

Marcos Paulo Dutra Santos

COLABORAÇÃO (DELAÇÃO) PREMIADA

Prefácio

Min. Marco Aurélio Mello

Apresentação

Cezar Roberto Bitencourt

4^a revista
atualizada
edição ampliada

2020



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

A colaboração premiada, por si só, não repercute na subsistência ou não das medidas cautelares constritivas da liberdade. Eventual revogação ou substituição por outras menos graves justifica-se quando inexistirem dados concretos a revelar que o imputado permanece entrelaçado a organizações criminosas mafiosas ou terroristas, e desde que esteja observando, com rigor, os deveres listados no acordo entabulado, *ex vi* do art. 16-octies c/c art. 12.

Examinada a colaboração premiada à luz dos ordenamentos processuais penais norte-americano e italiano, que claramente inspiraram o pátrio, passemos à análise da delação premiada tal qual disciplinada no Brasil.

3. CONSTITUCIONALIDADE

A constitucionalidade da colaboração premiada é tema por demais espinhoso, a despertar profunda polêmica doutrinária. Justifica-se, contudo, o dissenso acadêmico quando se pensa em postulados constitucionais penais, quer materiais, quer processuais. A individualização da pena, encartada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, deixa de espelhar a maior ou menor reprovabilidade da conduta encetada pelo acusado, passando a refletir a sua maior ou menor capacidade negocial. O devido processo legal substancial, inserto no inciso LIV do art. 5º da Constituição, enquanto sinônimo de processo justo, passa a conviver com um mecanismo de produção de provas inegavelmente eficiente, mas pautado em balizas éticas bastante duvidosas. Nas palavras de Miguel de Cervantes, em sua obra *Dom Quixote*, Parte Primeira, Capítulo XXXIX, lembradas com felicidade pelo professor Rômulo Andrade Moreira⁸⁷, “ainda que agrade a traição, ao traidor tem-se aversão”.

Embora a delação premiada tenha sido introduzida maciçamente no Brasil, à semelhança dos modelos norte-americano e italiano, a partir dos anos noventa do século passado, suas reminiscências

87. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A mais nova previsão de delação premiada no direito brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10962>. Acesso em: março 2016.

reportam-se às Ordenações Filipinas de 1603, que perduraram até o Código Criminal de 1830. Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O.G. Mossin anotam que, no Título VI do Livro Quinto, que disciplinava os crimes de lesa majestade, havia a previsão do perdão àquele que delatasse os demais conspiradores do Rei, antes que a Coroa os identificasse, exceto se fosse o líder do complô. Os crimes listados no Título CXVI do mesmo Livro Quinto do Código Filipino, sob a sugestiva rubrica “como se perdoará aos malfetores, que deram outros à prisão”, igualmente contemplavam o perdão através da delação.⁸⁸

O berço normativo da colaboração premiada no Brasil, por si só, já antecipa a dificuldade de conformá-la às cláusulas constitucionais da individualização da pena, do devido processo legal substancial e da dignidade humana, afinal as Ordenações Filipinas, na oportuna dicção de Natália Oliveira de Carvalho, com arrimo nas lições dos professores Frederico Marques e Aníbal Bruno, notabilizaram-se pela crueldade,

“... relacionada com a ideia de intimidação pelo terror do castigo...”, bem destacada “... nas obras de Frederico Marques, que, corroborando o pensamento de Melo Freire, destacou que seu Livro V ‘compendiou a barbárie penal que as monarquias absolutistas da Europa haviam transplantado do “livro terrível” do Digesto, para suas leis odiosas e desumanas’, e Aníbal Bruno, que a caracterizou ‘... pela dureza das punições, pela frequência com que era aplicável a pena de morte e pela maneira de executá-la, morte por enforcamento, morte pelo fogo até ser o corpo reduzido a pó, morte cruel precedida de tormentos cuja crueldade ficava ao arbítrio do juiz; mutilações, marca de fogo, açoites abundantemente aplicados, penas infamantes, degredos, confiscação de bens’”.⁸⁹

Luigi Ferrajoli, advogando a inconstitucionalidade da colaboração premiada, enfatiza o descompasso com o princípio da individualização da pena, porquanto **réus cujas condutas mostraram-se menos reprováveis do que as encetadas pelo delator receberiam sanção maior, considerada a recusa em negociar com o Estado**. Não só o processo penal, como também a própria aplicação da pena transformar-se-iam em um balcão de negócios, o que seria inaceitável. Em

88. MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Julio César O. G. **Delação Premiada – Aspectos Jurídicos**, São Paulo: J.H.Mizuno, pp.37-39.

89. CARVALHO, Natália Oliveira de. **A Delação Premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp.32-33.

última análise, compromete-se a própria **isonomia material** (art. 5º, *caput*, da Constituição), **afinal réus em idêntica situação jurídico-penal receberiam tratamento diferenciado**, ante a maior capacidade negocial de um em relação aos demais, vetor absolutamente estranho ao fato delituoso em julgamento e às circunstâncias pessoais de cada acusado. Assinala o autor:

“a devastação do completo sistema das garantias: o nexo causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito de aventura do imputado e da discricionariedade da acusação; os princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público, e que discipline o seu engajamento com o imputado...”⁹⁰

A incompatibilidade da colaboração premiada com as exigências de um devido processo legal substancial, enquanto sinônimo de processo **justo**, também conduziria à inconstitucionalidade, afinal é **o Estado valendo-se de um ardil para demonstrar o acerto da sua pretensão condenatória**. Sequer se poderia adjetivar este subterfúgio de aético. Seria antiético mesmo. Algo do gênero: *delate seus comparsas que será recompensado*, valorizando a máxima segundo a qual os *fins justificam os meios*. Aliás, **o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois, além de ter atentado contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a sociedade, considerado o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição: primeiramente, trai o pacto social que, enquanto cidadão, também assinou; em seguida, trai os corréus, violando o pacto criminoso que firmaram**. E é justamente este o “premiado” com a menor punição!

