adotam distintos sistemas, mas também um mesmo país pode adotar, em momentos históricos diversos, sistemas diferentes.

Tradicionalmente, são três os principais sistemas de valoração da prova, a saber, o sistema da prova legal, o sistema do íntimo convencimento e, o sistema do livre convencimento motivado.

O primeiro deles, o sistema da prova legal – também denominado sistema da prova tarifada ou sistema da verdade legal -, estabelece que as provas possuem, dependendo da importância a cada uma delas atribuída por lei, valores distintos. O valor, nesse caso, influencia o magistrado, destinatário da prova, deixando pouco ou nenhum campo para sua liberdade.

É importante ressaltar, nesse passo, que a lei, dependendo do momento em que aplicado o sistema, pode ser estatal ou divina, uma vez que esse sistema remete tanto às ordálias (ou juízos de Deus), que consistiam na intervenção divina para que determinado indivíduo fosse considerado inocente ou culpado (perdendo ou vencendo uma prova, por exemplo) – cabendo ao juiz apenas a afirmação do resultado -, quanto às leis estatais responsáveis por tarifar (tabelar) as provas.

O juiz considera as provas, portanto, de acordo com o valor a elas conferido por lei. Sobre o tema, disserta COUTINHO (2005):

(...) há de se ver que muitas legislações aceitaram a previsão da possibilidade do juiz incorrer em erro, no momento de valoração dos meios de prova utilizados, razão pela qual fixou-se, na lei, uma hierarquia de valores referentes a tais meios. Veja-se, neste sentido, o sistema processual inquisitório medieval, no qual a confissão, no topo da estrutura, era considerada prova plena, a rainha das provas (*regina probationum*), tudo como fruto do tarifamento previamente estabelecido. Transferia-se o valor do julgador à lei, para evitar-se manipulações; e isso funcionava, retoricamente, como mecanismo de garantia do argüido, que estaria protegido contra os abusos decorrentes da subjetividade. Sem embargo, a história demonstrou, ao revés, como foram os fatos retorcidos, por exemplo, pela adoção irrestrita da tortura.

O sistema da prova legal, consoante noção cediça, não é considerado adotado no país. Tanto é assim que, conforme veremos posteriormente, a confissão não é, entre nós, considerada prova, tendo em mira se tratar de mera declaração do acusado, que não tem condão, portanto, de provar determinado fato.

No entanto, é possível observar resquícios do sistema nos artigos 62 e 158 do Código de Processo Penal, que estabelecem, respectivamente, que o juiz somente declara extinta a punibilidade por morte à vista da certidão de óbito e que indispensável o corpo de delito quando a infração deixar vestígios, não podendo ser suprido pela confissão.

As críticas feitas ao sistema residem no fato de que estabelecidos valores diversos para provas distintas, possível a manipulação das provas e, por via de

consequência, o surgimento de absurdos jurídicos e injustiças.

Uma pessoa apenas, por exemplo, poderia ser desacreditada em seu testemunho, mas duas pessoas, unidas por uma versão inventada, poderiam facilmente convencer o magistrado tratar-se do que efetivamente ocorreu.

O segundo sistema a ser estudado é o sistema do íntimo convencimento, também denominado sistema da prova livre.

Diametralmente oposto ao primeiro sistema, esse entende que o juiz é livre na apreciação da prova, de forma que não detém obrigação de externar o que sucedeu em seu íntimo, noutras palavras, quais as convicções responsáveis por sua decisão.

Por essa razão, o segundo sistema recebe o nome de sistema da convicção moral, isto é, a subjetividade do julgador é o parâmetro de valoração da prova e aplicação da norma.

Em nosso direito pátrio, o sistema da íntima convicção é admitido somente no Tribunal do Júri, haja vista que os jurados decidem de acordo com suas certezas morais.

Todavia, não é possível falar em aplicação pura do sistema nem mesmo no caso apontado, tendo em vista que os jurados devem se ater às provas dos autos, cabendo apelação, nos termos do artigo 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, da decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

As críticas referentes a esse sistema se dão por compreender que a liberdade excessiva gera arbitrariedades e que, sendo o juiz a manifestação do Estado na vida dos cidadãos, que a ele submetem suas angústias, não pode decidir de acordo com sua certeza moral, variável de pessoa para pessoa.

O terceiro sistema a ser explanado, que guarda maior relevância por ser o adotado no Brasil, é o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Semelhante ao sistema anterior por fixar a atividade de valoração da prova no magistrado, dele diverge quanto à motivação.

Este sistema surge, em verdade, como forma de conciliar o que de melhor existe nos dois sistemas anteriores.

Enquanto no sistema da certeza moral bastam as convicções íntimas do julgador, neste o convencimento, embora livre, deve ser obrigatoriamente motivado. Conquanto haja persuasão, esta deve ser racional, ou seja, se busca aqui o afastamento da subjetividade.

Neste tocante, é importante lembrar que o juiz, como ser humano que é, não está livre de julgamentos, de convicções íntimas, de posições.

No entanto, ao exercer sua atividade, deve fundamentar sua decisão (em atenção ao princípio da motivação das decisões judiciais, presente no artigo 93, IX, da Constituição da República, e no artigo 155 do Código de Processo Penal) na prova, que deve estar presente nos autos e produzida sob o manto do contraditório.

Acerca do tema, vale a aula de Giacomolli (2016):

A fundamentação adequada, do ponto de vista jurídico, há de passar pela dupla filtragem: constitucional e convencional, em uma compreensão inserida na complexidade dos fatos, regras e princípios. Uma decisão não encontra fundamentação adequada quando há uma simples escolha, uma eleição de sentido que convém ao órgão julgador, mas sim quando emerge o convencionalizado como adequado, ou seja, o pertencente à realidade da vida, ao mundo jurídico, a partir da CF e dos diplomas internacionais. As escolhas feitas antes do exame da situação fática e jurídica e a reprodução de mero sentido, contido no fato e na norma, são pré-compreensões inautênticas, pois através da fundamentação é que o juiz dará, de forma argumentativa, sentido ao texto e à norma, dando a resposta adequada ao fato. Por isso é que a fundamentação demonstra como o caso foi interpretado, como está sendo dada a explicação do compreendido, que está produzindo sentido e não simplesmente reproduzindo-o.

Sobre os sistemas de valoração da prova, importa fazer ressalva: embora se tenha trazido os três sistemas usuais em concepção estritamente jurídica – já que não é este o escopo do trabalho -, vale lembrar que há outros sistemas (ou enfoques) dados à valoração da prova por outros autores.

Por todos, Jordi Nieva Fenoll (2010), que trabalha cinco enfoques da valoração da prova, a saber: o jurídico (com os *standards* probatórios), o epistemológico ou gnosiológico, o psicológico, o probabilístico matemático, e o sociológico.

Expostos, por fim, os sistemas da valoração da prova, importante lembrar que, para além do vocábulo *prova*, há construção doutrinária e jurisprudencial, considerada a insuficiência legislativa, no sentido de ampliar o leque probatório para nele incluir não apenas a prova, mas o meio de prova, meio de obtenção de prova, fonte de prova, objeto de prova e sucedâneos de prova.

A conceituação das mencionadas expressões é essencial para a compreensão da importância que a prova e suas derivações possuem no processo penal, bem como o quanto é temerária a má utilização ou mesmo a inutilização de tais termos.

## **1.2 Dicionário da matéria probatória: considerações**

O Código de Processo Penal, que instrumentaliza o Direito Penal, deveria deter as corretas terminologias, mas utiliza em artigos sequenciados a palavra prova indistintamente, quando, em verdade, cada vez que as emprega pretende designar outras terminologias, como fonte de prova, meio de prova e meio de obtenção de prova.

O referido Código inicia sua regulamentação da prova no Título VII (artigos 155 a 250), abrangendo nessa nomenclatura as disposições gerais sobre a prova, o exame de corpo de delito, as perícias em geral, o interrogatório do acusado, a confissão, a declaração do ofendido, as testemunhas, o reconhecimento de coisas e pessoas, a acareação, os documentos os indícios e a busca e apreensão.

Assim, são quase cem artigos, desdobrados em parágrafos e incisos, que tratam de temas ligados à atividade probatória, mas essencialmente diferentes, como se iguais fossem. As diferenças profundas, é bom dizer, impactam e influenciam o processo penal e, por isso, devem ser ressaltadas.

Demais disso, o rol é meramente exemplificativo, existindo outros instrumentos no próprio Código de Processo Penal, a exemplo da reprodução simulada dos fatos (estampada em seu artigo 7º), e em legislações esparsas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei das Organizações Criminosas.

A ausência de glossário legal, portanto, deixa a cargo da doutrina e da jurisprudência a definição dos conceitos afetos ao tema, sobre os quais faremos breve análise.

Em primeiro plano, o conceito mais comum quando se trata de prova é aquele referente à atividade probatória, que consiste nos atos realizados a fim de verificar determinado fato. A atividade probatória é, portanto o conjunto desses atos, envolvendo tudo o que se refere à verificação dos fatos.

Com ela não se confunde, importa ressaltar, a fonte de prova. Fonte, como o próprio nome sugere, refere-se à nascente, ou seja, à procedência.

Nesse sentido, pessoas (denominadas fontes pessoais) e objetos (fontes reais) podem ser considerados fontes de prova, tendo em mira que são idôneos à produção de um resultado.

Apenas para simplificar ao máximo, quando se fala, portanto, em prova testemunhal e prova documental, a testemunha levada a juízo e o documento coligido aos autos são a fonte das informações que poderão construir a convicção do magistrado.

O glossário também é útil quando se trata da definição de “elemento de prova” e “objeto da prova”.

O elemento de prova é, em simples palavras, o que se extrai da fonte de prova, pessoal ou real, mas que ainda não foi valorado pelo magistrado. Trata-se, portanto, da informação nua, crua, bruta.

Entender que o elemento de prova não é o mesmo que prova é essencial para a compreensão deste trabalho, tendo em mira que o elemento de prova é o que se produz, por exemplo, na investigação/inquérito policial, não estando revestido de contraditório.

Por esse motivo, os elementos informativos, conforme aduz o artigo 155 do Código de Processo Penal, não podem ser fundamento exclusivo da decisão do magistrado.

Objeto da prova, por sua vez, são todas as alegações de ambas as partes, suas versões, fatos narrados que devem ser comprovados.

Assim, como o nome deixa entrever, o objeto da prova é a alegação, pois com a prova se pretende afirmar, negar ou esclarecer o que está em discussão nos autos.

Ainda são interessantes as expressões “resultado probatório” e “ônus da prova”. Resultado probatório é aferição realizada pelo magistrado após a produção das provas, sobre os elementos e fontes constantes nos autos, ao passo que o ônus da prova é, em simples resumo, a responsabilidade de produção de prova que recai sobre as partes em diferentes momentos.

O ônus, ressalte-se, não se confunde com obrigação, tendo em mira ser plenamente possível que determinada parte deva provar algo, mas não o faça. Nesse caso, sofrerá pela omissão, do mesmo modo que, provando, é possível que obtenha determinado benefício.

Outra expressão que frequente e equivocadamente é confundida com a prova é “meio de prova”, malgrado o nome seja claro. O meio de prova é instrumento capaz de levar ao processo um dado relevante à decisão judicial.

De acordo com Marcolino de Jesus (2015), os meios de prova são os elementos de que o julgador pode se servir para formar a sua convicção sobre um fato, são fontes de que o juiz extrai os motivos de prova.

Tendo em mente a definição, excetuada a busca e a apreensão (meio de obtenção de prova), todos os instrumentos listados no Código de Processo Penal são, em verdade, meios de prova, embora genericamente denominados provas.

Assim, a perícia (artigos 158 a 184), o interrogatório (artigos 185 a 196), a confissão (artigos 197 a 200), o depoimento do ofendido (artigo 201), o depoimento das testemunhas (artigos 202 a 225), o reconhecimento de pessoas e coisas (artigos 226 a 228), a acareação (artigos 229 e 230), os documentos (artigos 231 a 238) e os indícios (artigo 239), malgrado previstos no Código de Processo Penal sob a alcunha de “provas”, são meios de prova, pois é através desses instrumentos que as informações são levadas a juízo.

Relembrados os meios de prova, não se pode olvidar dos meios de obtenção de prova, que se constituem por instrumentos capazes de coletar fontes ou elementos de prova.

Corroborando o asseverado o conceito de Germano Marques da Silva (*apud* Francisco Marcolino de Jesus, 2011):

Os meios de obtenção de prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos

São meios de obtenção de prova a interceptação telefônica, a busca e apreensão, a quebra de sigilo bancário e financeiro, regulamentada pela Lei Complementar 105/2001, a quebra de sigilo fiscal, estampada na Lei Complementar 104/2001 e no artigo 198 do Código Tributário Nacional, e a infiltração de agentes, prevista nos artigos 10 a 14 da Lei 12.580/2013.

Esclarecidas as principais terminologias utilizadas no universo probatório, se chega ao ponto culminante do capítulo, qual seja, a localização do instituto da colaboração premiada no cenário da prova e as consequências que dela decorrem.

### **1.3 Colaboração premiada: nomenclaturas e papel no cenário probatório nacional**

Inicialmente, não há como falar de colaboração premiada sem tratar da delação premiada e fazer breve esboço histórico.

A delação premiada existe, pelo menos, desde os tempos bíblicos, já que Judas, participante de um grupo considerado subversivo, forneceu a localização de Jesus em troca de sua liberdade e trinta moedas de prata.

Mas, para citar Luciano de Oliveira (2004), não é necessário voltar ao Código de Hamurabi.

É certo que a delação é feita ao longo de milênios e em diversos países, mas no Brasil, recorte que importa, a delação é mais recente.

Havia previsão da delação nas Ordenações Filipinas (vigentes de 1603 a 1830), que em seu livro V, título CXVI, estabeleciam que qualquer pessoa que desse à prisão um dos culpados seria perdoado livremente, ainda que igual na culpa.

Além dessa previsão, no livro VI, título XII, das mesmas Ordenações havia também perdão e benefícios para quem delatasse indivíduo que cometeu crime de Lesa Majestade, o que provavelmente deu origem à delação brasileira mais famosa (até as recentes da Lava Jato), já que Silvério dos Reis denunciou Tiradentes e demais Inconfidentes mineiros com base nesse dispositivo.

Em troca, recebeu, de acordo com Tosto (2007), títulos em Portugal, perdão das dívidas, ouro, residência e cargo público, tendo se mudado para Campos dos Goytacazes para realizar novos malfeitos, inclusive nova delação, dessa vez falsa, mas corroborada por duas testemunhas com quem havia combinado a versão.

Expulso da cidade, mudou-se para a Baixada Fluminense e morreu no Maranhão, com sua vida certamente transformada (talvez para melhor) com as delações apresentadas.

Outro caso emblemático é a delação ocorrida na Conjuração Baiana, em que poderosos, a fim de se verem livres da acusação de conluio e conspiração para revolução, entregaram seus próprios escravos e outros homens livres como bodes expiatórios.

Não se pode esquecer também do período da Ditadura, em que as delações eram frequentes e utilizadas como forma de descobrir as reuniões e organizações, ao mesmo tempo em que livravam os informantes de qualquer penalidade.

Todavia, até então, embora existisse a delação, as recompensas não eram concretamente definidas.

A delação, atualmente presente em diversas nações (que inclusive inspiraram o Brasil, como Estados Unidos e Itália), é, nas palavras de NUCCI (2010, p. 778),

a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o (s) comparsa (s). É o dedurismo oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade.

A delação adentra no Brasil pela Lei 8.072, de 1990, que incluiu o quarto parágrafo no artigo 159 do Código penal, estabelecendo, em relação ao crime de

extorsão mediante sequestro que “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (redação posteriormente alterada pela Lei 9.269, de 1996, apenas para trocar “quadrilha ou bando” por “concurso” e “coautor” por “concorrente”, mas mantendo a redução de pena).

A delação premiada também consta na Lei nº 8.137, de 1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), em seu artigo 16, parágrafo único – inclusive de forma bem vaga ao informar que haverá redução da pena do coautor ou partícipe que revelar à autoridade “toda a trama delituosa”.

O artigo 87 da Lei nº 12.259, de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, complementa ao tratar do acordo de leniência, que suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação ao beneficiário da leniência.

A Lei 9.034, de 1995, atualmente revogada, trazia em seu bojo a delação premiada combinada com espécie de confissão, já que seu artigo 6º estabelecia a redução de pena nos crimes praticados em organização criminosa quando o agente, de forma espontânea, esclarecesse infrações penais de sua autoria.

Posteriormente, a delação premiada foi inserida também no âmbito dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, com o artigo 1º, §5º, da Lei nº 9.613, de 1998 (já com a redação alterada pela Lei nº 12.683, de 2012), que informa a redução de pena ou mesmo que esta deixe de se aplicada quando há colaboração espontânea do coautor/partícipe ao prestar esclarecimentos capazes de conduzir à apuração do crime, identificação dos coautores/partícipes e localização de bens, direitos ou valores objetos do crime.

Além desses diplomas, a delação está prevista na Lei nº 11.343, de 2006 (Lei de Drogas), artigo 41, que afirma que a colaboração voluntária do acusado/indiciado na investigação policial e processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime reduz de um terço a dois terços da pena.

É possível perceber que, embora presente a delação premiada, não havia, de fato, regulamentação sobre ela. Aliás, nem se trata propriamente de acordo, de colaboração, mas de delação, de repasse de informações, tanto é que o Ministério Público nem mesmo é mencionado.

Talvez os níveis de insegurança e abstração do instituto sejam responsáveis por tornar a delação até recentemente desconhecida da maioria dos brasileiros.

Para que fosse realizada a primeira delação premiada na história recente do Brasil, a do doleiro Youssef no caso Banestado (ARAS, 2005), foram utilizadas as Leis nº 9.807, de 1999, e 10.409, de 2002 (antiga lei de drogas, aplicada por analogia).

Clara, portanto, a ausência de regulamentação.

Surge, então, a Lei nº 12.850, de 2013, que, revogando a mencionada Lei nº 9.034, de 1995, trata sobre organizações criminosas e colaboração premiada.

Temos, aqui, um novo paradigma. Se vistas anteriormente hipóteses de delação, a mencionada lei traz outra nomenclatura, a saber, colaboração.