Rômulo de Andrade Moreira, a respeito do tema, é enfático ao preceituar que:

“... o aparelho policial do Estado deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. O aparato policial tem a obrigação de, por si próprio, valer-se de meios legítimos para a consecução satisfatória de seus

90. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

fins não sendo necessário, portanto, que uma lei ordinária use do prêmio ao delator (*crownwitness*), como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição”.

Recorda, ainda, que:

“a traição demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. A lei, como já foi dito, deve sempre e sempre indicar condutas sérias, moralmente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a multidão temerosa e indefesa (aliás, por culpa do próprio Estado) ou setores economicamente privilegiados da sociedade (no caso da repressão à extorsão mediante sequestro). Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever”.

Aponta a desnecessidade da delação premiada, diante dos institutos da desistência voluntária e arrependimento eficaz – art. 15 do Código Penal (CP)⁹¹ – e do arrependimento posterior – art. 16 do CP⁹² –, além da atenuante prevista no art. 65, III, b, do mesmo diploma legal, correspondente à conduta do agente que procura, “por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”⁹³, que já privilegiam o réu colaborador.

Na mesma linha, colocam-se, entre outros, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁹⁴ e Natália Oliveira de Carvalho⁹⁵. Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, sem defender abertamente a inconstitucionalidade da colaboração premiada, encaram-na, acertadamente, como produto do “eficientismo penal” ou do “processo penal de resultados”, glosando-a com lastro nas lições de Manzini, segundo

91. “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.”

92. “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

93. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A mais nova previsão de delação premiada no direito brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10962>. Acesso em: mar 2016.

94. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada**. In: *Boletim do IBCCRIM*, ano 13, n. 159, São Paulo, fevereiro de 2006, pp.7-9.

95. CARVALHO, Natália Oliveira de. **A Delação Premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 151-152.

as quais se mostra inconveniente e ilógico equiparar a chamada de corrêu à prova testemunhal, seja por razões de moralidade, seja para evitar qualquer tentativa de vingança, retaliação ou chantagem de terceiro, seja porque o acusado delator não ostenta a mesma liberdade moral que, ao menos, presume-se encontrar na testemunha.⁹⁶

A constitucionalidade da delação premiada, ante o princípio da individualização da pena, justifica-se porque a dosimetria leva em conta não apenas a reprovabilidade do fato, mas também as circunstâncias pessoais do agente. O comportamento deste, buscando remediar as consequências do injusto, jamais foi um indiferente penal, haja vista as prefaladas desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15 do CP), o arrependimento posterior (art. 16 do CP) e a atenuante genérica delineada no art. 65, III, b, do CP, que repercutem sensivelmente na aplicação da reprimenda. Se a simples confissão enseja a minoração da reprimenda – art. 65, III, d, do CP –, o que se dirá quando o acusado decide colaborar com a persecução penal, trazendo um *plus* que não pode ser ignorado pelo Estado-juiz na quantificação da resposta penal. Nesse sentido, também corroboram Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto⁹⁷. O prêmio à colaboração não deixaria de encerrar um incentivo ao arrependimento sincero, tendente à regeneração, que vem a ser o fim último da pena, conforme lembram Cleber Masson e Vinícius Marçal.⁹⁸

De um lado, à luz do devido processo legal substancial, que perpassa pela lealdade processual e boa-fé, argumenta-se não ser concebível potencializar a ética entre criminosos, glosando o Estado por premiar a traição dentro do seio delituoso, até porque são grupos guiados por valores e leis próprias, bem distantes daqueles que norteiam a sociedade como um todo, consoante observa Renato Brasileiro de Lima⁹⁹. Por outro lado, não se pode perder de vista o processo como instrumento de composição de conflitos, sendo mister assegurar-lhe a funcionalidade e a eficiência na resposta à criminalidade, até porque outro não seria o anseio social, que não mais tolera a impunidade.

96. BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro, Aspectos penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.173.

97. CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, pp.38/39.

98. MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015, pp.100-101.

99. LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed., 3ª tiragem. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 527.

Nicolao Dino rememora que a eficiência da colaboração premiada pode ser mensurada na Operação “Mãos Limpas”, implementada na Itália na década de oitenta. A partir das informações prestadas pelo mafioso Tommaso Buscetta, em troca de proteção a si e à família, adveio o processo de 475 réus, dos quais 331 foram condenados, 19 à prisão perpétua. Isso não significaria, contudo, vislumbrar, na colaboração premiada, qualquer lógica utilitarista, pois não impõe o sacrifício de valores em prol de outros. Constitui mera “estratégia de recompensas” a estimular “a obtenção de informações valiosas para o desvendamento de ilícitos”.¹⁰⁰

A argumentação conducente à inconstitucionalidade da colaboração premiada revela um desacordo moral e ético, que, por si só, não a torna inconstitucional. Não se pode menosprezar a presunção de constitucionalidade das leis, sob pena de vulgarizar o excepcional, consubstanciando na *in*constitucionalidade. Discordâncias quanto a determinada opção legislativa não de ser projetadas nos planos acadêmico e político, a motivar eventual mudança pela via própria, ou seja, Poder Legislativo. Se o Poder Judiciário se arvora a descartar certa regra ou instituto jurídico simplesmente porque dele discorda, rompe-se a harmonia e a separação entre os Poderes da República – art. 2º da Constituição de 1988.