A lei que mais havia se aproximado dessa ótica de colaboração até então é a Lei 9.807, de 1999, que trata, entre outros assuntos, da proteção de acusados ou condenados que tenham, de forma voluntária, prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, mas ainda assim não envolve o Ministério Público, sendo realizada entre o réu e o juiz, que decide o *quantum* da pena.

Outra lei que traz a visão de acordo no processo criminal é a Lei 9.099, de 1995, que trata dos Juizados Especiais Criminais estaduais e traz instrumentos como a transação e a suspensão condicional do processo. No entanto, os artigos são escassos e rasos.

Percebemos, então, que a colaboração envolve aspectos mais intrincados que a delação, que ainda carece de regulamentação. Considerando que o presente trabalho trata da colaboração premiada, não obstante suas semelhanças com a delação, apenas esta será mencionada daqui em diante.

Acolaboração premiada designa o ato pelo qual o suspeito, corréu ou condenado, a fim de se beneficiar (pelo abrandamento ou inexistência de punição sobre si), fornece ao Ministério Público informações capazes de desmantelar organização criminosa.

A Lei 12.850/13 traz regulamentação do instituto, estabelecendo forma e conteúdo da colaboração.

Mas, antes de falar da colaboração propriamente dita, necessário situar a lei no cenário nacional.

Antes da referida lei, havia séria dúvida sobre o conceito de organização criminosa, pois sua definição constava apenas na Convenção de Palermo, de 2000, e, ainda assim, era genérica, o que fez com que o STF (HC 96007/SP) entendesse atípica a conduta de quem cometia lavagem de dinheiro com fundamento na organização criminosa, já que a definição de organização inexistia no ordenamento interno (SANCHES, 2014).

O surgimento da Lei nº 12.694, de 2012, sanou a questão conceitual, pois considerou, em seu artigo 2º, como organização criminosa a associação estruturada de três ou mais pessoas, com divisão de tarefas (ainda que informalmente) e com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza (direta ou indiretamente) mediante a prática de crimes com pena máxima igual ou superior a quatro anos ou de caráter transnacional.

No entanto, a referida norma não trouxe detalhes sobre o procedimento criminal envolvendo a organização criminosa. Tanto é assim que, surgida a Lei nº 12.850, de 2013, a Lei nº 12.694 continua vigente em todas as suas disposições, exceto a que tratava do conceito de organização criminosa.

A Lei nº 12.850, por sua vez, alterou o conceito e considerou organização criminosa a associação estruturada de quatro ou mais pessoas, com divisão de

tarefas (ainda que informalmente) e com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza (direta ou indiretamente) mediante prática de crimes com pena máxima superior a quatro anos ou de caráter transnacional.

Alteradas, portanto, a quantidade de agentes e a pena máxima das infrações.

Além disso, a lei trouxe pela primeira vez a criminalização da figura da organização criminosa, consoante seu artigo 2º, sendo delito autônomo. Ocorrendo crimes decorrentes da organização, há cumulo material.

O artigo 3º traz, então, os meios de obtenção de prova permitidos em qualquer fase da persecução penal, entre eles a colaboração premiada, que é regulamentada pelos artigos 4º a 7º.

Nos referidos artigos, são estabelecidos os possíveis prêmios concedidos ao colaborador (perdão judicial, redução de pena, substituição da pena privativa de liberdade e até mesmo a ausência de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público), os atos de colaboração (identificação de coautores, revelação da estrutura da organização, devolução de valores e localização de vítimas), o papel do juiz na colaboração, os direitos do colaborador, os requisitos do termo de colaboração e outros aspectos processuais.

Logo de início é possível comparar o artigo 4º com o que prescrevem as outras leis que trazem previsão de delação e perceber que a colaboração não se confunde com a delação. Embora possuam a mesma natureza jurídica, a colaboração exige mais do acusado/indiciado e (ao menos tese) também lhe proporciona mais benefícios.

Enquanto a delação foca na entrega dos coautores, a colaboração inclui outras formas de participação, como a devolução de valores e mesmo a prevenção de outros crimes que seriam cometidos pela organização. Para que aceite, consoante a legislação apontada, deve ser efetiva e voluntária.

Passando à análise dos incisos e parágrafos do artigo 4º, a percepção é semelhante àquela que se tem na leitura de quase toda lei penal/processual penal: ausência de precisão e vulnerabilidade do acusado/indiciado.

Por exemplo, quando trata dos atos de colaboração, o que significa “a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada”? O que seria a integridade física preservada? Sem lesões, com poucas lesões, viva? O legislador não diz.

Além disso, é possível que o colaborador proceda a um ou mais atos de colaboração e ainda assim não receba o seu prêmio.

Sim. O acusado/indiciado, que não é obrigado a confessar e nem a produzir prova contra si, pode escolher colaborar, de fato prestar informações e ainda assim sair sem prêmio algum, já que o primeiro parágrafo do artigo 4º informa que o benefício será concedido considerando “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Pergunta-se: qual se espera que seja a personalidade do colaborador que

integra organização criminosa? Angelical? Quão grave deve ser o crime para que a delação seja aceita?

Pior: tais obstáculos são informados antes ou aquele que deseja colaborar só percebe que foi enganado posteriormente? Quem decide e com quais critérios a repercussão social do fato criminoso?

O parágrafo 4º do mesmo artigo afirma que o Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Percebe-se que o legislador fica confuso quanto à finalidade da colaboração tentando inserir alguma ética onde, na verdade, não existe. O líder da organização criminosa não pode ficar impune, mesmo que isso signifique o desmantelamento da organização, a punição de outros membros e a causa de não haver mais crimes praticados pela organização criminosa no futuro.

Por outro lado, qualquer membro que não seja o líder pode ter esse benefício desde que cumpra um dos incisos do artigo 4º, ainda que suas informações não exterminem a organização criminosa.

Além disso, como o colaborador poderia saber se foi o primeiro a prestar a efetiva colaboração se essas são sigilosas até o recebimento da denúncia? Jogada de sorte, certo?

O artigo 5º, que trata dos direitos do colaborador, reacende o debate sobre a publicidade opressiva nos processos criminais e da colisão *free pass vs. fair trial* (SCHREIBER, 2008) ao prever que aquele deve “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” e que não deve ter “sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito”.

Não é o que vemos diuturnamente nos meios de comunicação. Por todos, a espetacularização da Lava Jato. E que não se diga que a vida pública (de políticos, principalmente) permite esse tipo de desrespeito a direitos fundamentais. Não obstante a teoria da proteção débil do homem público, não só a vida pública não justifica a perda de direitos ou relativização excessiva como a Operação envolve indivíduos dos mais diversos setores e que tiveram suas vidas pessoais devassadas.

São tempos em que “a mídia se transmuda de mecanismo legitimador em mecanismo executório informal do sistema penal” (ANDRADE, 2010).

Por certo o interesse público existe. Mas noticiar o que os colaboradores comem na cadeia (R7, 2016) e permitir a divulgação fotos de suas cabeças raspadas (BRITO, 2017) ultrapassa qualquer interesse e só preenche um lado desprezível dos seres humanos.

Como se vê, a legislação, que já é falha, está longe de ser cumprida.

Ultrapassadas as críticas à legislação, necessário dizer que a colaboração premiada com a confissão não se confunde, haja vista que a confissão é declaração judicial ou extrajudicial do indivíduo (que, no último caso, deve ser corroborada em

juízo) sobre os atos por ele cometidos com o fito de atenuar sua pena.

A confissão é, ainda, considerada meio de prova ou meio de defesa e constitui atenuante da pena, nos termos do artigo 65 do Código Penal.

Na colaboração, por sua vez, as recompensas são maiores porque as consequências também o são, tendo em mira que o indivíduo não trata apenas de si, mas é capaz de manipular o curso do processo ao apresentar outras pessoas que também participaram do ilícito ou indicar detalhes não descobertos pelo Estado.

Por esse motivo, a colaboração é também chamada de “traição premiada” e comumente considerada “institucionalização do dedo-durismo”.

Alguns pretendem afirmar que a colaboração é mais abrangente que a delação, a exemplo do jurista Luiz Flávio Gomes (2005), que afirma que “não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da Justiça pode assumir culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador)”.

No entanto, parece que a modificação de nomenclatura, ainda que para tornar palatável o instituto, é mero eufemismo, pois não faz com que pareça mais honesto ou moralmente aceitável.

Embora não seja o escopo do trabalho, tendo em vista que se parte do pressuposto de que a colaboração premiada é uma realidade e que deve ser discutida como tal, mormente em seus aspectos processuais, não se pode furtar à crítica de que a colaboração deixa exposta a falha do Estado e sua falta de compromisso com o ser humano e sua ressocialização.

Aceitar a colaboração premiada como a única forma de combater o crime – ou a primeira a ser utilizada, como tem ocorrido – é assinar o manifesto a favor da crença de que existe gente “de bem” e que o criminoso, por ter comprovada a sua ausência de caráter, está sujeito a toda sorte de acordos espúrios.

É medida de um Estado desesperado que abre mão da legalidade e mesmo da justiça ao permitir, na colaboração posterior à sentença, pena reduzida até a metade ou mesmo a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos!

O mesmo criminoso, que é comumente visto com desdém e descrédito em seu interrogatório, sendo inimigo da sociedade, se torna o amigo número 01 e veraz porta-voz do Estado no combate à corrupção.

Que o Estado não acredita no réu todos sabemos. Mas o réu sabe que está sendo usado por um Estado que pode, como visto, descartar sua colaboração se julgar que sua personalidade não está dentro dos padrões ou que a repercussão social não foi suficiente?

Com a colaboração premiada, o Estado passa a “dessocializar” o réu, que acredita ainda menos no Estado, pois que autoridade possui para lhe censurar um Estado que é capaz de se valer do seu expediente criminoso apenas para contar à sociedade que “solucionou” (muitas aspas nesse ponto) o problema?

Feitas as breves críticas, é importante situar a colaboração premiada no cenário

probatório. Isso porque, embora não se concorde com inúmeros de seus aspectos, ela é real, cada vez mais utilizada e – pior – cada vez utilizada de maneira mais prejudicial.

A colaboração premiada, como se pode observar após a análise até aqui realizada, constitui, no âmbito processual penal (haja vista que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que materialmente tem natureza de perdão judicial – quando previsto ou negociado o perdão, gize-se) um meio de obtenção de prova, tendo em mira que se trata de instrumento hábil à colheita de fontes ou elementos de prova.

Sobre o tema, BRITO (2016) faz análise sobre a delação que pode ser aproveitada para a colaboração (não há, para a autora, diferença entre meio de prova e meio de obtenção de prova):

Preliminarmente, há que se fazer uma distinção entre prova e meio de prova. Com apoio em Marco Antonio de Barros, entende-se que a prova é um instrumento da verdade, o que não deve ser confundido com o meio de prova, que, segundo o autor, “é todo instrumento que se destina a levar ao processo um elemento, uma informação a ser utilizada pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes”, ressalvando-se, por óbvio, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Assim, em relação ao sujeito delatado, a delação premiada é um meio de prova, na medida em que se presta a levar ao processo informações que contribuirão para a formação da convicção do juiz sobre o caso e, mais precisamente, sobre a conduta delituosa do delatado. Quanto ao delator, na medida em que pressupõe a confissão, a delação premiada também proporciona elementos de convicção ao juiz, sendo, portanto, também meio de prova. Em hipótese nenhuma, deve ser considerada um instrumento da verdade (prova), pela simples razão de que o seu conteúdo pode não corresponder à realidade (ou verdade) dos fatos.

Corroborando o asseverado o entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC nº 127483/PR, relator Ministro Dias Toffoli:

(...) 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.(...)

No entanto, não obstante clara a sua natureza jurídica, não se tem dado o tratamento que deveria ser concedido à colaboração por ser meio de obtenção de prova, o que gera severos prejuízos aos envolvidos no processo.

Explica-se: a colaboração premiada consiste em negociação da qual o juiz não participa. A formalização das negociações ocorre entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

O magistrado, a fim de que não se contamine com o conteúdo produzido no acordo, não participa, o que é bom, mas também não há contraditório, o que é ruim. O juiz apenas homologa o acordo e está legalmente proibido de sentenciar apenas com fundamento no acordo, mas nada fala a lei sobre seu valor probatório.

A compreensão mais adequada a um processo penal calcado na proteção de direitos fundamentais é de que não há prova sem contraditório, de modo que a colaboração premiada, sendo meio de obtenção de prova, resta destituída de eficácia probatória quando utilizada unilateralmente pelo corréu, indiciado, partícipe.

Nesse sentido é a posição apresentada por Badaró (2014) a respeito da delação, que se aplica também à colaboração:

Para ser considerada a delação deve ter três requisitos: (1) o corréu que fez a delação tenha confessado sua participação no crime; (2) a delação encontre amparo em outros elementos de prova existentes nos autos; (3) no caso de delação extrajudicial, que tenha sido confirmada em juízo. Sem estes requisitos e sem que tenha sido respeitado o contraditório, com possibilidade de reperguntas pelas partes, a delação não tem qualquer valor, sendo um ato destituído de eficácia jurídica.

A começar pela nova nomenclatura, colaboração premiada, introduzida pela Lei nº 12.850/2013, o agente passa a ser denominado “colaborador” do Estado, sendo possível até mesmo que, como visto, não sendo ele o líder da organização criminosa ou o primeiro a prestar efetiva colaboração, o Ministério Público deixe de oferecer denúncia, em clara afronta ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Assim, percebe-se que a colaboração premiada se trata de verdadeira “corrida do ouro”, ganhando os melhores prêmios aquele que primeiro expõe a estrutura da organização.

Cristalino o fato, portanto, que a colaboração premiada no Brasil, por ter inspiração em diversos institutos alienígenas, aqui aportou sem que, contudo, possuísse sólida base. Pior, aqui ancorou – e, ao que parece, para ficar – sem demonstrar compatibilidade com os princípios processuais penais e, reflexamente, com os princípios constitucionais.

Assim, considerando que a colaboração premiada já não observa as regras, passa-se à segunda etapa do trabalho, que consiste em analisar a prisão preventiva em todos os seus aspectos, passando também pelo caos penitenciário, para então compreender o que, de fato, significa a prisão preventiva como método de coação para prática de delação.

## PANORAMA DA PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Feitas as exposições sobre a colaboração premiada e seus aspectos processuais, o presente capítulo tem como objetivo tratar sobre prisão preventiva, considerando que o trabalho trata da prisão preventiva como forma de coação para obter colaboração processual.

Por essa razão, nessa seção trataremos das bases da prisão preventiva, a saber, quais são os princípios que a norteiam, quem pode ser preso preventivamente, quando e por quais razões, buscando esclarecer o tema de forma didática.

### 2.1. Teoria e principiologia das prisões cautelares

Em primeiro lugar, não há como começar esse tópico sem tratar do princípio da presunção de inocência, que é oposto e, em certa medida, regulador das prisões.

Segundo esforço histórico realizado por Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró (2016), a primeira aparição marcante do princípio se deu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assim dizia em seu artigo 9º: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”.

Neste momento, estava plantado o embrião da esperança e da garantia ao homem dada por seus semelhantes da confiança em julgamento justo, capaz de, ao fim, revelar se culpado ou não o indivíduo.

Reconhecido o avanço, em 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou, com a assinatura de inúmeros países (inclusive o Brasil), a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Estabelecia-se nessa declaração, em seu artigo 11, §1º, que todo acusado detinha o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tivesse sido provada de acordo com a lei, mediante julgamento público e asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.

Apenas dois anos depois, em 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem aduziu em seu artigo 6º que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Ainda na seara internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que teve adesão do Brasil em 1992, traz como garantia processual a presunção de inocência, como se observa da leitura de seu artigo 14.2: “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Por fim, imprescindível trazer ao rol a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), também adotado pelo Brasil, que trouxe, em seu artigo 8º, a presunção de inocência ao afirmar que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Possível visualizar, deste breve detalhamento histórico, o efeito *cliquet* em relação à presunção de inocência. Noutras palavras, diversos países, após esses documentos históricos se negaram a retroceder, inserindo em suas Constituições a previsão expressa do princípio em comento.

Entre eles o Brasil, que fez constar na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito de sentença penal condenatória”.

Ao inserir na Constituição expressamente a presunção de inocência, e mais, no artigo 5º, que trata das garantias e direitos fundamentais (embora não se trate de rol exaustivo), o constituinte quis estabelecer o quanto é relevante a observância da presunção de inocência.

Nesse ponto, a expressão utilizada pelo constituinte é o que menos importa. Em vez de utilizar, como visto nos documentos anteriores, a expressão “inocente”, a Constituição dá conotação inversa, informando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado.

Com respeito à divergência, a relevância prática de tal discussão é nula.

É simples: se o oposto de inocente é culpado e a Constituição afirma que o indivíduo não pode ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado, isso significa, por questão de coerência e lógica, que é inocente até então.

Ater-se a esse ponto como forma de negar princípio claramente positivado é literalidade não só desnecessária, mas prejudicial.

Além disso, ainda que não se aceitasse essa visão, parece óbvio que, ao incorporar os referidos tratados no ordenamento nacional (Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos, por meio do Decreto 592, de 6 de julho de 1992, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), a presunção de inocência é, de um jeito ou de outro, princípio de observância obrigatória.

Na lição de Ferrajoli (2002),

a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa - ao invés da de inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo. Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a

favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.

Assim, a presunção de inocência é um dever de tratamento que se impõe e que deve estar presente em duas dimensões, a saber, a interna, como dever de tratamento imposto ao juiz (que não pode considerar o acusado culpado sem que haja certeza comprovada nos autos) e a externa, que é exigência de proteção do réu contra sua estigmatização (considerando as marcas deixadas pelo processo penal na reputação do indivíduo) e publicidade abusiva do processo (LOPES JR., 2017).

Amilton Bueno de Carvalho (2001) vai além, estabelecendo que

(...) os princípios – enquanto reserva ética, repito – não necessitam, à sua aplicação/existência, estar positivados – na Constituição ou em outra disposição legal. Estão acima e para além de qualquer positivação. Os princípios – desde meu ponto de vista – são – como conquistas da civilização – inclusive orientação e limite ao próprio Poder Constituinte: é um núcleo duro da cidadania que só pode ser relegado (repito, historicamente considerado) com a atuação da própria humanidade ao destruir princípios antigos e na construção de novos (o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é “pressuposto” – para seguir Eros –, neste momento histórico, da condição humana).