O fundo moral e ético desse dissenso em torno da colaboração premiada recomenda, ainda menos, eventual declaração de inconstitucionalidade. Direito e Moral, Direito e Ética não são categorias justapostas. O ideal de *justo*, no Direito, dialoga intensamente com a segurança e a igualdade material – tratar desigualmente desiguais na medida em que se desigalam –, valores de aferição mais objetiva, desaguardando em regras e institutos que estão longe de representar uma unanimidade moral ou ética, até porque essas duas grandezas são de cunho muito subjetivo, praticamente “consumo interno” de cada um, com poucas zonas de consenso.

A perda do direito de punir em razão do tempo, que notabiliza a prescrição, a decadência e a preempção (art. 107, IV, do CP), é um rumo legislativo pautado no valor *segurança jurídica*. Reputou-se

100. DINO, Nicolao. A Colaboração Premiada na Improbidade Administrativa: Possibilidade e Repercussão Probatória. In: **A Prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 441-445.

injusto punir o criminoso a qualquer tempo, sem contar que tal perspectiva comprometeria a eficiência da Justiça Penal, colocando os órgãos de repressão estatal em uma zona de exagerado conforto, no tocante à apuração e repressão criminosas. Sem embargo, projetar a não punição, por exemplo, de um assassino de aluguel, autor de vários homicídios qualificados, porque transcorridos mais de vinte anos desde o cometimento do último delito, é uma escolha que muitos considerarão imoral, especialmente sob o olhar das famílias e amigos das vítimas. O direito do acusado de não ser obrigado a produzir prova contra si próprio (*nemo tenetur se detegere*), encartado no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conforme o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, bem como no art. 14, 3, g do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), internalizado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, é corolário do regime de liberdades inerente ao Estado Democrático de Direito, comumente associado à dignidade humana (art. 1º, III, da Carta de 1988), permitindo-lhe, por exemplo, mentir no interrogatório. É uma opção, todavia, reputada antiética e desleal por significativa parcela da sociedade, que julga suficiente o direito ao silêncio. Tais dissensos morais ou éticos jamais conduziram, todavia, à inconstitucionalidade desses preceitos. Idêntico raciocínio alcança a colaboração premiada, instituto que, por si só, não viola qualquer postulado constitucional.

Se a individualização da pena – art. 5º, XLVI, da CRFB/88 – estivesse atrelada exclusivamente ao Direito Penal do fato, a colaboração premiada seria inconstitucional, inclusive à luz da isonomia, porquanto acusados que concorreram para os mesmos crimes, com idêntica reprovabilidade, receberiam respostas penais diversas na medida em que um decidiu colaborar com os órgãos de repressão estatal, ao passo que o outro, não. Contudo, a individualização da reprimenda não seria completa, caso desconsiderasse as circunstâncias pessoais do acusado, distanciando-se, totalmente, do Direito Penal do Autor. Inexistiria razoabilidade, na espécie proporcionalidade. O Direito Penal é do fato enquanto regra de julgamento, isto é, no momento de apreciar a procedência ou não da pretensão condenatória. Mas, quando da aplicação da pena, é razoável que a sua individualização passe pela análise das circunstâncias pessoais do imputado, não sendo outra a orientação do Pleno do Supremo Tribunal Federal, que, *v.g.*,

assentou, à unanimidade, a constitucionalidade da reincidência¹⁰¹. Premiar o denunciado pela colaboração prestada, embora estranha à dinâmica delitiva em si, relaciona-se com a pessoa, não discrepando das balizas norteadoras da individualização da pena.

Com efeito, a pessoa do imputado é sopesada ao longo de todo o critério trifásico reservado à aplicação da reprimenda (art. 68 do CP). Quando da fixação da pena-base, levam-se em conta os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, ou seja, das oito circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal, três versam sobre a pessoa do réu. Depois, ao aferir as agravantes, sobrevém a reincidência (art. 61, I, do CP) e, do lado das atenuantes, a menoridade de 21 anos à época do fato ou a maioridade de 70, na data da sentença (art. 65, I, do CP), sem contar condutas típicas de colaboração, como procurar, espontânea e eficazmente, ato contínuo ao injusto, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou, antes do julgamento, reparar o dano, além da própria confissão (art. 65, III, “b” e “d”, do CP). Finalmente, enquanto causa de diminuição de pena, destaca-se o arrependimento posterior (art. 16 do CP), que também consubstancia cooperação com a Justiça Penal. Premiar a delação, portanto, não significa ruptura com o modelo de individualização da pena. Ao contrário, reafirma-o.