Apenas para tratar de forma breve sobre o tema, pertinente a crítica sobre decisão do Supremo Tribunal Federal (2015) que entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não é obstáculo ao início da execução da pena depois da condenação em segunda instância, indeferindo as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43 e 44.

Tal entendimento vindo do Guardião da Constituição não apenas é absurdo e inconstitucional, mas temerário, já que claramente o Supremo Tribunal Federal abandona o papel contramajoritário para decidir em atenção ao clamor popular.

Ultrapassada a presunção da inocência, necessário traçar breve diferença entre a teoria que rege o processo civil e a teoria que rege o processo penal, para então tratar da principiologia que norteia a última.

A constante utilização de conceitos do processo civil no processo penal é causadora de graves equívocos. Segundo Aury Lopes Jr. (2017), três são os problemas mais graves: o primeiro deles é a utilização dos conceitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, o segundo a crença na existência de um processo cautelar e, por último, a utilização da ideia do poder geral de cautela e da possibilidade de aplicação de medidas cautelares atípicas.

*Fumus boni iuris* e *periculum in mora* são expressões utilizadas no processo civil para caracterizar, respectivamente, a fumaça do bom direito e o perigo na demora. Tais requisitos são necessários para a concessão de decisões antecipadas, sendo exigidos do requerente indícios de seu direito e, da própria situação, uma urgência que faça com que a demora ao proferir a decisão gere dano à parte.

No direito penal, não há que se falar nessas expressões, principalmente porque são utilizadas para fundamentar as prisões. Assim, o que seria a fumaça do bom

direito no processo penal?

Por essa imprecisão, entende-se que as expressões corretas no âmbito do processo penal são *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, ou seja, que haja indícios de cometimento do crime pelo acusado e que a sua liberdade seja prejudicial ao bom andamento do processo (por inúmeras razões). Trata-se, portanto, da existência de um delito e de indícios de sua autoria e do perigo da liberdade.

Segundo ponto a ser tratado é a inexistência de processo cautelar no processo penal, em que há apenas o processo de conhecimento, a fim de avaliar se houve prática de crime e se o acusado é, de fato, o autor, e o de execução (da pena ou medida de segurança). Existem, na seara processual penal, as medidas cautelares, que podem ser utilizadas na investigação, processo de conhecimento e execução, mas não ações cautelares (LOPES JR., 2017).

Sobre o tema, TUCCI (1999) já analisava:

(...) Essa propositada pontuação dos processos penais de conhecimento e de execução presta-se, de resto, para a (também inevitável e necessária) verificação da impossibilidade de conceber-se um processo penal cautelar, bem como de uma ação (ação da parte) penal cautelar.

Com efeito, e diferentemente do que ocorre no processo extrapenal, especialmente no civil, em cujo âmbito se propugna por um tratamento separado e independente das medidas cautelares, num processo cautelar autônomo; no processo penal há lugar, somente, para a adoção de medidas ou provimentos cautelares, efetiváveis, quer no processo de conhecimento, quer no de execução, sendo neles, por certo, de todo dispensáveis atuações especificadas ao exercício do direito à jurisdição (ação da parte).

Por fim, outra diferença que se impõe entre processo civil e processo penal é o que se denomina “poder geral de cautela”. No processo civil, o poder geral de cautela é definido, por Câmara (2008), como

instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta, e decorre da óbvia impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações de perigo para o processo que podem vir a ocorrer em concreto. Por tal razão, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder medidas outras que não apenas aquelas expressamente previstas pelas leis processuais.

Assim, o poder de cautela designaria, em síntese, o poder que o magistrado detém para proteger o processo, podendo, para tanto, aplicar até mesmo medidas atípicas.

O poder geral de cautela está previsto no artigo 297 do Código de Processo Civil, ao assegurar que “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória” e encontra arrimo na conclusão do Enunciado 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O poder geral de cautela está mantido no CPC”.

No Código de Processo Penal, no entanto, esse poder não se aplica. Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2017), no processo penal “forma é garantia”. O processo penal limita o poder estatal e, à luz dos princípios da legalidade e da taxatividade, só

permite atuação restrita às normas.

Dessa forma, não há que se falar em poder geral de cautela ou em medidas cautelares que não estejam previstas no ordenamento jurídico. Essa compreensão deve ser seguida com rigor, principalmente após o advento da Lei 12.403/11 - que trouxe novas medidas cautelares ao Código de Processo Penal - sendo estas as que podem ser aplicadas atualmente.

Não é dado ao juiz criminal, portanto, criar, inovar, devendo, no que tange às medidas restritivas trazidas ao acusado pelo processo penal (como a prisão e as medidas cautelares), estar atrelado ao que determina a lei.

Necessário cuidar agora da principiologia das prisões cautelares, já que essencial conhecer quais são os princípios que, a um só tempo, estruturam e norteiam as prisões.

São seis: jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

A jurisdicionalidade e motivação significam obediência à Constituição, que estabelece em seus artigos 5º, LIV, LXI, e 93, IX, que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e que (em regra) todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade.

Além dos referidos artigos, o Código de Processo Penal afirma no artigo 315 que “a decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada” e, no artigo 283, que ninguém será preso, a não ser que em flagrante delito, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária em razão de sentença condenatória transitada em julgado ou em razão de prisão temporária ou preventiva.

Por esses princípios, a prisão cautelar só deve ser decretada por autoridade judicial (não por delegado ou qualquer outra figura de autoridade) e mediante decisão motivada. A motivação, além de exigência constitucional, tem seus requisitos expostos no Código de Processo Penal, que veremos posteriormente.

Outro princípio essencial à prisão cautelar é o do contraditório. Como se sabe, a prisão é medida restritiva, que priva o ser humano de um de seus direitos mais caros, o da liberdade.

Aliás, não só a liberdade é suprimida, mas também a dignidade, considerando o atual estado do sistema carcerário.

Por esse motivo, essencial, sempre que possível, ouvir o indiciado/acusado antes que se tome a decisão de encarcerá-lo cautelarmente.

Nesse ponto, as audiências de custódia, que decorrem de incentivo do Conselho Nacional de Justiça, objetivam apresentar aquele que foi preso em flagrante delito ao magistrado, a fim de que esse tome uma das providências contidas no artigo 310 do Código de Processo Penal, a saber, relaxe a prisão, se ilegal, conceda a liberdade provisória, com ou sem fiança, substitua a prisão em flagrante por medidas

cautelares diversas da prisão (previstas no artigo 319 do referido Código) ou converta a prisão em flagrante em prisão preventiva (se presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP).

Com essas audiências, o que se pretende é o encarceramento precoce (e, por vezes desnecessário) e o contato do juiz com o preso, que terá a chance de explicar as circunstâncias que o levaram até ali.

No entanto, segundo informe jornalístico (sítio virtual G1, 2017), as audiências de custódia mais encarceram que libertam. Se o objetivo era, portanto, diminuir o número de presos provisórios no país, este não está sendo alcançando.

De acordo com a matéria veiculada,

O Rio Grande do Sul lidera a proporção de audiências que culminaram em prisões. Segundo o CNJ, das 5.078 audiências feitas entre julho de 2015 e dezembro de 2016, 4.319 resultaram em prisão preventiva, um percentual de 85%. Em seguida, estão os estados de Pernambuco (61%), Sergipe (61%) e Roraima (60%).

Buscando não realizar conclusões precipitadas, já que não tivemos acesso aos autos de cada caso, não podemos afirmar que todos esses casos não eram, de fato, casos de encarceramento.

Todavia, o que comumente ocorre é a repetição da cultura do encarceramento existente no país, de forma que, se a cultura não mudar e se não houver a compreensão de que a cadeia há muito falhou em sua missão, não importa quantas vezes o encarcerado se postar diante do juiz, voltará ao cárcere.

Não há, aqui, crítica à audiência de custódia. Ao contrário, é possível ver a observância aos princípios e o respeito aos direitos humanos quando são promovidos encontros entre os sujeitos do processo. No entanto, as audiências de custódia precisam ser implantadas com seriedade, em todo país, e devem ser extintos os modelos prontos de decisão sem qualquer análise casuística.

Sobre o princípio do contraditório, Aury Lopes Jr. (2017) critica a redação do Código de Processo Penal, que afirma, em seu artigo 282, §3º, que o juiz, ao receber pedido de medida cautelar, deve determinar a intimação da parte contrária.

Não só referido autor crítica a expressão “parte contrária”, não utilizada no processo penal, como afirma que o artigo não informa a finalidade da citação, não explica se haverá audiência ou resposta escrita, de forma que ele entende que deve haver audiência para que, se utilizando do contraditório, o acusado argumente sobre a desnecessidade da medida e/ou a ausência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.

Terceiro princípio que não pode ser esquecido é o da provisionalidade, que não se confunde com o da provisoriedade.

Por esse princípio, a prisão cautelar só existe enquanto existirem os motivos de sua decretação. *A contrario sensu*, desaparecendo quaisquer dos requisitos previstos no artigo 312, a prisão cautelar deve ser revogada.

A prisão cautelar é, portanto, situacional, e depende da compreensão do

magistrado a respeito de ele não ser onisciente, de modo que a sua decisão, se for o caso, pode e deve ser mudada, se o perigo da liberdade não mais existir.

Atuar assim é observar o princípio da atualidade do perigo, o qual Aury Lopes Jr. (2017) esclarece:

Noutra dimensão, mas intimamente relacionada com a provisionalidade, está o “Princípio da Atualidade do Perigo”. Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja atual, presente, não passado, e tampouco futuro e incerto.

A “atualidade do perigo” é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva é situacional (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual. No RHC 67534/RJ, o Min. Sebastião Reis Junior afirma a necessidade de “atualidade e contemporaneidade dos fatos”. No HC 126815/MG, o Min. Marco Aurélio utilizou a necessidade da “análise atual do risco que funda a medida gravosa”. Isso é o reconhecimento do Princípio da Atualidade do Perigo.

O princípio da provisionalidade está previsto no artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal, que assevera que o juiz pode, de ofício ou mediante requerimento, substituir a medida cautelar aplicada ao réu, aplicar outra cumulativamente ou, em último caso, decretar a prisão preventiva quando este desrespeitar a medida anteriormente imposta.

Ponto relevante nesse momento é a necessária crítica à atuação de ofício do magistrado. Embora haja previsão legal, é claramente ranço inquisitório que deve ser combatido, pois o juiz não detém meios de saber o que ocorre fora do processo a menos que a acusação ou a defesa lhe informem. Informando-lhe, o farão com o objetivo de fazer pedido, seja no sentido de agravar a situação do réu, seja no sentido de abrandar a situação do réu.

Parece equivocado que o juiz, de ofício, altere, em prejuízo do réu e sem requerimento da defesa, a sua situação, já que tomaria o lugar da acusação.

Outro princípio essencial para guiar a prisão cautelar é o da provisoriedade.

Esse, infelizmente, não é respeitado. Pior, é ainda mais desrespeitado que os demais.

A provisoriedade determina que a prisão cautelar tenha uma data final, um prazo, sob pena de ser antecipação da pena.

No entanto, não há no Código de Processo Penal (excetuada, portanto, a Lei nº 7.960/89, que traz prazo para a prisão temporária) prazo de duração da prisão preventiva, o que só faz piorar o caos carcerário.

Em verdade, o desrespeito à provisoriedade e provisionalidade são os grandes problemas da superlotação carcerária, na medida em que as prisões não são revogadas quando precisam ser, seja em razão do escoamento do prazo, seja em virtude ausência dos requisitos que anteriormente a autorizaram.

Como não há prazo, malgrado tentativa da doutrina em reunir os prazos descritos no Código e soma-los, não há punição para a demora e o julgamento acerca do que

configura ou não excesso de prazo é extremamente subjetivo.

Agrava a situação a súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça, que informa que “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. O entendimento parece não considerar que, para quem sofre os efeitos de um processo criminal, não há diferença entre instrução processual e o seu término, vindo em bom momento a sua superação (ROVER, 2019).

Quinto princípio a ser considerado é o da excepcionalidade, previsto no artigo 282, §6º, do CPP, que informa que “a prisão preventiva será determinada quando no for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

A prisão preventiva, portanto, é excepcional, já que a liberdade é a regra, e só deve ser utilizada quando não puder o acusado estar solto ou quando não puderem ser utilizadas as medidas cautelares previstas no artigo 319 (por serem inadequadas ou insuficientes).

Nesse ponto, louvável o intento do legislador na Lei nº 12.403/11, que criou sistema multiforme, abandonando o sistema bipolar prisão-liberdade. Entre a prisão e a liberdade existe um vão, agora preenchido pelas taxativas medidas do referido artigo.

A excepcionalidade se relaciona, a um só tempo, com a presunção de inocência, com a necessidade e com a proporcionalidade.

Isto porque o caráter excepcional se dá justamente em virtude da liberdade como regra e a prisão preventiva deve ser medida necessária e proporcional.

No entanto, considerado o fato de que o Brasil é a terceira população carcerária, com mais de 726 mil presos, e que desse número (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017) mais de 33% são presos provisórios, conclui-se que as medidas cautelares estão sendo negligenciadas ao mesmo tempo em que os princípios norteadores das prisões cautelares estão sendo desrespeitados.

Ferrajoli (2002), ao tratar da ideia de processo sem prisão preventiva, aduz que

Um argumento no qual se baseiam muitos defensores da prisão preventiva é o clamor social originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente. Pode ocorrer que nisso haja algo de verdade: uma parte da opinião pública seguramente associa finalidades diretamente repressivas à prisão preventiva. Mas essa ideia primordial do bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas. E é uma ideia exatamente oposta seja àquele sentimento comum da justiça que primeiro mencionei e que resulta ofendido pela captura de uma pessoa sem provas, seja aos princípios de liberdade e verdade que já reconhecemos como fontes de legitimidade da jurisdição. Isso quer dizer que as culturas da justiça são múltiplas, frequentemente ambivalentes, às vezes conflitantes, e sobretudo historicamente mutáveis; que assenta na responsabilidade intelectual e política dos juristas e dos legisladores defender e consolidar os valores de razão, de tolerância e de liberdade que estão na base daquela conquista de civilidade que é a presunção de inocência e que em boa parte se identificam com os valores mesmos da jurisdição.

Considerando o caos generalizado que se vivencia, ainda que pareça inviável um processo sem prisão, é de se pensar ao menos em um processo que utiliza a prisão de forma excepcional, se não pelo acusado e os efeitos deletérios do processo penal, pelo impacto social negativo gerado pela superpopulação carcerária.

Por fim, integra a principiologia das prisões cautelares a proporcionalidade, já mencionada anteriormente, e considerada o princípio dos princípios (LOPES JR., 2017).

O princípio, que se subdivide em necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, é essencial para orientar o juiz, já que saber julgar a situação e qual a melhor providência a ser tomada é o que separa o réu de três estágios distintos e transformadores: a liberdade, a liberdade condicionada ao cumprimento das medidas cautelares (restritivas) ou a prisão.

Pelo viés da adequação, temos que a medida a ser imposta ao indiciado/acusado deve ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato as suas condições pessoais, como preleciona o artigo 282, II, do Código de Processo Penal.

Se o Direito Penal é visto como *ultima ratio*, a prisão processual deve ser encarada, com o perdão da repetição, como *ultima ratio* da *ultima ratio*, ou seja, medida excepcional que só deve ser aplicada quando a liberdade não for possível ou quando insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse sentido, o artigo 283, §1º, ensina que as medidas cautelares previstas no título XI (que trata da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória) não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

Isso porque se não existe a possibilidade de no fim do processo o acusado ser preso, a decretação de prisão preventiva ou mesmo de medidas cautelares configuram medida mais gravosa que a punição final.

O viés da necessidade se relaciona com os princípios já comentados da provisoriedade e da provisionalidade. Se a prisão é excepcional e situacional, só deve ser decretada quando a necessidade assim exigir.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é o equilíbrio que deve utilizar o magistrado ao decidir se decreta ou não a medida preventiva. É uma proibição ao excesso de intervenção, mas, por ser altamente genérico, torna-se um valor manipulável e por isso se deve ter cautela, a fim de que não corrobore o decisionismo (AURY LOPES JR., 2017).

Para Lênio Streck (2005),

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (Untermassverbot). Este conceito, explica

Bernal Pulido, refere-se à estrutura que o princípio da proporcionalidade adquire na aplicação dos direitos fundamentais de proteção. A proibição de proteção deficiente pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal por antonomásia, uma omissão viola um direito fundamental de proteção.

Segundo Aury Lopes Jr. (2017),

Uma forma – tênue, é verdade- de se buscar uma ancoragem para a proporcionalidade está na necessidade de conjuga-la com o princípio da dignidade da pessoa humana – no momento da aplicação da prisão cautelar- e, principalmente, enfatizar seu viés de “proibição de excesso” de intervenção penal. A proporcionalidade deve ser pensada, no processo penal, como um princípio limitador do exercício de poder. Mas isso é apenas redução de danos, pois o espaço indevido da subjetividade judicial é bastante amplo. Por isso, muita cautela com a proporcionalidade.

Vistos os princípios que norteiam as prisões cautelares, é possível observar que há constante violação a eles.

Como a prisão é a regra no Brasil, o desrespeito à excepcionalidade gera, de forma reflexa, o desrespeito aos demais princípios, porque a prisão que é sempre decretada quando existem outras medidas menos gravosas que não foram ao menos consideradas fere também a provisoriedade, a proporcionalidade e a provisionalidade.

Passa-se, agora, dentre as cautelares, à prisão preventiva e seus aspectos.

## 2.2. Aspectos processuais da prisão preventiva

A prisão preventiva é espécie de prisão cautelar regulamentada pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal.

Explicando a finalidade das medidas cautelares (dentre elas a prisão), Aury Lopes Jr. (2017) afirma que

As medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional.

Com essas balizas, passa-se a analisar os artigos do Código de Processo Penal. O artigo 311 dispõe que o juiz pode decretar a prisão preventiva em qualquer fase da investigação policial ou do processo, sendo que, no último caso, esta pode ocorrer de ofício.

A simples leitura do artigo faz nascer a primeira crítica à prisão preventiva: a possibilidade de sua decretação de ofício pelo magistrado no curso da ação penal.

Como ressaltado no primeiro capítulo, a atuação de ofício do magistrado deve ser vista com cautela, sob pena de ser clara a sua inquisitorialidade em sistema que se pretende acusatório.

A inércia e a imparcialidade são princípios importantíssimos e têm uma razão de

ser, o que muitas vezes se ignora. Percebe-se que, no Brasil, os institutos, ao serem importados, sofrem modificações e parece haver, para tudo, um “sistema misto”.

Não se critica aqui a tentativa de aproximar opiniões para construir terceira via mais eficiente e eficaz, mas sim a construção de modelos que são, em si mesmos, incoerentes.

Não se pode adotar o sistema acusatório apenas quando convém, da mesma forma que não se pode invocar os princípios da inércia e da imparcialidade apenas para eximir o Judiciário de se imiscuir em determinado tema.

**Preleciona Ferrajoli (2002):**

O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito “representativo”, não devendo nenhum interesse ou desejo - nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos - condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados: como se viu no parágrafo 37, contrariamente aos poderes executivo e legislativo que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias.

Chamarei equidistância ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. E supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.

**Aliás, sobre a redação do artigo, Aury Lopes Jr. (2017) aponta duplo equívoco:**

O erro é duplo: primeiro, permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), e, segundo, por empregar a expressão “no curso da ação penal”, quando, tecnicamente, o correto é “no curso do processo penal”. Ação processual é um poder político constitucional de invocação da atividade jurisdicional, que, uma vez invocada e posta em movimento, dá origem ao processo. O que se move, tem “proceder”, é o processo e não a ação penal.(...)

A imparcialidade do juiz fica gravemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando - de ofício - a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece da posição totalmente ativa e atuante do inquisidor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.

**A ideia é reafirmada por COUTINHO (2015):**

Ademais, compondo a relação processual, o juiz é sujeito de direitos, mas também se subordina aos interesses dos cidadãos enquanto partes, ou seja, possui *direitos*

*e deveres*, a par do *poder* que é inerente à função jurisdicional. Sua posição na relação processual é de órgão *super partes*. Entretanto, deve-se ter em conta que tal situação não significa que ele está acima das partes, mas que está *para além dos interesses* delas. É uma figura imparcial, então, como candidamente acena a doutrina tradicional. Neste sentido, o juiz também está para além de seus interesses individuais, encarnando o próprio Estado. É por tal razão que se fala em Estado-juiz. Assim, não se pode dizer que o juiz é um representante do Estado, mas um *órgão* dele e, deste modo, é o Estado, *presentando-o*, como quer Pontes de Miranda; e não o representando.

Assim, grave o equívoco não só do legislador, que atua em clara afronta ao sistema acusatório, como dos tribunais brasileiros, que permitem a aplicação de dispositivos legais retrógrados e que desrespeitam a base principiológica do processo. Falta interesse e um olhar atento para o réu, que paga, além de pelos seus erros, pela indiferença alheia.

Definida o que é a prisão preventiva e em qual momento ocorre, importante tratar de seu requisito e de seus fundamentos.

O artigo 312 do CPP estabelece que a prisão preventiva pode ser decretada, havendo prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, a prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem econômica, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para aplicação da lei penal.

O *fumus comissi delicti*, como já apontado anteriormente, estampa a certeza de que o delito foi cometido e também que há indícios suficientes de que tenha sido cometido pelo acusado/indiciado, sendo requisito essencial para a decretação da prisão preventiva.

Embora conste no artigo a expressão “indício suficiente”, trata-se de mais uma expressão vaga que deve ser evitada no processo penal. Isso porque não se pode perder de vista nem por um instante que o valor liberdade está em jogo (e a dignidade também, haja vista o caos carcerário e o rotineiro desrespeito aos direitos fundamentais do preso).

Nessa linha a crítica de Carnelutti (1950, *apud* Aury Lopes Jr., 2017), que indica que é necessário distinguir o juízo de probabilidade do juízo de possibilidade. O juízo de possibilidade é aquele que basta ao indiciamento, já que posteriormente o Ministério Público deve provar a culpabilidade do réu.

Por outro lado, o juízo de probabilidade, necessário na decretação de qualquer cautelar, vai além. Como o ônus é a perda da liberdade, devem predominar as razões positivas sobre as razões negativas no que toca à autoria.

A probabilidade, e não a possibilidade, é que seria, portanto o *fumus comissi delicti*.

A decretação da prisão preventiva em razão da certeza da existência do crime e de indícios suficientes de autoria também significa a análise dos três substratos do crime (conceito analítico), a saber, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade (CIRILO DE VARGAS, 1992, *apud* Aury Lopes Jr., 2017).

Explica-se: se atípica a conduta, não há que se falar em prisão; se culposa a

conduta, também não há que se falar em prisão preventiva (vedada por força do artigo 313 do Código Processual Penal); se presentes excludentes de ilicitude, não pode ser decretada a prisão, nos termos do artigo 314.

Por esse motivo, imprescindível que o requerimento prisional venha acompanhado de informações que possam atestar a presença ou ausência de tais circunstâncias.

O *periculum libertatis*, por sua vez, constitui fundamento da prisão preventiva. É o perigo na liberdade do acusado/indiciado que faz com que a prisão seja decretada.

O perigo da liberdade, por sua vez, se funda na ameaça que o sujeito passivo do processo representa à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Analisando o vocabulário legal, possível notar mais uma vez como o legislador utiliza expressões vagas, genérica, abertas pra designar conceitos importantes e que se põem entre a liberdade e a prisão de milhares de brasileiros.

Difícil acreditar que seja mera inexperiência ou atecnia do legislador. Na verdade, a legislação vaga atende aos anseios de uma sociedade punitivista e que, desconhecendo o seu poder, força reformas que prejudicam quem mais precisa do Estado.

“Garantir a ordem pública” é expressão que se presta a todo tipo de situação. Ora, se considerarmos que o Direito Penal é um ramo de Direito Público, que o crime é uma não conformidade com o sistema vigente e que o Estado é sujeito passivo constante/mediato de todo crime - já que cabe a ele exigir o cumprimento da lei penal (MASSON, 2017) -, todo acusado/indiciado deveria ser preso para garantir a ordem pública.

Ocorre que, como sabemos, a prisão é (ou deveria ser) excepcional, sendo a regra a presunção de inocência e, conseqüentemente, a liberdade.

Assim, a garantia da ordem pública não pode se confundir com “clamor popular”, “credibilidade das instituições/justiça”, “gravidade em abstrato do delito”, como vem reiteradamente decidindo o STF, a exemplo do HC 126.003/SP:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COM FUNDAMENTO NA SÚMULA 691/STF. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DO MEIO DE PROVA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (...) 3. Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para qualquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal 4. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base (a) na gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, e (b) em

Pior ainda, garantia da ordem pública também não é sinônimo de proteção da “saúde pública” (a mais absurda, já que comum em decisões sobre tráfico de drogas – o tráfico só é questão de saúde pública nessa hora)!

O fundamento da garantia da ordem econômica busca, com a prisão, evitar a reiteração das condutas ou o enfraquecimento do sistema financeiro. Foi inserido pela Lei nº 8.884, de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Mas o que são garantia da ordem pública e da ordem econômica, de fato? Não se sabe. O que se sabe, no entanto, é que não atendem à instrumentalidade qualificada necessária às cautelares, não servindo ao processo porque não o tutelam, sendo substancialmente inconstitucionais (AURY LOPES JR., 2017).

Ainda segundo o autor, “a prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de perigo de reiteração bem reflete o anseio mítico por um Direito Penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer”.

A conveniência da instrução criminal é o terceiro fundamento para a prisão preventiva e, apesar de ser, de fato, cautelar, sofre do mesmo mal que os demais: o que é conveniência? Usualmente, a conveniência designa oportunidade, discricionariedade, palavras que não se relacionam de forma alguma com as prisões, regidas pela legalidade, taxatividade, excepcionalidade.

Foi criada como forma de evitar que o indiciado/acusado ameace, de algum modo, o caminhar processual ou a colheita de provas, o que pode se dar de inúmeras formas.

De fato, é preciso resguardar o andamento do processo. No entanto, ao utilizar a palavra “conveniência”, abre-se leque de arbitrariedade. Em tempos em que o Ministério Público deseja realizar evento para discutir a “bandidolatria” e dizer que “o desencarceramento mata” (RODAS, 2017), todo cuidado é pouco.

Outro fundamento para a prisão é assegurar a aplicação da lei penal. Deseja o legislador, nesse ponto, impedir que o acusado/indiciado fuja, o que tornaria sem efeito algum a lei. De nada adiantaria todo o processo se, ao final, o condenado não estivesse presente para cumprir sua pena ou mesmo para receber resposta absolutória do Poder Judiciário.

Relevante destacar aqui o precedente do Supremo Tribunal Federal já indicado acima, segundo o qual não se pode decretar impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base em presunção de fuga. Necessário, portanto, que haja indicativos concretos de que o réu pretende fugir.

Sobre a fuga, Ferrajoli (1997, *apud* Aury Lopes Jr., 2017) entende que esta ocorre por receio da prisão preventiva, e não tanto por receio da sentença. Para ele, a ausência de razoabilidade e justiça é um dos fatores determinantes para a fuga.

Além dos fundamentos indicados, não se pode esquecer a atualidade do perigo,

que tratado na seção anterior. Se o perigo não é atual, não há *periculum libertatis* e o encarceramento não se sustenta.

Verdadeira aula é a ementa do HC 95009/SP, de relatoria do Ministro Eros Grau, que, embora extensa, deve ser vista:

(...) PRISÃO PREVENTIVA: (...) FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA: I) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por conseqüência, temerária, autêntica antecipação da pena. O propalado “suborno” de autoridade policial, a fim de que esta se abstivesse de investigar determinadas pessoas, à primeira vista se confunde com os elementos constitutivos do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa). II) GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. A prisão cautelar, tendo em conta a capacidade econômica do paciente e contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pena de estabelecer-se, mediante quebra da igualdade (artigo 5º, caput e inciso I da Constituição do Brasil) distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal. Precedentes. III) GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, COM ESTEIO EM SUPOSIÇÕES. Mera suposição --- vocábulo abundantemente utilizado no decreto prisional --- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinqüindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura da liberdade de locomoção. Indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da prisão. IV) PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. No decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas das classes subalternas, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riquezas. PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. A prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a antecipação da pena, sanção a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional (artigo 5º, LVII da Constituição do Brasil), é, desde essa perspectiva, evidente. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em casos excepcionais. É necessária a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo.

Por derradeiro, a prisão preventiva também pode ser decretada, nos termos do artigo 312, parágrafo único, do CPP, se houver descumprimento das medidas cautelares impostas. Nesse caso, devem ser observados os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação para determinar se, de fato, o encarceramento é a medida que se impõe.

Seguindo a análise da prisão preventiva como delineada no CPP, os artigos 313 e 314 tratam dos casos em que, respectivamente, se admitirá e que não se admitirá essa modalidade de prisão.

O artigo 313 estabelece que será admitida a prisão nos crimes dolosos com

pena máxima superior a quatro anos, se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso (com sentença transitada em julgado), se o crime envolver violência doméstica ou familiar contra vulneráveis (mulher, criança, adolescente, idoso e pessoa com deficiência) e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa e esta não fornecer elementos suficientes para esclarecer tal dúvida.

O artigo 314, por sua vez, informa que não será admitida a prisão preventiva quando presentes as excludentes de ilicitudes previstas no artigo 23 do Código Penal.

O primeiro inciso do artigo 313, comentado anteriormente, estabelece a impossibilidade de prisão preventiva em crimes culposos e, nos dolosos, quando estes possuam pena máxima igual ou inferior a quatro anos.

Assim, não caberia prisão preventiva para crimes como furto, estelionato, descaminho e apropriação indébita, todos com pena máxima de quatro anos.

Todavia, não parece que o legislador seguiu caminho coerente, pois ao mesmo tempo em que assim estabelece, dispõe no artigo anterior que a prisão preventiva também pode advir do descumprimento de medidas cautelares diversas.

Dessa forma, restringe a prisão preventiva e depois, por meio de parágrafos e incisos faz perceber que esta, de um modo ou de outro cabe em todos os casos, quer porque a pena máxima é superior a quatro anos, quer porque foi descumprida medida cautelar, quer porque o réu é reincidente (inciso II).

Aliás, a reincidência nesse rol é altamente criticável, haja vista que paira a presunção de inocência sobre o réu em cada processo, pois cada um trata de conduta diversa. Assumir que o acusado/indiciado deve ser preso apenas porque já foi condenado é sepultar o referido princípio (AURY LOPES JR., 2017).

Não se discute aqui que, de fato, não cabe prisão preventiva ao acusado que corretamente cumpre a medida cautelar imposta. Mas isso é o mínimo. O CPP parece se valer de mais artifícios para que seja decretada a prisão do que se ocupa de tratar das medidas cautelares (apenas arroladas no artigo 319 – com exceção da fiança).

Os artigos 312 e 313 devem, portanto, atuar em harmonia, de forma que o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti* sejam verificados pelo juiz quando este se deparar com alguma das situações do artigo 313, ao mesmo tempo em que estas situações devem servir de limitação ao artigo 312, ou seja, mesmo que exista perigo na liberdade e presentes indícios suficientes de autoria, se o caso não se encaixar nas hipóteses taxativas do artigo 313, não há que se falar em prisão (ou haveria aqui medida mais gravosa que o próprio resultado final do processo).

Com a mesma cautela o inciso III e o parágrafo único do artigo 313 devem ser vistos. No inciso III, o legislador foi extremamente vago ao afirmar que se admite prisão “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência”. Qual crime? Qualquer crime? O legislador não explica.

A proteção àqueles violentados no âmbito doméstico, física ou psicologicamente,

é essencial, mas se não se trata de fundamento da prisão (já vistos no artigo 312), o que é esse inciso? Um reforço da gravidade da situação para que o magistrado decrete a prisão?

Se sim, deveria ser avaliado a cada caso. Acrescentar o mencionado inciso apenas para demonstrar uma intenção é caminho perigoso e que pode gerar inúmeras arbitrariedades, pois não podemos esquecer que aqui não se trata de prisão-pena, mas sim de prisão cautelar.

O mesmo ocorre no parágrafo único, que traz a prisão preventiva “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la”.

A Constituição da República Federativa do Brasil informa em seu artigo 5º, inciso LVIII, que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Essa lei é a de nº 12.037, de 2009, que estabelece, em seu artigo 4º, que “quando houver necessidade de identificação criminal, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado”.

Considerando que a identificação criminal (principalmente depois da Lei nº 12.654, de 2012, que trata de colheita de material genético) já pode gerar constrangimento, a prisão, então, gera enorme ônus diante de mera ausência de identificação civil, de modo que a prisão preventiva só deve ser decretada em olhar sistêmico e topográfico, ou seja, quando presentes o requisito e fundamentos da prisão e quando não houver medida cautelar diversa da prisão suficiente.

Por fim, ressalta-se que os artigos 314 e 315 do CPP (este último que trata da motivação das decisões que decretam, substituem ou denegam a prisão preventiva) já foram tratados anteriormente em outros tópicos.

O artigo 316, que esclarece que o juiz “poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”, carece de maiores explicações.

Diante de todo o exposto, o que se quer dizer, em resumo, é: se o legislador não considerar a prisão como *ultima ratio*, quem vai considerá-la?

É certo que os juízes, em sua atividade, devem, à luz da constitucionalização do direito processual penal, aplicar a medida cabível a cada caso. Mas é mesmo necessário que se dependa do juiz para “filtrar” a lei à luz da Constituição quando o próprio legislador já deveria ter elaborado norma que respeite regras e princípios constitucionais? Até quando?

Necessário que seja seguido o caminho liberdade – medida cautelar – cumulação de medidas cautelares – e, só então, prisão.

A prisão cautelar desenfreada, sem realmente considerar a necessidade e a proporcionalidade do encarceramento e sem cogitar a aplicação de uma ou mais medidas cautelares diversas, tem descortinado um número de presos alarmante e

um sistema em colapso e que desrespeita diuturnamente os direitos daqueles, como será visto a seguir.

### 2.3. “Estado de coisas inconstitucional” e prisão cautelar

Expostos os princípios das prisões cautelares e os aspectos mais relevantes da prisão preventiva, necessário tratar brevemente do sistema carcerário e em que medida a sua precariedade se relaciona com o excesso de prisões, o que poderia gerar, de forma reflexa, a necessidade de realizar acordo de colaboração premiada.

Como se sabe, a criminalidade é crescente e o número de encarceramento é alarmante, sendo possível concluir que a violência não diminuiu ao longo dos anos com as medidas estatais criadas.

O “boom” criminal nos anos 70 criou insegurança popular e, conseqüentemente, a pedido da sociedade, recrudescimento de sanções.

O que iniciou neste período ganhou ainda mais força nos anos 90, com a tomada de medidas drásticas como a edição da lei dos crimes hediondos. No entanto, ainda que novos tipos penais tenham sido criados, as penas aumentadas e as condições para desencarceramento tenham sido dificultadas (como no caso dos já mencionados crimes hediondos e os a eles assemelhados), tais fatores não intimidaram os criminosos.

Em verdade, assim como nos Estados Unidos (DE GIORGI, 2017), cada vez mais mulheres têm se juntado a um grupo que antes era predominantemente masculino (e no Brasil esse número cresce ainda mais que nos EUA, como informa SANTORO, 2017).

E não é apenas esse dado é aterrador. Considerando que os EUA ocupam o primeiro lugar no *ranking* dos que mais encarceram (com grande impacto na vida dos afroamericanos – 13ª EMENDA, 2016), importante caminhar em sentido diametralmente oposto de um país que criminaliza a miséria (WACQUANT, 2003), já que a considera necessária e a explora no sistema capitalista (DE GIORGI, 2006).