No entanto, conforme esmiuçaremos nos tópicos seguintes, a colaboração premiada pode significar, a depender da hipótese, redução da pena de um a dois terços, substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, independentemente do *quantum* penal imposto, perdão judicial e consequente extinção da punibilidade. **Eventual inconstitucionalidade suprimiria do ordenamento todas essas benesses penais, invocando-se garantias primordiais do acusado** – individualização da pena, devido processo legal, lealdade processual, dignidade humana – **contra os seus próprios interesses**, o que seria ilógico, inconcebível. Apenas para ilustrar, a execução provisória da pena do preso cautelares, ao antecipar a reprimenda, adianta-lhe, também, a culpa, uma vez que *nulla poena sine culpa*, mas, por ser benéfica ao acusado, acelerando a

101. HC nº 93.815, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 4/4/2013, acórdão eletrônico DJe-083, divulg. em 3/5/2013, publ. em 6/5/2013, assentando-se, na ementa, que “... o aumento pela reincidência está de acordo com o princípio da individualização da pena. Maior reprovabilidade ao agente que reitera na prática delitiva...”

conquista dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal (LEP) – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 –, não se argui a presunção de não culpabilidade, inserta no inciso LVII do art. 5º da CRFB/88, como óbice ao seu implemento¹⁰². A eliminação desses benefícios penais, *de lege lata*, igualmente arranharia o princípio da legalidade penal estrita.

A opção pela colaboração premiada, sem meias palavras, é um dos caminhos que o acusado pode eleger, logo, enquanto tal, é manifestação da **ampla defesa** (art. 5º, LV, da Constituição da República) – a depender das provas carreadas pelo Estado contra o acusado, a tornar a condenação mais do que visível no horizonte, a delação mostra-se a estratégia capaz de minorar a punição ou, a depender do caso, até evitá-la. Eliminar do ordenamento essa alternativa reduziria o *cardápio* de “linhas de defesa” à disposição do acusado e do seu defensor, importando **involução** no exercício da ampla defesa, em descompasso com um dos critérios de hermenêutica constitucional – vedação ao retrocesso.

Assim deve ser encarada a colaboração premiada – uma benesse a mais à disposição dos acusados –, mesmo porque os corréus não serão condenados com lastro na delação, que, por si só, enquanto qualquer confissão, só possui eficácia obiter dictum (argumento de reforço), e sim nas provas que vierem a ser carreadas a partir dela, segundo examinaremos nos tópicos seguintes.

Diante da inegável eficiência da delação premiada enquanto instrumento de repressão ao crime, sobretudo para desbaratar organizações e associações criminosas, convém, pragmaticamente, reconhecer que sequer vontade política existe a favor da declaração de sua inconstitucionalidade – nem por parte da polícia e do Ministério Público, porque é uma eficaz ferramenta probatória; nem da magistratura, pois facilita a busca do que se supõe ser a verdade material, e, por conseguinte, a entrega da prestação jurisdicional, haja vista o arsenal de provas que surgem a partir da chamada do corréu; e nem

102. A Resolução nº 113 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 20 de abril de 2010, disciplina a execução provisória da pena privativa de liberdade do acusado custodiado cautelarmente. A Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal admite “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, ao passo que a Súmula nº 717 anuncia não ser impedimento à “progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”. Finalmente, o §2º do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012, preceitua que “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

mesmo da advocacia criminal e da Defensoria Pública, porquanto não raro é o único caminho factível para se preservar a liberdade do imputado, minorando-se sensivelmente a pena, ou até mesmo para resguardar-lhe o estado de inocência, se culminar no perdão judicial.

Se a colaboração premiada vai ao encontro dos anseios de todos os sujeitos processuais, por mais diversas que sejam as motivações, não faz sentido aventar a inconstitucionalidade, ainda mais ante a cláusula constitucional do devido processo legal, uma vez que lhe potencializa a eficiência sensivelmente. O Direito, máxime o instrumental, não é produto de laboratório, logo nem sempre discussões acadêmicas devem ser transpostas para a prática processual.

Não se pode olvidar que o Brasil é signatário de Convenções Internacionais que expressamente preveem a colaboração premiada como meio de formação de provas, reconhecendo a sua compatibilidade com as ordens constitucionais dos diferentes Estados signatários. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, comumente conhecida como Convenção de Palermo, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, destacou o art. 26 exclusivamente para o tema¹⁰³. Diz-se o mesmo acerca da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção – Convenção de Mérida –, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, haja vista o art. 37¹⁰⁴.

103. Nos termos do parágrafo 1, “cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para **encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados**: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime”. Complementa o parágrafo 2 que “cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”. O parágrafo 3 autoriza, até, a concessão do perdão judicial, ao prescrever que “cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder **imunidade** a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção”, estendendo-se ao réu colaborador o mesmo programa de proteção reservado às testemunhas, regulado no art. 24. Para fins de colaboração premiada, o parágrafo 5 autoriza, inclusive, a celebração de acordos de cooperação entre diferentes Estados Partes, quando o delator estiver em um e dispuser de informações relevantes a outro (grifo nosso).