Aliás, não é nova a ideia de que o mercado de trabalho, o sistema punitivo e o cárcere estão intimamente relacionados (KIRCHHEIMER & RUSCHE, 2004).

No Brasil, crimes cruéis continuam a ser praticados, independentemente da sanção abstratamente prevista, o que demonstra que o “custo-benefício” não é, como costumam pensar os adeptos de penas mais severas, um fator considerado pelos infratores.

A sociedade contemporânea enfrenta novos desafios, decorrentes, entre outros fatores, da globalização e da constante mudança do homem a fim de adaptar-se ao que ocorre no mundo.

No entanto, embora muitas mudanças sejam desejadas e benéficas, como a tecnologia e outros meios que facilitam a interação, a comunicação e a compreensão entre os indivíduos, a sociedade hodierna lida com problemas que decorrem do

crescimento de população alienada politicamente, com fracas bases educacionais e que reproduz com rapidez e sem pensamento crítico notícias, sejam verdadeiras ou falsas, e opiniões, com ou sem embasamento.

Dentre as consequências do “mundo líquido” de Bauman (2001), em que as relações são rápidas e superficiais e a eterna vigilância é o preço que se paga pela segurança, a violência é fator crescente na sociedade em que vivemos. Todavia - seria possível perguntar- como a violência cresce se as punições nas últimas décadas aumentaram?

De fato, as últimas décadas no Brasil são marcadas por leis que criaram novos delitos e recrudesceram sanções.

Isso porque, em virtude das organizações criminosas que cresceram vertiginosamente a partir dos anos 70, a criminalidade aumentou significativamente e, por essa razão, a sociedade passou a clamar por medidas extremas, que pusessem um fim ou ao menos fossem capazes de diminuir a prática de crimes, prática que ganhou ainda mais força ao longo dos anos 90.

Nesse contexto, podemos lembrar o crime perpetrado contra a filha da famosa escritora de novelas Glória Perez e o quanto o caso, que assombrou o país, foi responsável pela alteração da Lei de crimes hediondos (8.072/90, alterada em 1994), já que foi capaz de mobilizar a população e culminar, ainda que indiretamente, na inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos.

A ideia da lei e de suas posteriores alterações, imagina-se, era demonstrar a ojeriza e o repúdio em relação a determinado delitos, como homicídio qualificado, extorsão mediante sequestro e latrocínio. Tais crimes, por serem tão chocantes para a população, deveriam, segundo o entendimento legislativo, ter condições especiais (mais difíceis) de progressão da pena e, inicialmente, impossibilidade de concessão de fiança.

Além da referida lei, outras mudanças foram feitas recentemente na legislação penal que comprovam que só aumenta a sanha punitiva legislativa, a exemplo da majoração das penas nos delitos relacionados às drogas (crimes estes que impactaram significativamente o sistema penitenciário – BOITEUX, 2014) e da criação de crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova (Lei 12.850/2013, que trata das organizações criminosas).

Todavia, o que se pode notar, pelo contínuo pedido de punição vindo da sociedade, que deseja até mesmo a redução da maioria penal, é que o aumento das penas e a criação de obstáculos para o desencarceramento dos indivíduos não tem sido suficiente para diminuir a prática de delitos. Estima-se, inclusive, que atualmente no Estado de Pernambuco são cometidos dezesseis homicídios por dia, segundo informe jornalístico da Folha de São Paulo (2017).

E não para no campo abstrato o endurecimento das sanções. A repressão tem sido cada vez maior pela força policial, a despeito das constantes reclamações da sociedade em relação à impunidade.

Sobre o tema, De Giorgi (2017) traz cinco teses sobre o encarceramento em massa que. Embora tenham sido feitas diante de dados dos Estados Unidos, ao menos duas devem ser ressaltadas aqui: “a luta contra o encarceramento em massa é uma luta contra a desigualdade social” e “não há fim para o estado penal sem uma reforma radical do policiamento”.

Estampa o asseverado o fato de que o Brasil ocupava em 2017, segundo dados fornecidos pelo Levantamento de Informações Penitenciárias (realizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública), o posto de país com a terceira maior população carcerária no mundo, estando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. No Levantamento realizado em 2014 o país ocupava a quarta posição, tendo, em pouquíssimo tempo, ultrapassado a Rússia.

É possível notar, então, que embora tente o Estado, por duas frentes diferentes (a saber, a força intelectual legislativa e a força bruta policial) proceder à diminuição da prática dos delitos, tem falhado consideravelmente em sua missão de utilizar o Direito Penal como *ultima ratio* no que tange à pacificação e o Direito Processual Penal como instrumento de prevenção e ressocialização, e não apenas de punição.

Segundo informações constantes no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2017, produzido pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, a população carcerária no Brasil aumentou 150% entre os anos 2000 e 2017, contando atualmente com mais de 726.354 presos.

Além disso, dessa população carcerária, já foi visto que 33,29% aguardam julgamento, ou seja, significativa parcela dos cidadãos atualmente encarcerados, padecendo em péssimas condições físicas e psicológicas, não está definitivamente condenada.

Agregando mais dados relevantes ao presente trabalho, dos 726.354 atualmente presos, 685.929 deles são homens, demonstrando a prevalência no sexo masculino na população carcerária, encarcerados principalmente em razão de crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas.

Se, de um lado, a população brasileira é composta por 52,2% de negros e pardos e 46,8% de brancos, a população carcerária se compõe por 63,64% de negros e pardos e 35,48% de brancos.

Seguindo a comparação população brasileira *versus* população carcerária, o mesmo informe consultado mostra que, se na sociedade como um todo 33% não têm o ensino fundamental completo (número que por si só já é alarmante), o percentual é ainda mais aterrador quando se considera apenas os encarcerados, já que sobe para 51,35%.

Por derradeiro, apenas 10,58% da população carcerária no Brasil exerce alguma modalidade de atividade educacional (entre as de ensino escolar e as complementares).

A análise ora estampada faz perceber que há perfil carcerário que pode facilmente ser traçado: o presidiário brasileiro é homem, negro, com pouca instrução

e, portanto, sem oportunidades.

Não é por acaso, gize-se, que esse perfil retrata, na verdade, o menos favorecido no Brasil: pobre, negro, sem renda, sem educação e sem chances, esses que estão na base do sistema veem, com frequência, o crime como oportunidade para mudar a sua realidade e de suas famílias.

Esta situação ocorre, além do afã de suprimento de necessidades básicas, também porque a inserção em sociedade de consumo iguala as expressões “padrão de vida” e “qualidade de vida” às expressões “padrão econômico”, “padrão de consumo”.

Dinheiro é sinônimo não só de poder de compra, mas também de *status*, de valor, e não raro os menos favorecidos, que não receberam ensino de qualidade e, por conseguinte, não obtiveram oportunidades iguais no mercado de trabalho, não têm acesso aos mesmos produtos, mesmas lojas, mesmas marcas, o que pode gerar revolta, considerando que suas cargas laborais tendem a ser extenuantes.

É como se os favorecidos tivessem dupla sorte: a uma, nasceram em famílias de renda média, média-alta ou alta. Depois, em virtude de investimento educacional neles realizado, alçam melhores postos de trabalho que exigem menos horas diárias, restando a justificativa do menor tempo de trabalho na maior quantidade de tempo de estudo.

Ocorre que os menos favorecidos (desde o nascimento com lares desestruturados emocional e financeiramente) não tiveram ao menos a primeira sorte, quanto dirá as oportunidades delas decorrentes.

Estão, do nascimento à morte (muitas vezes prematura), presos, se não em penitenciárias, em transportes públicos lotados, em escolas depredadas, em filas intermináveis, em moradias precárias, salvo se, com o esforço hercúleo, conseguirem driblar todas as intempéries. E, mesmo assim, a luta não é garantia de vitória nesses casos.

As desigualdades sociais são antigas e profundas (RIBEIRO, 1995) e demonstram, em seu ímo, a necessidade de recuperar a dignidade e a autoestima dos menos favorecidos, proporcionando-lhes condições dignas de existência, condições essas que ultrapassam a renda e significam também oportunidades iguais nas escolas e nos empregos.

É importante, para que se entenda o crime e a função do Direito Penal, estudar antes o criminoso. Não é possível, portanto, que sejam discutidas medidas penais e processuais deixando de lado aquele que mais interessa nessa questão: um cidadão desviado das normas de conduta estabelecidas e que, com seu comportamento, põe em risco seus semelhantes.

Esse é o ponto que, talvez, fuja à compreensão da sociedade e muitas vezes do Poder Judiciário: o preso é cidadão, tem garantias de cidadão e como tal deve ser tratado. O olhar em relação a ele, em vez de crítico, deve ser clínico, objetivando descobrir em qual ponto a sociedade (englobadas aqui a família e o Estado) falhou

com aquele indivíduo no sentido de lhe ensinar as normas e sua utilidade.

Não há resposta fácil que resolva a criminalidade no país.

Em julho do presente ano, o Brasil foi assolado por conflitos entre facções criminosas (que são forma de proteção para muitos presos) dentro dos presídios no Pará, guerras essas que deixaram inúmeros mortos (MADEIRO, 2019).

Apesar de estarrecidos pela brutalidade com que as mortes ocorreram, muitos, entendendo ser a prisão panaceia, se sentiram perversamente satisfeitos pela eliminação de indivíduos encarcerados.

No entanto, as falhas redes do sistema impõem o reconhecimento de que o indivíduo marginalizado é, dia a dia, impelido para o abismo da criminalidade e da prisão.

Apesar de aqui colacionados os dados fornecidos pelo Governo Federal, há que se ressaltar a responsabilidade de cada Estado e de seus governantes pelas barbáries praticadas nas unidades prisionais, já que responsáveis por 706.619 dos mais de 726 mil presos.

Tais quais os hospícios, utilizados para punir comportamento dito desviante (ainda que muitas vezes inexistente qualquer distúrbio), as cadeias empregam a seletividade penal e encarceram provisoriamente por ser o indivíduo pobre, negro e parecer suspeito. E que não se diga que o que se deseja é a prisão dos brancos e ricos, pois os presídios lotados bem demonstram a quem se destina a persecução penal.

A prisão falhou e a pena, de acordo com a teoria agnóstica da pena, também. Nesse sentido, Zaffaroni alertou certa vez em palestra (ANADEP, 2012):

A fé na pena é a fé em um falso deus. Existem pessoas que acreditam que tudo na vida pode ser resolvido através da pena. Existe uma teoria agnóstica da pena. Os penalistas não sabemos exatamente qual é o objetivo da pena e, como não o sabemos, sabemos sim que temos que conter o poder punitivo. A defesa de limites para o poder punitivo do Estado se faz necessária. Acredito que o poder punitivo é um fato político e não jurídico.

Neste ponto, embora não seja o foco do trabalho, necessário comentar a lacuna na formação acadêmica daqueles que atuam, direta ou indiretamente, no sistema prisional. Isso porque durante a graduação os alunos, que posteriormente serão juízes, promotores, defensores, advogados, agentes penitenciários, policiais, têm contato tão-somente com a dogmática penal, ou seja, com as leis que regem o Direito Penal.

São, em grande parte, doutrinados a acreditar que a prisão é um mal necessário e a ter uma visão romântica da pena, acreditando que ela cumpre a função de ressocializar.

Assim, de rigor o estudo integrado das Ciências Criminais, que abrangem, além do Direito Penal dogmático, a Criminologia, a Vitimologia e a Penologia, ciências que buscam entender o criminoso, a vítima e a pena.

Além disso, necessário que a bandeira da desmilitarização da polícia seja

hasteada, já que o militarismo em Polícia que cuida da população e não está em guerra, brutaliza os seus servidores ao retirar direitos e ao estabelecer táticas cruéis e, no fim, os ignorantes ao lidar com os cidadãos.

Diante das mazelas do sistema penitenciário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “Estado de coisas inconstitucional”.

Em julgamento da ADPF 347 (relator Ministro Marco Aurélio), que tem como requerente o PSOL, este pediu que se declarasse o Estado de Coisas Inconstitucional em relação ao sistema penitenciário do Brasil (fonte constante de lesões aos direitos dos presos)

Essa expressão foi cunhada pela Corte Constitucional da Colômbia (em 1997, com a chamada *Sentencia de Unificación* nº 559) e tem como objetivo o reconhecimento da situação caótica, bem como, se possível, a adoção de medidas e políticas públicas com a finalidade de reduzir os problemas apontados.

De acordo com CAMPOS (2015a), duas sentenças são importantes para entender como a Colômbia tratou o tema, a saber, a *sentencia de tutela* nº 153, de 1998, e a da *sentencia* nº 25, de 2004.

Na primeira, a Corte Constitucional, observando o caos carcerário e as condições degradantes nos presídios de Bogotá, Bella Vista e Medellín, reconheceu o estado de coisas inconstitucional e determinou série de políticas públicas envolvendo outros Poderes, tais como o conserto das unidades e recursos orçamentários.

No entanto, não houve melhora na situação, já que a mera ordem da Corte não foi suficiente para o cumprimento dessas medidas, considerando que os destinatários das ordens perceberam pouca flexibilidade e pouco diálogo. Além disso, não houve intensa fiscalização do Poder Judiciário quanto à implementação das medidas, de forma que o problema não foi resolvido.

Aprendendo com os seus erros, a Corte adotou outra postura na *sentencia* nº 25, quase dez anos depois. A questão discutida era o deslocamento forçado causado pelas FARC e que atinge várias famílias. Em virtude da perseguição de guerrilheiros, inúmeras famílias são forçadas a migrar pelo território colombiano (principalmente as que têm idosos, minorias ou mulheres responsáveis pela condução da família).

A corte declarou, ao examinar pedidos feitos por mais de mil famílias diferentes, o estado de coisas inconstitucional, reconhecendo a responsabilidade do poder público para reparar a situação.

No entanto, em vez de impor regras rígidas, a Corte apresentou recomendações flexíveis e para inúmeras autoridades, não concentrando apenas em determinada figura ou Poder. Além disso, dialogou com várias fontes e com a sociedade, diminuindo, assim, os riscos do ativismo e auxiliando a população deslocada.

Considerando o exemplo colombiano, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional. No entanto esta é uma medida excepcional, já que se trata de expressão não prevista no ordenamento brasileiro.

Para Campos (2015a)

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional:

a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;

a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;

a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

**Diante disso, conclui-se que a declaração do estado de coisas inconstitucional não trata de problemas pontuais, mas sim de assuntos que têm amplitude e que são importantes na proteção de direitos. É o que se denomina “litígio estrutural”, para os quais os ministros concedem “remédios estruturais” (Campos, 2015).**

**Em outro texto, Campos (2015b), ao afirmar que não se deve temer o Estado de Coisas Inconstitucional, diz que**

O ECI funciona como a “senha de acesso” da corte à tutela estrutural: reconhecido o ECI, a corte não desenhará as políticas públicas, e sim afirmará a necessidade urgente que Congresso e Executivo estabeleçam essas políticas, inclusive de natureza orçamentária.

**Embora a defesa do Estado de Coisas Inconstitucional, claramente ativista, esteja calcada na urgência, há quem discorde de sua aplicação, a exemplo de Lênio Streck (2015):**

Se a Constituição não é uma carta de intenções (e todos pensamos que não o é), o Brasil real, comparado com a Constituição, pode ou é um país inconstitucional, na tese de quem defende a possibilidade de se adotar o ECI. Pensemos no artigo 3º (objetivo de construir uma sociedade justa e solidária; a norma do salário mínimo, o direito à moradia, à segurança pública etc). Portanto, vamos refazer o dito: se a Constituição Federal não é uma carta de intenções e se é, efetivamente, norma, então o Brasil está eivado de inconstitucionalidades. Mas, de novo: levando isso a fundo, é o Judiciário que vai decidir isso? E como escolherá as prioridades dentre tantas inconstitucionalidades?

O que quero dizer é que, em sendo factível/correta a tese do ECI, a palavra “estruturante” poderá ser um guarda chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo. Mas, qual será a estrutura a ser inconstitucionalizada? Sabemos que, em uma democracia, quem

faz escolhas é o Executivo, eleito para fazer políticas públicas. Judiciário não escolhe. Veja-se, por exemplo, o problema que se apresenta em face do remédio para câncer, em que uma decisão do STF, para resolver um caso específico (um caso terminal), está criando uma situação absolutamente complexa (para dizer o mínimo) no Estado de São Paulo. Não necessitamos de uma análise consequencialista para entender o problema dos efeitos colaterais de uma decisão da Suprema Corte.

Despiciendo dizer — e sou insuspeito pela defesa que faço da jurisdição constitucional — que, ressalvados os excessos, é, sim, dever do Poder Judiciário garantir o cumprimento da lei, independentemente do nome, bonito ou feio, adequado ou inadequado, que a uma situação de descumprimento da lei se tenha dado. Pois a Constituição e a lei são para serem cumpridas. Só que existe uma coisa chamada política, eleições, parlamento, orçamento, enfim, coisas que fazem parte de uma democracia, sem falar do lugar em que vivemos: um país periférico e com um presidencialismo de coalizão, capenga, que dia a dia agoniza. Ou seja, com a crítica ao ECI não estou negando a importância do Judiciário para o cumprimento da Constituição (ele é seu guardião!). Se fosse assim, estaríamos acabando com a ideia de controle de constitucionalidade, com a autonomia funcional do Judiciário e outras tantas prerrogativas que dão os contornos à nossa jovem construção de Estado Constitucional de Direito. Sou um defensor do cumprimento da Constituição; e, quando o Judiciário assim o faz, também sou seu defensor. Por um motivo óbvio: defender a Constituição significa defender a democracia.

Mas, atenção. É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral. E também discordo em face de outros argumentos. Marcelo Cattoni e eu vimos discutindo esse assunto. E chegamos a conclusão que o ECI pressupõe uma leitura dualista da tensão entre fatos e normas, desconsiderando que o problema da eficácia do direito, sobretudo após o giro linguístico (que o direito parece querer ignorar), não pode ser mais tratado como um problema de dicotomia entre norma e realidade, um, como referi acima, verdadeiro ranço jusnaturalista, sob pena de se agravar ainda mais o problema que por meio da crítica se pretende denunciar.

De fato, embora sedutor o Estado de Coisas Inconstitucional, há nele uma usurpação de função que não deve ser empregada pelo Judiciário. Ademais, resta incômodo após ler a decisão do plenário (liminar), que parece exigir em vez de dialogar.

Trata-se de caminho perigoso e que não funcionou na Colômbia, mas que parece estar se repetindo aqui no Brasil quando os ministros determinam a mera observância do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (o que já é obviamente descumprido) e fixam prazos irrealistas, como a realização de audiências de custódia em 90 dias e o comparecimento do preso perante autoridade judiciária em 24 horas.

Ou seja, apesar da decisão, parece que não há claras intenções de reformas ou mudanças. E nada mudou mesmo, considerando que a decisão é de 2015 e até

o presente momento pouco ou nada se alterou.

O encarceramento em massa é indiferente aos olhos da população e dos Poderes, considerando que, além de não ser construída uma política de desencarceramento, o Brasil é o país da América Latina que, segundo o Banco Interamericano de Desenvolvimento, menos gasta com presídios (CONJUR, 2017).

E os números tendem a subir, como aponta a precisa análise de Santoro (2017):

Certo é que a resposta repressiva que vem sendo dada para o descrédito do sistema de justiça criminal no Brasil aferido no referido Relatório é apontado no próprio documento como um fracasso, que tem tido um impacto negativo e profundo na convivência democrática e no respeito aos direitos humanos, que estão na base do desenvolvimento humano (NAÇÕES UNIDAS, p. 13). Nesse contexto político-criminal, a perspectiva é de que o contingente de presos provisórios aumente nos próximos anos, diante da postura adotada pelo Poder Judiciário brasileiro e da aberta possibilidade de aumentar o encarceramento com a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Diante do que apontado aqui acerca do caos carcerário, do perfil do preso brasileiro, necessário retornar à colaboração premiada para memorar aspecto importantíssimo e que a relaciona diretamente com a prisão: a sua seletividade penal (que não se confunde com impunidade, como aponta GENELHÚ, 2015).

Colaboração premiada do pobre, como se sabe, é a tortura. E o “prêmio” são os hematomas. Não há grandes esquemas ou cuidados para que as declarações sejam tomadas. O pobre é “x-9”, enquanto o rico é “colaborador”; se o rico se desespera por uma noite privado de liberdade, o pobre não detém liberdade de locomoção há muito, desde que é revistado nas horas mais inoportunas porque “parece suspeito”. Se para o rico a liberdade é o bem mais caro, o pobre por ela não pode pagar.

Assim, não parece espantoso que o rico, quando excepcionalmente preso, se empenhe a todo custo para sair, com todo o poder de barganha e informações que possui, daquele ambiente desumano.

Por causa disso, há tendência atual dos magistrados em utilizar a prisão preventiva, prisão processual (que, como já visto, é regulamentada pelos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal para situações específicas e restritas, tendo em mira ser a regra – ao menos, em tese – a liberdade), como meio de coação para que seja feita a colaboração premiada.

E funciona, por óbvio. O que se pretende entender e, por essa razão, será detalhado no próximo capítulo é: trata-se de prática legal?

## A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEIO COERCITIVO PARA COLABORAÇÃO PREMIADA

Examinadas a colaboração premiada e a prisão preventiva, é chegada a hora de perquirir o que ocorre quando esta é utilizada para alcançar aquela.

Como visto, a colaboração premiada tem como requisito, de acordo com o artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2013, a voluntariedade.

Voluntariedade significa, por definição do dicionário Aulete, qualidade de quem age movido por sua própria vontade ou impulso. Consta como sinônimo a palavra “espontaneidade”.

No Direito, essas duas expressões, aparentemente sinônimas, ganham contornos distintos.

Enquanto a voluntariedade se restringe à realização de algo por vontade própria, a espontaneidade exige a iniciativa do indivíduo, vale dizer, que a ideia de praticar o ato tenha surgido dele.

Nesse sentido, a desistência voluntária, por exemplo, estampada no artigo 15 do Código Penal, não precisa ser espontânea (GRECO, 2017).

A Lei nº 10.409, de 2002 (antiga lei de drogas), utilizava a espontaneidade como requisito para a delação premiada, estabelecendo, conforme seu artigo 32, §2º, que o sobrestamento do processo ou a redução da pena poderiam decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que espontaneamente revelasse informações.

Apesar da clara semelhança, a voluntariedade é requisito mais objetivo e que deve ser usado em detrimento da espontaneidade em todos os casos, mas especialmente na colaboração premiada.

Explica-se: em primeiro lugar, a espontaneidade dificilmente surgirá, em razão da ausência de conhecimento jurídico dos acusados/indiciados. A sugestão de colaboração provavelmente virá dos seus advogados, até porque a constituição de defesa é obrigatória.

Em segundo lugar, como aferir a espontaneidade? Inquirindo o réu para saber se a ideia partiu dele? Não parece razoável ou mesmo útil. Por fim, a espontaneidade, no caso da colaboração premiada, implicaria a iniciativa do acusado para colaborar, mas por vezes a autoridade policial ou o Ministério Público é que sugerem a colaboração (ANDREATO, 2008).

Superada a introdução terminológica, a pergunta que não cala é: pode a prisão

preventiva ser utilizada como forma de coagir indivíduo a fazer colaboração premiada sendo a voluntariedade um de seus requisitos?

A pergunta se dá porque, diante de tudo o que foi apontado sobre a prisão preventiva, é possível perceber que o indivíduo que é preso não é privado apenas de liberdade.

O indivíduo preso, e aqui o foco é aquele preso sem condenação, vê cair por terra a sua presunção de inocência quando encarcerado. Se não no processo, em que a ficção pode continuar a existir, no mundo real.

A prisão traz rótulos (como bem explica a *labelling theory*, de Becker) e, além disso, está inserida em uma estrutura estatal caótica, que viola sistematicamente os direitos humanos.

Além disso, como tratado anteriormente, a colaboração premiada, por seus métodos, ganha força (a exemplo da Lava Jato) com os membros da elite e detentores do poder, ou seja, pessoas que viram prisões apenas em televisões dentro de seus condomínios de luxo.

Assim, imagina-se que o impacto na vida dessas pessoas, sem de qualquer modo diminuir o sofrimento daqueles esquecidos pelo sistema e encarcerados, seja maior.

Há mais: enquanto os encarcerados pobres pouco têm a perder com a prisão em termos de consequências financeiras, os mais abastados gerenciam, em regra, grandes negócios e negociam com o mercado, sensível a variações e reputações. O mesmo ocorre no caso dos políticos, figuras públicas e que dependem de votos e aparência para a sua manutenção no poder.

Dessa forma, diante da precariedade das prisões brasileiras e a ausência de prazo estipulado para a prisão preventiva, a colaboração premiada realizada após a prisão preventiva do acusado/indiciado, ante a ausência de vontade livre, ganha contornos de tortura.

A Lei nº 9.455, de 1997, define, em seu artigo 1º, que constitui crime de tortura constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando sofrimento físico ou mental, entre outros motivos, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da própria pessoa ou de terceira pessoa.

Nesse sentido, Langbein (1978), traça paralelos entre o sistema de tortura medieval e o instituto da *plea bargain*:

We coerce the accused against whom we find probable cause to confess his guilt. To be sure, our means are much politer; we use no rack, no thumbscrew, no Spanish boot to mash his legs. But like the Europeans of distant centuries who did employ those machines, we make it terribly costly for an accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial. We threaten him with a materially increased sanction if he avails himself of his right and is thereafter convicted. This sentencing differential is what makes plea bargaining coercive.

Apenas para que não reste dúvidas, não se iguala aqui a prisão aos métodos de tortura medievalmente utilizados; não, o que se quer explorar é a prisão preventiva

como instrumento de tortura moderna e institucionalizada.

Como atestar a voluntariedade do agente ao prestar as declarações se tem a liberdade cerceada? Quem, em sã consciência, não diria o que sabe e o que não sabe para deixar a prisão?

Nesse sentido, as acusações de prisão como forma de coação para colaboração premiada parecem ser constantes.

Leonardo Sica, Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo, expõe o problema (LOPES, 2015):

O mais importante é propagar a ideia de que combater a corrupção é importante, mas dentro das regras do jogo, combater fora das regras do jogo é tão grave quanto a corrupção em si. Os fins não justificam os meios, então estamos preocupados com essa elasticidade das garantias fundamentais e do direito de defesa que começa a acontecer nessa investigação.(...) Por exemplo, essa combinação entre prisão preventiva e delação premiada soa para nós como uma espécie de tortura soft é como um pau de arara virtual, as pessoas são presas preventivamente e só são soltas se confessarem. Isso é muito preocupante e não é necessário, existem outros métodos de investigação e de colheita de prova sem violar os direitos e garantias do cidadão. (...) Esses excessos na condução da Lava Jato são preocupantes, pois podem até, no futuro, resultar em um problema muito grave, que é a anulação da operação.

**Na mesma linha, Badaró (2015) é certo:**

Primeiro se castiga, digamos, com a prisão preventiva e sequestro de todos os bens do acusado. Castiga-se, desde logo. Não se pode esquecer que esses efeitos práticos, como castigos, correspondem exatamente à pena de perda do produto do crime, enquanto efeito civil da condenação penal, e à própria pena privativa de liberdade. Depois, ouve-se: sou inocente! Mesmo acabando de ser privado da liberdade, clamar por inocência é o primeiro impulso. Seja fruto da indignação daqueles que se sabem inocentes; seja como natural e intuitiva manobra defensiva de quem pretende se livrar da punição pelos erros que sabe que cometera, a postura é a mesma: sou inocente. Por último, obriga-se a confessar: o que mais pode fazer uma pessoa que está privada de sua liberdade e de seu patrimônio, com base em medidas cautelares que a lei não estabelece prazo máximo de duração, diante de uma promessa de liberdade e liberação de parte lícita do patrimônio? O tempo no cárcere se incumbe de lenta, constante e indefinidamente vencer até mesmo os mais tenazes.

**O referido autor ainda soluciona eventual entrave no mesmo artigo, ressaltando que**

As delações de investigados presos são um terrível retrocesso. Devem ser consideradas inválidas, por não atenderem ao requisito do caput do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que exige a voluntariedade da colaboração. E se um investigado preso desejar fazer a delação e o Ministério Público assim considerar que tal colaboração poderá ser efetiva? Que este dê o primeiro passo, postulando a soltura do investigado que se dispõe a ser colaborador. Solto, terá a liberdade que lhe dará a voluntariedade para aceitar ou não a delação. A lógica não pode ser “prender para delatar”, mas no caso de investigados presos, soltar para voluntariamente delatar!

**Outra voz que ressalta a impossibilidade de colaboração de réu preso é a de D'URSO (2015):**

Uma das principais regras a ser observada é a da voluntariedade, pois a

delação premiada não pode ser compelida ao delator, que jamais poderá ser forçado a delatar. A voluntariedade está intimamente ligada à origem da delação premiada, pois o delator deve agir movido pelo sentimento de arrependimento ou de colaboração com a Justiça, afastando-se da prática criminosa. Imenso debate se trava hoje sobre esse ponto, pois a voluntariedade deve significar que a delação será feita livremente, negociada sem pressões ou ameaças, isto tudo num ambiente de liberdade para decidir. Como afirmar que alguém que realiza uma delação premiada possa fazê-la de forma voluntária, se este alguém que já é alvo de uma investigação, ou de um processo criminal, encontra-se preso cautelarmente? É inegável que o homem preso preventivamente está submetido a uma enorme carga emocional que o oprime, submetido a uma das mais doloridas e sofridas experiências de um ser humano. Não é por acaso que a humanidade buscou o pior castigo para punir alguém na supressão de sua liberdade. Ora, como alguém que não pode ir e vir livremente, que é submetido ao convívio nefasto do cárcere, que sofre as humilhações do aprisionamento, que suporta a vergonha da cadeia para seus parentes e amigos, que muitas vezes enfrenta a superlotação carcerária e até sevícias físicas e sexuais, como alguém submetido a essa pressão psicológica pode preservar sua voluntariedade? Por óbvio que o espírito da voluntariedade inexistente nesse ambiente e compromete a iniciativa da delação premiada, que é buscada para se obter a liberdade. Nem se vislumbra aqui a odiosa prática de se deliberadamente prender para forçar a delação premiada, pois tal representaria um crime estatal tão nefasto quanto o crime que se deseja combater, inadmissível num Estado Democrático de Direito, onde todos, Estado e cidadãos, devem se submeter às leis. Assim, o instituto da delação premiada não é um mal em si mesmo, até porque representa, na sua essência, uma alternativa para a defesa, todavia, é preciso aperfeiçoá-lo, e a proposta que apresentamos, é a proibição da oportunidade da delação premiada para aquele que se encontra preso cautelarmente, pois dessa forma se estaria preservando a obrigatória voluntariedade, que hoje é tão questionada no Brasil.

### **Corroborar todo o exposto o Ministro Marco Aurélio (RODAS, 2016), para quem,**

acima de tudo, a delação tem que ser um ato espontâneo. Não cabe prender uma pessoa para fragilizá-la para obter a delação. A colaboração, na busca da verdade real, deve ser espontânea, uma colaboração daquele que cometeu um crime e se arrependeu dele.

### **Há quem discorde e entenda pela possibilidade de o preso realizar colaboração premiada. Em artigo publicado, Suxberger e Mello (2017) concluem que**

(...) o verdadeiro problema na relação entre prisão preventiva e colaboração premiada não recai sobre os institutos em si, mas sobre os seus operadores. Tecnicamente, como se evidenciou, não há incompatibilidade entre prisão e colaboração. A prisão preventiva possui requisitos e fundamentos específicos, previstos pelo art. 312 do CPP, que, se observados, não autorizam a segregação como instrumento para forçar a colaboração. Em síntese, respeitadas as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, não há como reduzir a prisão a um instrumento de coação, pois seus requisitos são incompatíveis com isso.

Não se poderia discordar mais. Não há como “reduzir a prisão preventiva a um instrumento de coação” porque ela é instrumento de coação! Tanto é assim que o *habeas corpus* é remédio para quem sofre, de acordo com o artigo 5º, LXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, coação em sua liberdade de locomoção (BADARÓ, 2015).

E há quem discorde, agora já no campo prático, que a prisão preventiva tem sido utilizada como forma de coação para que o acusado/indiciado faça acordo de

colaboração premiada.

No âmbito da Operação Lava Jato, as prisões têm sido frequentes, não obstante os réus sejam abastados, primários, com residência fixa e empregados. Ainda que existam medidas cautelares alternativas à prisão, estas não foram consideradas e a prisão preventiva foi decretada 91 vezes em três anos de funcionamento da operação (SALOMÃO, 2017).

Em artigo de opinião, Deltan Dallagnon (2015), procurador do Ministério Público Federal e coordenador da Operação, afirma que as prisões efetuadas não foram utilizadas para obter colaboração premiada dos réus.

Vale a leitura dos seguintes trechos:

O principal ataque aos acordos é a alegação de que as prisões da Lava Jato foram e são feitas para forçar confissões ou colaborações, como se fosse uma espécie de tortura, o que tornaria todos os acordos ilegais e derrubaria a operação. É surpreendente como esse argumento tem sido repetido tantas vezes, com a clara intenção de que a repetição o faça parecer verdadeiro, ainda que a realidade prove ser absolutamente mentiroso. Ainda que seja surpreendente a comparação entre tortura, que impõe um mal injusto e grave, à colaboração premiada, que oferece um bem ou prêmio legalmente previsto, a repetição da mentira faz necessário explicitar a verdade. (...) A única função de se repetir a mentira de que prisões são feitas como torturas é criar uma atmosfera de irregularidades e abrir espaço para que teses de nulidade ganhem corpo nos tribunais. A advocacia das nulidades, tão fértil o Brasil, tira o foco dos crimes de corrupção, tão extensos e intensos na violação de direitos fundamentais da população que caracterizam um verdadeiro atentado contra a humanidade, para colocar os holofotes em questões procedimentais.

Em primeiro lugar, assombrosa a opinião do procurador sobre a advocacia, entendendo que o exercício de função essencial à justiça, na verdade, desvia a atenção do combate à corrupção, que seria “atentado contra a humanidade”.

Atentado contra a humanidade, respeitosamente, é reputar mentira o que, de fato, tem acontecido, posto que viola a humanidade daqueles que estão presos.

Em artigo publicado por Facciola & Borba (2014), o advogado Alberto Zacharias Toron denuncia: “Quem colaborou foi solto. Quem não colaborou teve a prisão preventiva decretada”. Ainda segundo a matéria,

O advogado conta que não há qualquer mudança no cenário desde que os executivos foram presos para que se determinasse a prisão preventiva. Outros dois advogados que trabalham no caso afirmam que a decisão de Moro não analisa nenhum argumento necessário para a decretação da prisão preventiva.

E para que não se diga que se trata de “advocacia das nulidades”, há parecer do próprio Ministério Público Federal reconhecendo a utilização da prisão preventiva para forçar colaborações premiadas (CANÁRIO, 2014a):

O uso das prisões preventivas como forma de forçar os réus da operação “lava jato” a colaborar com a investigação não é mais segredo. Em pelo menos quatro pareceres em Habeas Corpus, a Procuradoria Regional da República da 4ª Região defende a manutenção das prisões diante da “possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal”.

Como se não bastasse a utilização expressa da prisão como forma de coação, em franca contrariedade com o que afirmou Dallagnol, a justificativa do procurador, na mesma matéria, causa espanto:

O procurador Manoel Pastana se defende. Ele reconhece que foi “um entendimento avançado” do que diz o artigo 312 do Código de Processo Penal. Em conversa com a ConJur, explicou que seu parecer se baseia na parte do dispositivo que autoriza a prisão preventiva “para conveniência da instrução criminal”. Segundo ele, trata-se de um conceito aberto. “É um entendimento meu, posso interpretar o Direito. Não estou distorcendo fatos, estou tratando de teses”, afirma. O procurador acredita que “o Direito precisa evoluir” e que a figura da delação premiada é recente no Direito Penal brasileiro. Por isso, diante de uma regra que fala da conveniência da instrução de forma abstrata como causa para a prisão preventiva, é possível se interpretar que uma dessas conveniências seja forçar o réu a colaborar, conclui. Pastana afirma que se está diante de um dos crimes mais difíceis de se apurar, por causa da sofisticação. “Em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso”, comenta. Ele analisa que a prisão nos crimes tributários é para forçar o réu a pagar o imposto devido. No caso dos crimes financeiros, a prisão também pode servir para forçar o réu a contar à Justiça como foi cometido o delito. “É um negócio que o Estado faz com o criminoso: ele já agrediu a sociedade, agora agride os companheiros dele. Se os criminosos usam de todos os artifícios para tentar fugir, temos que tentar nos adequar”.