104. O regimento é praticamente idêntico ao estabelecido na Convenção de Palermo. Dispõe o parágrafo 1 que “cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para **restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa**

A traição, gênese da colaboração premiada, já não empolgava Cesare Beccaria, que, todavia, reconhecia-lhe a eficiência¹⁰⁵. Tampouco entusiasmo, no cenário doutrinário nacional, mas sem contestar-lhe a inconstitucionalidade, autores como Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁰⁶ e Afrânio Silva Jardim – repudiando, o último, a ideia de um processo penal cada vez mais “privatista”, que supervaloriza a vontade das partes em detrimento da aplicação da lei penal, robustecendo uma tendência praticamente inaugurada com a Lei nº 9.099/95.¹⁰⁷ Considerada a função pedagógica da jurisdição e a reserva moral que a Administração da Justiça *ainda* desfruta perante a sociedade, incluídas todas as personagens envolvidas – Juiz, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia, Delegados de Polícia –, a colaboração premiada não deve vulgarizar-se enquanto meio de formação de provas. A traição não pode ser a regra, nem servir de exemplo. Recorre-se a ela quando insuficientes forem as ferramentas probatórias convencionais, **o que, todavia, não torna a colaboração premiada a derradeira via, haja vista a existência de mecanismos de formação de provas ainda mais drásticos, mas não pela suposta deslealdade, e sim pelo caráter extremamente invasivo à intimidade e à vida privada, como são as captações telefônicas e ambientais, estas, sim, a derradeira *ratio*, por envolver o registro de**

contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto”.

Os parágrafos 2 e 3, por sua vez, contemplam benesses relacionadas à redução da pena e ao eventual deferimento do perdão judicial:

“2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção”.

Já o parágrafo 4 estende ao acusado colaborador as normas de proteção às testemunhas, ao dispor que “a proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção”. Finalmente, o parágrafo 5 estabelece que o colaborador residente em um Estado Parte pode fornecer informações do interesse de outro, desde que haja acordo de cooperação entre estes – “quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo”.

105. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa (trad.). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.124.

106. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp.835 a 839.

107. JARDIM, Afrânio Silva. **Nova Interpretação Sistemática do Acordo de Cooperação Premiada**. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/nova-interpretacao-sistemica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 11 de janeiro de 2016.

sinais não apenas acústicos, mas também óticos e eletromagnéticos, não por acaso restritas à repressão às organizações criminosas, modalidade delitiva das mais drásticas em nível mundial – art. 3º, II, da Lei nº 12.850/13. Em 2016 também se tornaram disponíveis, ao lado dos demais meios de obtenção de provas reservados ao desbaratamento do crime organizado, no combate ao terrorismo e ao tráfico de pessoas, haja vista o art. 16 da Lei nº 13.260 e o art. 9º da Lei nº 13.344, injustos também de reprovabilidade maior. A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, ampliou ainda mais o espectro das captações ambientais, entendendo-as às infrações penais com reprimendas máximas superiores a 4 (quatro) anos, além das conexas (ou continentes), em virtude da inclusão, na Lei nº 9.296/96, do art. 8º-A, notadamente inciso II. Esse último alargamento já é de duvidosa constitucionalidade à luz do princípio da proporcionalidade, sob o ângulo da necessidade, pois permite o emprego de métodos ocultos de produção probatória extremamente agressivos (invasivos) na elucidação de injustos cujas reprimendas mínimas comportam benefícios como o acordo de não deflagração da ação penal e a suspensão condicional do processo. Relembrando Georg Jellinek, descabe utilizar canhões para abater pardais.

Em 27 de agosto de 2015, o Pleno do Supremo Tribunal, à unanimidade, reconheceu a constitucionalidade da colaboração premiada, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, relacionado à Operação Investigatória vulgarmente conhecida como “Lava-Jato”, Rel. Min. Dias Toffoli, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 796.

4. ESPÉCIES

O professor Vladimir Aras critica a expressão “delação premiada”, por conta da “carga simbólica carregada de preconceitos, e por sua incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que não se limita à mera delatio”, chegando a afirmar, com contundência, a ponto de negritar, que alguns doutrinadores:

“... talvez no propósito de marcar o instituto com uma nódoa odiosa, procuram assimilar a colaboração premiada a uma sim-

ples delação, lançando sobre o colaborador a pecha de ‘delator’, ‘dedo-duro’ ou ‘alcaguete’. Esse é um grave equívoco, que não honra a honestidade intelectual que deve balizar o exame crítico desse polêmico instrumento processual, útil para a sociedade e para pessoas envolvidas em graves ocorrências criminais”.

Anota ser “colaboração premiada” o nome correto do instituto, gênero que se dividiria em quatro espécies: delação premiada (propriamente dita), colaboração para libertação, colaboração para recuperação de ativos e colaboração preventiva. Leciona que:

“na modalidade ‘delação premiada’, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas no crime e seu papel no contexto delituoso, razão pela qual o denominamos de agente revelador. Na hipótese de ‘colaboração para libertação’, o agente indica o lugar onde está a pessoa sequestrada ou o refém. Já na ‘colaboração para localização e recuperação de ativos’, o autor fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos à lavagem. Por fim, há a ‘colaboração preventiva’, na qual o agente presta informações relevantes aos órgãos de persecução para evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita”.¹⁰⁸

Tomando como referência o art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, mas sem prejuízo das demais hipóteses de colaboração premiada previstas no ordenamento, **a delação premiada *stricto sensu*** corresponderia aos incisos I e II – “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas e revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa” –, **a colaboração para libertação**, ao inciso V – “localização da eventual vítima com a sua integridade física preservada” –, **a colaboração para localização e recuperação de ativos**, ao inciso IV – “recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa” – e **a colaboração preventiva**, ao inciso III – “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades de organização criminosa”.