O referido parecer, como era de se esperar, foi arduamente combatido por juristas, a exemplo de Aury Lopes Jr., Miguel Reale Jr. e Lênio Streck (CANÁRIO, 2014b).

O jurista Marcio Sotelo Felipe, examinando a Operação Lava Jato e a postura do juiz Sérgio Moro, afirma (LIMA, 2016): “ele investiga sob tortura, põe a pessoa na cadeia até o momento em que ela resolve fazer uma delação. Que outra coisa é isso, senão uma forma de tortura?”.

Bottino (2016), atento aos acordos de colaboração realizados em sede da Operação Lava Jato, denuncia ainda o flagrante descaso com a legalidade em três acordos, a saber, os realizados com Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef e Pedro José Barusco Filho.

Nos três, o MPF, com aval do juiz (que homologou os acordos), estabelece recompensas que não apenas não estão previstas na Lei nº 12.850, de 2013, como faz constar expressamente que elas serão concedidas ainda que a colaboração não seja efetiva, o que contraria o texto legal, que condiciona o benefício à efetividade da colaboração.

Embora não seja o escopo trabalho, parece claro, depois do exposto, que a legalidade não foi e não é a preocupação principal na condução das investigações. Antes, se busca o resultado a qualquer custo e à revelia das garantias.

Por derradeiro, que não se diga, a exemplo de Suxberger (2017) e Aras (2015), respectivamente, que não há estudo estatístico que informe quantos colaboradores realizaram a colaboração presos e quantos a realizaram soltos ou que, mesmo colaborando, os presos permanecem presos.

Em primeiro lugar, não é necessário estudo estatístico, tendo em vista que os indiciados/acusados que colaboraram estando soltos não constituem preocupação. Em que pese a discordância em relação ao instituto, é um direito deles a realização voluntária do acordo.

O problema não é a colaboração. O que importa, de fato, é discutir a voluntariedade de quem estava preso e fez o acordo de colaboração, e não há estudo estatístico capaz de aferir tal dado.

Em segundo lugar, o fato de os presos permanecerem presos após a colaboração só reforça o quanto a voluntariedade é questionável. Isso porque se o acordo de colaboração já previa pena privativa de liberdade, ainda que pequena, certamente o acusado se sente coagido a aceitar, pois se o acordo, que deveria ser benéfico, prevê prisão, o que não o aguarda na sentença?

Além disso, dessas prisões, algumas são domiciliares e estas, embora restritivas, nem se comparar ao encarceramento nos presídios brasileiros.

Diante do exposto, parece não restar dúvidas de dois pontos:

A uma, que a prisão preventiva é forma de coação que deve ser utilizada excepcionalmente e conforme os artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, sendo ilegal quando utilizada com qualquer outra finalidade, principalmente para obter acordo de colaboração premiada.

A duas, que a prisão preventiva tem sido utilizada no Brasil, mormente na operação Lava Jato, em que o instituto negocial se faz mais presente, como forma de coagir o acusado/indiciado para realizar o acordo de colaboração premiada.

Considerando essas conclusões, o último capítulo de ocupa de investigar se a referida coação ocorreu no caso de Milton Pascowitch, réu na Operação Lava Jato.

## ESTUDO DE CASO: A COLABORAÇÃO PREMIADA DE MILTON PASCOWITCH APÓS PRISÃO PREVENTIVA

Explanados todos os fundamentos do trabalho, passa-se agora ao caso concreto, a fim de verificar se houve coação para a prática de colaboração premiada.

Para tanto, de rigor a apresentação de Milton Pascowitch, réu na Operação Lava Jato que firmou acordo de colaboração premiada após ter sido preso preventivamente.

Milton Pascowitch nunca esteve nos holofotes da mídia brasileira, o que torna sua participação nesse trabalho ainda mais inusitada.

Empresário, era também engenheiro civil e prestava serviços à Ecovix, empresa do ramo de construção naval e offshore (ÉPOCA, 2015).

Feita breve introdução, passa-se à Operação Lava Jato.

Concebida para ser a maior investigação sobre corrupção já vista no país, há muito já se desvirtuou, já que toda sorte de arbitrariedades e ilegalidades já ocorreram, como demonstrado brevemente no capítulo anterior. Além disso, tomou lugar o Processo Penal do Espetáculo (CASARA, 2016) em níveis nunca antes observados.

Em nome da “moralidade” e dos “cidadãos de bem”, o processo penal tem sido diuturnamente vilipendiado por atores processuais como Sérgio Moro e Deltan Dallagnol, que concedem entrevistas e, justificando suas ações com o “interesse público”, expõem os réus constantemente.

Desnecessárias conduções coercitivas, obrigatoriedade de o réu permanecer na oitiva de todas as testemunhas arroladas, vazamento de áudio de terceiros, impedimento de gravar audiência, entre outros. A Lava Jato traz farto cardápio dos erros mais escabrosos do Judiciário nos últimos tempos.

O nome da operação decorre dos lava-jatos utilizados por organização criminosa para movimentar recursos escusos, embora posteriormente o objeto tenha sido ampliado (indefinidamente, o que, para dizer o mínimo, é temerário).

Em sítio virtual criado pelo Ministério Público Federal, a operação é descrita da seguinte forma:

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia. No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba,

foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa.

As empreiteiras - Em um cenário normal, empreiteiras concorreriam entre si, em licitações, para conseguir os contratos da Petrobras, e a estatal contrataria a empresa que aceitasse fazer a obra pelo menor preço. Neste caso, as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma concorrência aparente. Os preços oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo.

Funcionários da Petrobras - As empresas precisavam garantir que apenas aquelas do cartel fossem convidadas para as licitações. Por isso, era conveniente cooptar agentes públicos. Os funcionários não só se omitiam em relação ao cartel, do qual tinham conhecimento, mas o favoreciam, restringindo convidados e incluindo a ganhadora dentre as participantes, em um jogo de cartas marcadas. Segundo levantamentos da Petrobras, eram feitas negociações diretas injustificadas, celebravam-se aditivos desnecessários e com preços excessivos, aceleravam-se contratações com supressão de etapas relevantes e vazavam informações sigilosas, dentre outras irregularidades.

Operadores financeiros - Os operadores financeiros ou intermediários eram responsáveis não só por intermediar o pagamento da propina, mas especialmente por entregar a propina disfarçada de dinheiro limpo aos beneficiários. Em um primeiro momento, o dinheiro ia das empreiteiras até o operador financeiro. Isso acontecia em espécie, por movimentação no exterior e por meio de contratos simulados com empresas de fachada. Num segundo momento, o dinheiro ia do operador financeiro até o beneficiário em espécie, por transferência no exterior ou mediante pagamento de bens.

Agentes políticos - Outra linha da investigação – correspondente à sua verticalização – começou em março de 2015, quando o Procurador-Geral da República apresentou ao Supremo Tribunal Federal 28 petições para a abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a 55 pessoas, das quais 49 são titulares de foro por prerrogativa de função (“foro privilegiado”). São pessoas que integram ou estão relacionadas a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras. Elas foram citadas em colaborações premiadas feitas na 1ª instância mediante delegação do Procurador-Geral. A primeira instância investigará os agentes políticos por improbidade, na área cível, e na área criminal aqueles sem prerrogativa de foro. Essa repartição política revelou-se mais evidente em relação às seguintes diretorias: de Abastecimento, ocupada por Paulo Roberto Costa entre 2004 e 2012, de indicação do PP, com posterior apoio do PMDB; de Serviços, ocupada por Renato Duque entre 2003 e 2012, de indicação do PT; e Internacional, ocupada por Nestor Cerveró entre 2003 e 2008, de indicação do PMDB. Para o PGR, esses grupos políticos agiam em associação criminosa, de forma estável, com comunhão de esforços e unidade de desígnios para praticar diversos crimes, dentre os quais corrupção passiva e

lavagem de dinheiro. Fernando Baiano e João Vacari Neto atuavam no esquema criminoso como operadores financeiros, em nome de integrantes do PMDB e do PT.

Milton Pascowitch foi considerado envolvido no esquema através do recebimento de propina para o PT, propina esta paga pela empresa Engevix. Era também dono da empresa Jamp Engenheiros Associados LTDA, que pagou mais de R\$ 1,4 milhão à JD Consultoria (de José Dirceu). Além disso, o vice-presidente da Engevix informou que Milton intermediava o recebimento da propina na Petrobrás, à época sob comando de Renato Duque (ÉPOCA, 2015).

Propagado o ocorrido, os jornais se empenharam em noticiar o envolvimento do empresário, ligando-o desde então a José Dirceu.

Pascowitch foi preso em sua residência em 21 de maio de 2015, na 13ª fase da Operação Lava Jato. Além disso, foram apreendidas na residência de seu irmão 60 quadros e duas esculturas que pertenciam a Milton, utilizadas para lavar dinheiro recebido através do esquema de propina nos contratos da Petrobrás (RICHARD, 2015).

A prisão, decretada pelo juiz Sérgio Moro em 19 de maio de 2015, nos autos do processo nº 5004257-58.2015.4.04.7000, considera presentes a existência do delito e indícios suficientes de autoria.

De fato, sem pretensão de analisar a decisão do magistrado, pareciam fartos os registros de transações espúrias por parte do réu.

No entanto, ao analisar o requisito e os fundamentos, o juiz assim afirma:

Presentes, portanto, os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, boa prova de materialidade e de autoria. Resta analisar a presença dos fundamentos. Milton Pascowitch teria participado por longo período do esquema criminoso, sendo apontado como intermediador das propinas de 2004 a 2014 entre dirigentes da Engevix e empregados da Petrobras e da Sete Brasil, além de haver indícios de que atendeu outras empreiteiras. Em um contexto de criminalidade desenvolvida de forma habitual, profissional e sofisticada, não há como não reconhecer a presença de risco à ordem pública, a justificar a prisão preventiva para interromper o ciclo delitivo. (...) Afinal, o fato de tratarem-se de crimes de lavagem de dinheiro, ou seja, crimes comumente qualificados como 'crimes de colarinho branco', não exclui o risco a ordem pública. Crimes de colarinho branco podem ser tão ou mais danosos à sociedade ou a terceiros que crimes praticados nas ruas, com violência como já apontava o sociólogo Edwin Sutherland (1883-1950) em seu clássico estudo, *White-Collar Criminality*, de 1939: (...) A gravidade concreta da conduta de Milton Pascowitch é ainda mais especial, pois há indícios de que propinas também foram pagas, por seu intermédio, para agentes políticos e para financiamento político, o que compromete a integridade do sistema político e o regular funcionamento da democracia. O mundo do crime não pode contaminar o sistema político-partidário. Agregue-se que, no caso de Milton Pascowitch, há provas, em cognição sumária, de que manteria contas secretas no exterior (pelo menos a MJP International Group e a Farallon Investing Ltd), com recursos milionários, a partir das quais efetuou o pagamento de propinas a empregados públicos, como Pedro Barusco. Nesse contexto, remanesce com os instrumentos necessários para a continuidade da prática delitiva, sem qualquer possibilidade de controle por parte das autoridades públicas. As contas secretas ainda constituem indício de risco à aplicação da lei penal, pois não sendo imediatamente acessíveis às autoridades brasileiras, tem o investigado condição

de dissipar os ativos nelas mantidos, impedindo, com eficácia, a recuperação do produto do crime, oferecendo ainda um risco concreto de fuga, pois, com conexões e recursos milionários no exterior, tem o investigado condições de nele refugiar-se, mantendo-se a salvo da ação da Justiça brasileira. Presentes, portanto, não só os pressupostos da prisão preventiva, boa prova de materialidade e de autoria, mas igualmente os fundamentos, o risco à ordem pública e o risco à aplicação da lei penal, deve ser deferido o requerimento do MPF de prisão preventiva de Milton Pascowitch. (...) O caso de Milton Pascowitch diferencia-se ainda dos empreiteiros. Sua condição é mais análoga a dos profissionais que se dedicaram, diferentemente dos empreiteiros, exclusivamente à prática delitiva, intermediando propinas, ocultando e dissimulando o produto do crime, em operações complexas de lavagem de dinheiro, inclusive com transações e contas secretas no exterior. Como mencionado por Gerson de Mello Almada, o papel de Milton Pascowitch era o equivalente ao de Alberto Youssef, ou seja, em cognição sumária, de profissional dedicado ao pagamento de propina e de lavagem de dinheiro. Apesar do aludido julgado do Supremo Tribunal Federal, não cabe deixar de reconhecer, em relação a um aparente profissional do crime, como Alberto Youssef ou Milton Pascowitch, a presença do risco a ordem pública.(...) Ante o exposto, defiro parcialmente o requerido e decreto, com base no artigo 312 do CPP e em vista dos riscos à ordem pública e à aplicação da lei penal, esta não só pelo risco de fuga, mas também pelo risco de dissipação de ativos mantidos em contas secretas no exterior, a prisão preventiva de Milton Pascowitch, com as qualificações apontadas pelo MPF.

A decisão expõe exatamente o discutido no segundo capítulo deste trabalho, a saber, o perigo das expressões amplas e genéricas, como “ordem pública”, “integridade do sistema político” e “regular funcionamento da democracia”.

No caso de Milton, Moro considera que diante da criminalidade “desenvolvida de forma habitual, profissional e sofisticada, não há como não reconhecer a presença de risco à ordem pública, a justificar a prisão preventiva para interromper o ciclo delitivo”.

Não há explicação, em momento algum do *fumus comissi delicti* ou do *periculum libertatis*.

Tudo o que se utiliza como fundamento para a prisão, chamado de “gravidade concreta da conduta”, deveria ser avaliado no momento da sentença e de uma eventual pena.

Repita-se: prisão preventiva não é e não pode ser antecipação de pena. Além disso, as contas no exterior e os ativos que poderiam ser dissipados, como o juiz indica, poderiam ser protegidos por outros instrumentos legais (úteis para coisas, não para pessoas).

Sobre a fuga, vale lembrar que o receio deve ser justificado, não podendo o juiz projetar no acusado o que ele faria se estivesse em seu lugar (AURY LOPES JR., 2017).

Decretada a prisão e preso o acusado, surge a seguinte reportagem (MACEDO, 2015a):

O advogado criminal Theo Dias, que defende Milton Pascowitch – apontado como lobista e pagador de R\$ 1,45 milhão ao ex-ministro da Casa Civil José Dirceu – disse que não vê a presença dos requisitos necessários para o decreto de prisão preventiva de seu cliente. “Ele (Pascowitch) já prestou depoimento recentemente, houve busca e apreensão na residência dele, houve até sua condução coercitiva, em fevereiro. Desde então, o cenário não mudou. Ele continua no mesmo endereço, suas atividades todas estão paradas.” (...) Theo Dias, o defensor de Pascowitch, ressalta que, há cerca de três meses, o juiz federal Sérgio Moro indeferiu um primeiro pedido de prisão preventiva de seu cliente. “Não vejo nenhuma mudança de fevereiro para cá que justifique agora a ordem de prisão.” O advogado assinala. “Ainda que o Ministério Público Federal entenda que tenha provas de envolvimento de Pascowitch em atividades ilícitas isso não é suficiente para a prisão preventiva. Não havia risco de fuga, ameaça à testemunha. O que me surpreende é um decreto de prisão sem nada que autorize tal medida, a não ser a metodologia de prender para forçar as pessoas a falarem.”

Parece claro, da leitura da matéria, que a prisão preventiva decretada, realizada ou não com o objetivo de forçar Milton a fazer acordo de colaboração premiada, não atendeu ao princípio da excepcionalidade e nem ao princípio da necessidade.

No entanto, como em Curitiba 1/3 dos presos faz acordo de colaboração premiada (HOLANDA & CLAVERY, 2017), Milton Pascowitch decidiu fazer acordo de colaboração premiada após 39 dias preso (MACEDO, 2015b).

Curiosamente, a colaboração de Milton foi a responsável pela prisão do ex-Ministro da Casa Civil José Dirceu na 17ª etapa da Operação Lava Jato, “Pixuleco” (EM, 2015), já que, dos seus relatos, vinte e dois foram anexados aos arquivos de José Dirceu.

Milton Pascowitch foi considerado pivô da prisão de José Dirceu, que foi condenado a uma das penas mais altas da Operação e que não realizou acordo de colaboração premiada (BRANDT, 2016).

Diante de todo o abordado até o momento, desde os aspectos da colaboração premiada, passando pela prisão preventiva e o sistema carcerário brasileiro e culminando no exame do caso Pascowitch, duas conclusões podem ser obtidas:

Em primeiro lugar, a definição da voluntariedade do agente que faz acordo de colaboração premiada resta inviabilizada diante da prisão preventiva. Como a prisão é segregadora, estigmatizadora e desumana, no entanto, não é difícil imaginar que, em algum grau, interfira na decisão de colaborar.

Diante da impossibilidade de definição, o Direito Processual Penal deve proceder de forma garantista (no sentido de garantir ao réu seus direitos fundamentais), vedando, portanto, a possibilidade de acusado/indiciado preso colaborar.

Em segundo lugar, ainda que claras as notícias de que o Ministério Público Federal, com aval do juiz (que é quem, de fato, decreta), entende a prisão como forma de coação para acordo de colaboração, consideremos por um segundo que não seja essa intenção.

Nesse caso, ainda permanece o grande problema de as decisões que decretam a prisão preventiva não respeitarem a principiologia das prisões cautelares e – por que não dizer – da Constituição.

Se a intenção não é prender para colaborar e ainda assim é isso que se deduz dos documentos vistos, a prisão não está devidamente fundamentada.

De qualquer modo, há grande entrave processual que deve ser resolvido, sob pena de gerar ainda mais injustiças.

A colaboração premiada é instituto recentemente regulado e de utilização ainda mais recente em nosso país.

Em sistema como o nosso, que adere a teorias alheias e cria um recorte próprio, sem sopesar os benefícios e as consequências, a vigilância deve ser constante.

E não basta observar a legalidade, pois muitas vezes o problema está mesmo na lei, como se pode observar nesse trabalho.

Nesse passo, concordar com Giacomolli (2016), cujas concepções permearam ainda que indiretamente todo esse trabalho, é fundamental:

Uma das patologias da sociedade atual é o pensamento de que em tudo há um preço de mercado, um valor econômico ou uma troca de favores. Isso é fruto do modelo de Estado neoliberal que privilegia a produção e o lucro, em detrimento do desenvolvimento integral do ser humano. Essa concepção não se aplica aos valores morais, que possuem fins em si mesmos, intrínsecos, tampouco ao processo penal, pois não se trata de colocar um preço à liberdade e nem aos valores do cidadão. O processo penal não pode correr o risco de se tornar um *locus* onde se dispõe da liberdade das pessoas como se negocia com as coisas no direito privado.

Também não é demais lembrar aqui Cervantes (2016), que em seu festejado Dom Quixote alertava: “ainda que agrade a traição, ao traidor tem-se aversão”.

Que não se esqueça, portanto, o que significa a colaboração para o réu e o quanto esse instituto precisa de aplicação à luz da Constituição para que, de fato, possa ser útil sem que precise violar direitos para isso.

Acerca da prisão preventiva permanece a crítica, antiga, sobre a inexistência de prazo e o desrespeito a sua principiologia. Não obstante, é necessário resistir e ressaltar os erros quantas vezes eles se colocarem no caminho. E no processo penal, que tem longa história de avanços e retrocessos, a luta é recorrente.

Por derradeiro, acerca da prisão preventiva como meio de coação para obtenção da colaboração premiada, temos que é real e prejudicial.

A prisão preventiva não pode configurar antecipação de pena e não tem finalidade punitiva, mas instrumental qualificada (AURY LOPES JR., 2017).

Utilizar, portanto, a prisão preventiva como forma de obter colaboração é ilegal e não se coaduna com o devido processo, que deve ser legal.

Ainda que não tenha sido possível atestar que a prisão preventiva foi determinante para a decisão de realizar acordo de colaboração premiada, a incerteza é suficiente

para que haja vedação nesse sentido.

Isso porque não há como cogitar a existência de processo humano, digno e justo quando existe a mera suspeita de coação, de vício na vontade do agente.

Assim, ainda que o trabalho não pretenda solucionar os entraves aqui apresentados, resta claro que somente um processo penal humanizado é capaz de minimizar as diuturnas violações aos direitos dos acusados.

A 13ª EMENDA. Dirigido por Ava DuVernay. Escrito por Ava DuVernay e Spencer Averick. Produzido por Ava DuVernay, Spencer Averick e Howard Barish. Kando Films (1h40). 2016.

ALMEIDA, Rodolfo. MARIANI, Daniel. **Lotação de presídios e taxa de encarceramento aqui e no mundo.** Nexo Jornal. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/04/Lota%C3%A7%C3%A3o-de-pres%C3%ADdios-e-taxa-de-encarceramento-aqui-e-no-mundo>>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **O acesso a educação e serviços nos presídios do Brasil.** Nexo Jornal. 10 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/10/O-acesso-a-educa%C3%A7%C3%A3o-e-servi%C3%A7os-nos-pres%C3%ADdios-do-Brasil>>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

ALMEIDA, Rodolfo et alia. **Qual o perfil da população carcerária brasileira.** Nexo Jornal. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-popula%C3%A7%C3%A3o-carcer%C3%A1ria-brasileira>>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

ANADEP. **Raul Zaffaroni encerra V Congresso da AIDEF em Fortaleza.** Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=15048>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal.** In: VIEIRA, Pedro (org.). Depois do Grande Encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANDREATO, Danilo. **Colaboração premiada: ato espontâneo ou voluntário do colaborador?** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1927>>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

ARAS, Wladimir. **Origem do instituto da colaboração premiada.** Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/12/origem-do-instituto-da-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 13 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Sétima crítica: a prisão preventiva do colaborador é usada para extorquir acordos de colaboração premiada.** Disponível: <<https://vladimiraras.blog/2015/05/13/setima-critica-a-prisao-preventiva-do-colaborador-e-usada-para-extorquir-acordos-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520:** informação e documentação: citação em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

AULETE. **Voluntariedade.** Disponível em: <<http://www.aulete.com.br/voluntariedade>>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2014, p. 315.

\_\_\_\_\_. **Quem está preso pode delatar?** Jota. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/quem-esta-preso-pode-delatar-23062015>>. Acesso em: 08 de julho de 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 65, p. 175-208, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JR., Aury. **Parecer jurídico: presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Disponível em: <[http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer\\_Presuncao\\_de\\_Inocencia\\_Do\\_concei.pdf](http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf)>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BBC BRASIL. **Holanda enfrenta ‘crise penitenciária’: sobram celas, faltam condenados**. 13 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-37966875>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BOITEUX, Luciana. **Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas**. In: SHECARIA, Sergio Salomão (Org.). Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “Operação Lava Jato”**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BRANDÃO, Marcelo. **Más condições das prisões facilitam crescimento de facções, dizem especialistas**. EBC – Agência Brasil. 14 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/mas-condicoes-das-prisoos-facilitam-crescimento-de-faccoes-dizem-especialistas>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

BRANDT, Ricardo. **Moro condena Dirceu a 23 anos de prisão, maior pena da Lava Jato**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/moro-condena-dirceu-a-23-anos-de-prisao-na-lava-jato/>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 05/07/2017.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

BRASIL, **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

BRASIL, **Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9455.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm)>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

BRASIL, **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613)> Acesso em: 25 de abril de 2017.

BRASIL, **Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm)> Acesso em: 25 de abril de 2017.

BRASIL, **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.037, de 01 de outubro de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm)>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm)>. Acesso em 15 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 10 de julho de 2017.

BRASIL. Governo Federal. **Presos sem condenação (em porcentagem)**. Disponível em: <[http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/semcondenacao.png/image\\_view\\_fullscreen](http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/semcondenacao.png/image_view_fullscreen)>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1272.htm>>. Acesso em 12 de julho de 2017.

BRITO. Carlos. **Com cabeça raspada, Eike Batista é transferido de presídio**. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/com-cabeca-raspada-eike-batista-e-transferido-de-presidio.ghtml>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 17 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Devemos temer o “Estado de Coisas Inconstitucional”?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>>. Acesso em 17 de julho de 2017.

CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réu a confessar**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

CASARA, Rubens. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Curitiba: Empório do Direito, 2016.

CERVANTES, Miguel de. **Dom Quixote de la Mancha**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

CONJUR. **Brasil é país da América Latina que menos gasta com presídios, diz BID**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-20/brasil-pais-america-latina-gasta-prisoas-bid?>>. Acesso em: 21 de julho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório especial de jurisdição**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f99386174730.pdf>>. Acesso em 11 de julho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, n. 4, p.3 jan.fev.mar, 2000.

\_\_\_\_\_. **O papel do novo juiz no processo penal**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.

CUNHA, Rogério. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**. 3ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

DALLAGNOL, Deltan. **Lava Jato não usa prisões para obter colaboração de réus**. 17 nov. 2015. UOL notícias Opinião. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2015/11/17/lava-jato-nao-usa-prisoas-para-obter-colaboracao-de-reus.htm>>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

DAMASCENO, Renan. **Especialistas dizem que Darcy Ribeiro estava certo: educação é o caminho para reduzir a criminalidade**. Jornal EM. 15 de janeiro de 2017. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/15/interna\\_politica,839547/educacao-e-o-caminho-para-reduzir-a-criminalidade.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/15/interna_politica,839547/educacao-e-o-caminho-para-reduzir-a-criminalidade.shtml)>. Acesso em 28 de abril de 2017.

DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Reavn, 2006.

\_\_\_\_\_. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. São Paulo: Manole, 2004.

DEU, Teresa Armenta. **A prova ilícita – um estudo comparado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2ª Edição. p. 449, nº 44. São Paulo: Malheiros Editores, 1987.

D'URSO, Luiz Flavio Borges. **Delação premiada: proibição para quem está preso**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 11, n. 66, p. 64-66, 2015.

EM. **Delação do lobista Milton Pascowitch levou José Dirceu à prisão da Lava-Jato**. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/08/03/interna\\_politica,674706/delacao-do-lobista-milton-pascowitch-levou-jose-dirceu-a-prisao-da-lav.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/08/03/interna_politica,674706/delacao-do-lobista-milton-pascowitch-levou-jose-dirceu-a-prisao-da-lav.shtml)>. Acesso em 23 de julho de 2017.

ÉPOCA. **Operação Lava Jato prende empresário Milton Pascowitch em São Paulo**. Disponível: <<http://epoca.globo.com/tempo/filtro/noticia/2015/05/operacao-lava-jato-prende-empresario-milton-pascowitch-em-sao-paulo.html>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

FACCIOLA, Alexandre. BORBA, Juliana. **Sergio Moro mantém preso quem não quis confessar, acusa advogado**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/sergio-moro-mantem-presos-que-nao-quis-confessar-acusa-advogado>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. **La valoración de la prueba**. Madri/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Prova e sucedâneos da prova no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n.66, p. 193-236, mai.jun., 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de (Coord.). **Provas no processo penal: estudo comparado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, vol. III, p. 43.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 27ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARAPON, Antoine. PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GENELHÚ, Ricardo. **Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Gen, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. (Org.). Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DSJ Ed., p. 303-318, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Niterói: Impetus, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas Ilícitas, Interceptações e Escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica,

2013.

HOLANDA, Marianna. CLAVERY, Elisa. **Em Curitiba, 1/3 dos presos fecha delação premiada.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-curitiba-13-dos-presos-fecha-delacao-premiada,70001845223>>. Estadão. Acesso em: 23 de julho de 2017.

JOSÉ, Emiliano. VALIM, Patrícia. **“Delação premiada” na conjuração baiana de 1798.** Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/delacao-premiada-na-conjuracao-baiana-de-1798/#gs.2aneU5Q>>. Acesso em 13 de julho de 2017.

KHALED JR., SALAH H. **A busca da verdade no processo penal – para além da ambição inquisitorial.** São Paulo: Atlas, 2013.

KIRCHHEIMER, Otto. RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining.** The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=ucprev>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

LIMA, Helder. **Prisão preventiva para obter delação premiada é tortura, defende jurista: lava jato.** 07 abr. 2016. Rede Brasil Atual. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2016/04/prisao-preventiva-para-pressionar-delacao-premiada-e-uma-forma-de-tortura-defende-jurista-6505.html>>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 2ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, pág. 568.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Prisões Cautelares.** 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Elizabeth. **Prisão preventiva com delação premiada é pau de arara virtual, diz Sica.** 01 mar. 2015. Estadão Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,prisao-preventiva-com-delacao-premiada-e-pau-de-arara-virtual-diz-sica,1642213>>. Acesso em: 22 de julho de 2017.

MACHADO, Leandro. MENA, Fernanda. **País superlota cadeias com réus sem antecedentes e não violentos.** Folha de São Paulo. 15 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1850004-pais-superlota-cadeias-com-reus-sem-antecedentes-e-nao-violentos.shtml>>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

MACEDO, Fausto. **‘Não há motivo para prisão’, reage advogado de Pascowitch.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nao-ha-motivo-para-prisao-reage-advogado-de-lobista/>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Leia 22 depoimentos do delator Milton Pascowitch.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-22-depoimentos-do-delator-milton-pascowitch/>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

MACHADO, Leandro. VERPA, Danilo. **Violência explode e PE regride uma década com 16 assassinatos por dia.** Folha de São Paulo. 16 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/04/1875876-violencia-explode-e-pe-regride-uma-decada-com-16>>

assassinatos-por-dia.shtml?cmpid=newstvfolha>. Acesso em: 25 de abril de 2017.

MADEIRO, Carlos. **CCA, CV, PCC e FDN: massacre revela nó de facções locais e nacionais no PA**. UOL Notícias. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/07/31/facciao-cca-declarou-guerra-para-manter-rota-do-traffic-e-frear-cv-no-para.htm>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

MARCOLINO DE JESUS, Francisco. **Os meios de obtenção da prova em Processo Penal**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Almedina, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Método, 2017.

MELO, João Ozorio de. **Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos**. CONJUR. 27 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar-80-criminosos-prisoos>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Sousa. **Anotações sobre o Requisito da Voluntariedade e o Papel do/a Juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e/ou réus/rés presos/as provisoriamente**. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 72-89.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Ações de Educação nas Prisões**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/educacao-no-sistema-prisional/acoes-de-educacao>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Ações de Trabalho nas Prisões**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/trabalho-e-renda-no-sistema-prisional/acoes-de-trabalho-nas-prisoos>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2017**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

\_\_\_\_\_. **Normativos – Educação nas Prisões**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/educacao-no-sistema-prisional/normativos>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Entenda o caso**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em 18 de julho de 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo penal**. 2ª Edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NOBRE, Noéli. **Maioria da sociedade quer redução da maioria penal; governo é contra**. Câmara Notícias. 21/07/2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/492614-MAIORIA-DA-SOCIEDADE-QUER-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-GOVERNO-E-CONTRA.html>>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito**. In: OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

RECORD, R7. **Após primeira noite em presídio, mulher de Cabral come pão com manteiga no café da manhã**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-primeira-noite-em-presidio-mulher-de-cabral-come-pao-com-manteiga-no-cafe-da-manha-07122016>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – a formação e o sentido do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RICHARD, Ivan. **PF apreende 60 quadros e duas esculturas de empresário envolvido na Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/05/pf-apreende-60-quadros-e-duas-esculturas-de-empresario-envolvido-na-lava-jato>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

RODAS, Sérgio. **Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>>. Acesso em 23 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Delação premiada foi responsável pela morte de Tiradentes, há 223 anos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-02/delacao-premiada-foi-responsavel-morte-tiradentes>>. Acesso em 12 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **MP-RJ discutirá “idolatria a bandidos” e como “desencarceramento mata”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-20/evento-mp-rj-discutira-idolatria-bandidos-desencarceramento>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

ROVER, Tadeu. **STJ supera súmula e concede HC a homem preso preventivamente havia dois anos**. CONJUR. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-25/stj-supera-sumula-concede-hc-presos-preventivamente-anos>>. Acesso em: 09 de agosto de 2019.

SALOMÃO, Lucas. **Lava Jato completa 3 anos e soma 198 prisões; 5 políticos se tornaram réus no STF**. G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/lava-jato-completa-3-anos-e-soma-198-prisoas-5-politicos-se-tornaram-reus-no-stf.ghtml>>. Acesso em: 23 de julho de 2017.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STRECK, Lênio. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista Ajuris, Porto Alegre/RS, v. 32, p. 171-202, 2005. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/22284459/a-dupla-face-do-principio-da-proporcionalidade---lenio-streck>>. Acesso em 14 de julho de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no HC 289.078-PB**. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 15/12/2016. Publicado em: 15/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=289078&b=ACOR&p=trtr&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. **REsp 617.428-SP**. Relatora: Relatora Nancy Andrighi. Julgado em: 04/6/2014. Publicado em: 17/06/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=617428&b=ACOR&p=true&l=10&i=10>>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. **HC 292.800-SC**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 02/02/2017. Publicado em: 10/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=292800&b=ACOR&p=true&l=10&i=5>>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. **REsp 1373498-SE**, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 14/02/2017. Publicado em: 22/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1373498&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 126003**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 30/06/2015. Publicado em 16/10/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4692601>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **HC 127483**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4747946>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **HC 95009**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 06/11/2008 Publicado em: 19/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2624121>>. Acesso em: 12 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Liminar em ADPF 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão plenário em: 09/09/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 16 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 09 de julho de 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. **A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador**. Revista brasileira de direito processual penal, S.l., v. 3, n. 1, p. 189-224., 2017.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos**. 1ª Edição. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2016.

TORRES, Aline. **As cadeias que, sem armas, derrubam as taxas de reincidência criminal no Brasil**. Jornal El País. 30 de janeiro de 2017. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/23/politica/1485198858\\_731977.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/23/politica/1485198858_731977.html)>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

TOSTO, Ricardo. LOPES, Paulo Guilherme. **O processo de Tiradentes**. 1ª Edição. São Paulo: ConJur Editorial, 2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Processo nº 5004257-58.2015.4.04.7000**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtPalavraGerada=etmj&hdnRefId=67109124](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=etmj&hdnRefId=67109124)>

a1dd582026835ca 486712303&selForma=NU&xt tValor=50042575820154  
047000&chkMostrarBaixados=&to dasfases=&todosvalores=&todaspares=&txtData  
Fase=&selOrigem=PR&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>.  
Acesso em: 23 de julho de 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras da execução da sentença penal.** Disponível em: <  
<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/180/342> >. Acesso em: 09 de julho de 2017.

VELASCO, Clara. **Audiências de custódia prendem mais do que soltam em 2/3 dos Estados.**  
Jornal G1. Disponível em: <[http://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-  
do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml](http://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados.ghtml)>. Acesso em 11 de julho de 2017.

VIEIRA, Pedro (org.). **Depois do Grande Encarceramento.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.

WACQUANT, LOIC. **Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 2ª Edição.  
Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Brief Data – Brazil.** Disponível em: <[http://www.  
prisonstudies.org/country/brazil](http://www.prisonstudies.org/country/brazil)>. Acesso em: 27 de abril de 2017.

# SOBRE A AUTORA

**ROSANA ALVES GAMA SOUZA DA SILVA** é bacharel em Direito pelo Centro Universitário Fluminense/UNIFLU - Faculdade de Direito de Campos, pós-graduada em Gestão Pública (IBE), pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal (UNESA), pós-graduada em Gestão em Serviços Sociais e Políticas Públicas (IBE), pós-graduada em Educação em Unidades Prisionais (UCAM) e mestre em Direito (UCP). É membro do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito e parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM), da Revista Liberdades (IBCCRIM), do Jornal de Ciências Criminais (IBCCRIM) e da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É advogada, auditora interna no Instituto Federal Fluminense e professora no curso de Direito do ISECENSA.

Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-7247-675-1