Apesar da pronta adesão de alguns autores a esse critério de classificação¹⁰⁹, não estamos minimamente convencidos da sua cien-

108. ARAS, Vladimir. **A Técnica de Colaboração Premiada**. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 13 de janeiro de 2016.

109. LIMA, Renato Brasileiro de. *Ob.cit.*, pp.525-526; MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius Marçal. *Ob.cit.*, p. 97.

tificidade. Preferir vocábulos como “colaboração” ou “cooperação processual” à delação só revela o incômodo com as críticas dirigidas à constitucionalidade do instituto, buscando neutralizar a pecha traiçoeira, desleal a qual comumente está associada.

Ora, o acusado sempre pôde delatar os corrêus, fenômeno denominado, no Brasil, de “chamada de corrêu”, tradução literal do seu correspondente na Itália – *chiamata di correo*¹¹⁰ –, consubstanciando manifestação de autodefesa. Enquanto espécie de confissão, adjetivada de complexa, por transcender a simples admissão da sua responsabilidade penal, fornecendo ao Juízo um *plus*, jamais foi um indiferente penal, justificando a atenuação da reprimenda, nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal. O fato de, hoje, comportar prêmio mais substancial, por opção legislativa, em nada altera a sua essência. A delação é uma espécie de traição? Lógico que sim! Mas é uma das alternativas, legais e legítimas, à disposição do réu, consectário lógico da autodefesa. Vedá-la, sim, seria inconstitucional, ante o art. 5º, LV, da CRFB/88, por cercear o direito de defesa. E se a delação é exercício regular do direito de defesa, por que buscar alternativas semânticas para escamotar o que efetivamente representa – traição? Tal constatação em nada invalida ou torna inconstitucional o instituto, conforme examinamos no capítulo anterior.

Sustentar, da mesma forma, que a delação é *espécie* do gênero colaboração, porque a última não necessariamente deságua na primeira, é outra imprecisão. Trair não se resume a incriminar os comparsas (chamada de corrêu). Todos celebraram um pacto criminoso, definiram um plano de ação e o executaram. À medida em que um dos acusados não delata os demais, mas revela ao Estado futuras empreitadas delitivas, indica em que o proveito do crime foi investido, onde estaria o objeto ilícito – *v.g.*, drogas – ou a vítima – *v.g.*, de extorsão mediante sequestro –, fica evidente a traição ao ajuste avençado com os demais parceiros. Afirmar o contrário, *permissa venia*, é zombar da inteligência alheia, atentando, aí sim, contra a *honestidade intelectual*.

Temos ojeriza ao patrulhamento ideológico que vem assolando o Brasil nos últimos tempos, dando azo à ditadura do “politicamente correto”, informada por um puritanismo hipócrita, a inibir discursos

110. MORELLO, Michele. Ob. cit., pp.886-888.

francos e diretos em prol de pronunciamentos repletos de salamaleques e eufemismos, que só ocultam a verdade. *Favela* cedeu vez a *comunidade*, *mendigo* a *morador de rua*, *negro* a *afrodescendente*, como se, em um passe de mágica, por obra e graça de um subterfúgio semântico, erradicássemos as mazelas sociais e o preconceito no País. *Favela* e *mendigo* expressam, de maneira muito mais fiel, o quão temos que evoluir socialmente. A depender do tom verbal empregado ou do teor do discurso, a alusão ao *negro* nada tem de preconceituoso, afinal é apenas um elemento relacionado a cor. Tripudiar, sim, é inadmissível. *Mutatis mutandis*, potencializar colaboração ou cooperação em substituição a delação só escamoteia o significado do instituto: o acusado, arrependido ou não – é irrelevante –, rompe com os parceiros de crime e decide colaborar com o Estado em troca de uma recompensa. Isso não é um gesto de deslealdade em relação aos demais? É óbvio que sim. Mas, reiteramos, e daí? Conforme bem elucida Afrânio Silva Jardim, “... é mais um instrumento de que se pode valer a defesa de um indiciado ou acusado. Aliás, jamais se poderia impedir que eles pudessem confessar crimes e que pudessem delatar outros que também participaram desta prática criminosa. A grande novidade é que tudo acaba sendo premiado por autorização expressa da lei”.¹¹¹

Colaboração, cooperação e delação premiadas são expressões sinônimas, sim, e assim vêm sendo empregadas academicamente e pela jurisprudência. A classificação em delação *stricto sensu*, colaboração para libertação, colaboração para localização e recuperação de ativos e colaboração preventiva apenas revela os requisitos legais à premiação, vale dizer, o conteúdo que devem apresentar para que sejam premiadas. A leitura açodada desse critério classificatório pode sugerir que seriam espécies autônomas de colaboração, quando, em verdade, podem perfeitamente coexistir em uma ÚNICA delação. Por que classificar, então? Classificações e terminologias extravagantes como a vertente só motivam certos examinadores a cobrá-las em concursos públicos, imaginando que, assim fazendo, exibiriam uma pseudo-erudição, quando, na realidade, só lhes ocultam a mediocridade intelectual,

111. JARDIM, Afrânio Silva. **Nova Interpretação Sistemática do Acordo de Cooperação Premiada.** Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/nova-interpretacao-sistemtica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>. Acesso em: 11 de janeiro de 2016.

privilegiando o candidato que *decorou a informação*, em detrimento daquele com efetivo raciocínio jurídico.

5. NATUREZA JURÍDICA

Definir a natureza jurídica da colaboração premiada é uma tarefa inglória, porquanto comporta duas acepções, material e processual.

Conforme bem assentado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, em 27 de agosto de 2015, do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, da relatoria do Min. Dias Toffoli, com acórdão publicado no Diário de Justiça de 4 de fevereiro de 2016, noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 796, a cooperação premiada, em si, é **veículo de produção probatória**, porquanto, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de provas que as endossem¹¹². O novel art. 3º-A da Lei nº 12.850/13, inserido pela Lei nº 13.964/19, positivou, com acerto, tal proposição, ao se reportar ao acordo de colaboração premiada como “**meio de obtenção de prova**”. As declarações do delator, por sua vez, consubstanciam **meio de prova**. Em termos probatórios, é imprescindível fazer um corte, separando a cooperação em si – instrumento de formação de provas – do depoimento fornecido – meio de prova.

Sem embargo, a colaboração, por vezes, tem sido pactuada condicionando a premiação à atividade probatória pelo próprio delator, como gravar as conversas telefônicas ou ambientais travadas com os investigados, buscando incriminá-los. O Supremo Tribunal Federal, aliás, tem avalizado tal modalidade de cooperação, em homenagem à autonomia da vontade dos pactuantes, consideradas a natureza consensual norteadora do instituto e a licitude das gravações telefônicas, porque seria o interlocutor registrando a própria conversa, dispondo, assim, da sua intimidade – o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.296/96 apenas exigiria autorização jurisdicional prévia no caso da interceptação, porque realizada por terceiro, liberando, *a contrario sensu*, a implementada

112. Aspecto mais enfatizado, *v.g.*, pelos professores MASSON, Cleber Masson e MARÇAL, Vinícius (ob. cit., pp.102-103).

pelo próprio interlocutor, estendendo tal raciocínio à ambiental¹¹³. E, como a operação se desenvolveria sob a coordenação do Ministério Público, não se delegaria ao particular, em desconformidade com a Constituição, o poder de polícia judiciária¹¹⁴.

Parece-nos, todavia, que o tema mereça reflexão maior, em vez de simplesmente listar um punhado de sofismas, sequencialmente concatenados.

Diante da garantia à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), versada no art. 8º, 2, g da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – Pacto de São José da Costa Rica – e no art. 14, 3, g do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU, internalizados pelos Decretos Legislativos nº 678 e 592, ambos de 1992, a perspectiva de um **processo penal colaborativo** é extravagante, merecedor, enquanto tal, de interpretação **restritiva**. A margem de negociação confiada ao Ministério Público e ao imputado encontra-se previamente delimitada em lei, em respeito às cláusulas **constitucionais** da legalidade penal estrita e do devido processo legal – art. 5º, XXXIX e LIV, da Carta de 1988. Se assim o é para a transação penal e a suspensão condicional do processo, haja vista, respectivamente, os artigos 76, §§ 2º e 89, *caput*, da Lei 9.099/95, institutos também de raiz negocial, mas voltados para infrações de pequena ou média ofensividade, o que dizer para as de maior potencial? Trata-se de um singelo juízo de **proporcionalidade**, sob pena de ocorrer em um “tudo (ou tanto) vale” processual, com seriíssimas implicações materiais.

Partindo dessas premissas, a cooperação foi concebida enquanto meio de **obtenção** de prova: o colaborador informa o que supostamente

113. RE 583937 QO-RG, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19 de novembro de 2009, REPERCUSÃO GERAL – MÉRITO, DJe de 18 de dezembro imediato – “... Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro...” – grifo nosso.

114. Inq 4506, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 17 de abril de 2018, DJe de 4 de setembro imediato – “... 2. O eventual auxílio de membro do Ministério Público na negociação de acordo de colaboração não afeta a validade das provas apresentadas pelos colaboradores, pois: a) não há indício consistente de que o fato fosse de conhecimento da Procuradoria-Geral da República; b) o acordo de colaboração foi celebrado de forma voluntária; c) ainda que rescindido o acordo, as provas coletadas podem ser utilizadas contra terceiros (art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/2013); d) gravações realizadas por um dos interlocutores são provas legítimas e passíveis de utilização em ações penais; e) a alegação de “flagrante preparado” é matéria vinculada ao mérito da ação penal e será objeto de apuração no curso da instrução processual...” – grifo nosso.

sabe, **competindo ao Estado certificar a pertinência das informações disponibilizadas**. Confiar tal tarefa também ao colaborador, além de romper as balizas legais delimitadoras do instituto, em detrimento do *due process*, simplesmente lhe delega o exercício de um múnus estatal, **o poder de polícia judiciária**, de assento constitucional, outorgado, explicitamente, às Polícias Federal, **com exclusividade**, e Civil, **privativamente** (art. 144, §§ 1º, IV e 4º), e, implicitamente, ao Ministério Público, como consectário natural das funções contempladas no art. 129, I, VII e VIII – se lhe competem a titularidade privativa da ação penal pública, o controle externo da atividade policial e a requisição de diligências investigatórias, investigar diretamente surge como consequência lógica e inexorável, regulamentada pela Resolução nº 181, na forma da Resolução nº 183, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)¹¹⁵.

O enquadramento constitucional não permite o exercício do poder de polícia judiciária – repise-se, *judiciária* – pelo particular, enquanto evidente expressão de soberania estatal. Não por acaso a Lei nº 13.432, de 11 de abril de 2017, regulamentadora da profissão de detetive particular, **proíbe-o de participar, diretamente, de diligências policiais** (art. 10, IV). Se a mera *participação* de um detetive em diligência *investigatória policial* está vedada, quanto mais confiar ao *particular* a execução *inteira* de uma diligência (gravação telefônica ou ambiental).

Se, em resposta, articula-se a oficialidade da operação, porque coordenada pelo Ministério Público, surge novo óbice constitucional, igualmente intransponível.

Qualquer atividade investigatória e/ou probatória que exija a participação ativa do imputado, como a prestação de declarações, há de ser precedida da advertência quanto ao silêncio (art. 5º, LXIII, da Constituição, expressão da garantia à não autoincriminação), cláusula caríssima a qualquer Estado *Democrático de Direito*, na esteira da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, quando reputa, por exemplo, imprestável o interrogatório sub-reptício, ou seja, a conversa informal travada entre o imputado e os policiais,

115. RE 593727, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/05/2015, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe de 8 de setembro imediato.

sem o prévio aviso do direito ao silêncio¹¹⁶. E o Superior Tribunal de Justiça não discrepa dessa percepção, nulificando termos de declarações quando não previamente advertido o depoente do direito ao silêncio, mesmo se formalmente inquirido como testemunha, mas já com status material de suspeito¹¹⁷.

O fato de a prova ser produzida por meio de gravações telefônicas ou ambientais clandestinas torna-se de somenos importância. Embora possam ser lícitas, independentemente de autorização jurisdicional prévia, **se isoladamente consideradas**, no caso em tela teriam sido **propositalmente utilizadas e, sobretudo, conduzidas para incriminar o interlocutor**, sob a **coordenação estatal**, sem, antes, adverti-lo do silêncio, tornando-se, **por conta disso**, ilícitas, lembrando que **tal distinção é feita pelo Supremo Tribunal Federal**.¹¹⁸

116. HC 80949, 1ª T, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30 de outubro de 2001, DJ de 14 de dezembro imediato – "... 3. Ilícitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. **O privilégio contra a autoincriminação – nemo tenetur se detegere –, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não...** – grifo nosso.

117. RHC 30.302/SC, 5ª T, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 25 de fevereiro de 2014, DJe de 12 de março imediato – "... 7. Nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". **Tal regra deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc.** 8. "Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – **ainda que convocada como testemunha** (RTJ 163/626 – RTJ 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria" (RTJ 141/512, Rel. Min. CELSO DE MELLO – grifei). 9. **Evidenciado nos autos que a Recorrente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude do elemento probatório em que verificado o vício...** – grifo nosso. No mesmo sentido, HC 249.330/PR, 5ª T, rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 12 de fevereiro de 2015, DJe do dia 25 subsequente – "... DIREITO AO SILÊNCIO. PACIENTE OUVIDO NA QUALIDADE DE DECLARANTE QUANDO JÁ HAVIAM INDÍCIOS DE QUE ESTARIA ENVOLVIDO NOS CRIMES INVESTIGADOS. INEXISTÊNCIA DE ADVERTÊNCIA QUANTO À SUA REAL CONDIÇÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE CARACTERIZADA..." – grifo nosso.

118. HC 91613, 2ª T, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 15 de maio de 2012, DJe de 17 de setembro imediato, extraindo-se o precedente a seguinte ressalva: "... 2. Gravação clandestina (Gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento do outro). Licitude da prova. Por mais relevantes e graves que sejam os fatos apurados, provas obtidas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimen-

E mais: no citado RE 593727, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/05/2015, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe de 8 de setembro imediato, quando estabeleceu o Pleno do STF a legalidade da gravação clandestina, assim o fez em um cenário fático no qual seria utilizada **pelo réu**, ou seja, enquanto manifestação do **direito de defesa**. Aliás, todos os precedentes, até a fixação da tese, chancelaram a constitucionalidade da gravação como forma de **resguardar direito do interlocutor responsável pela sua confecção**. Nesse sentido: RE 402717, 2ª T, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 02 de dezembro de 2008, DJe de 13 de fevereiro de 2009 – “... Conversa telefônica. **Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade.** Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. **Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou.** Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes...” – grifo nosso. Quando empregada deliberadamente pelo Estado, objetivando não a preservação do direito do autor da gravação, mas a incriminação do outro interlocutor, sempre foi reputada inadmissível, porque invasiva da intimidade, da vida privada e da confidencialidade das conversas telefônicas – art. 5º, X e XII, da CRFB/88 –, garantias fundamentais naturalmente oponíveis ao Estado. Nesse sentido: HC 80948, 2ª T, rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 07 de agosto de 2001, DJ de 19 de dezembro imediato – “... 4. **O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra**

to não podem ser admitidas no processo; uma vez juntadas, devem ser excluídas. O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido da licitude da prova, **desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria** (RE 583.397/RJ)...” – grifo nosso –, como é o silêncio – art. 5º, LXIII, da Carta de 1988 –, garantia fundamental de eficácia sabidamente vertical, porque oponível justamente ao Estado.

um cidadão, que passa a ter a situação de investigado... 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita” – grifo nosso.

Inexiste quadra similar no ordenamento pátrio, mesmo nos meios de obtenção de prova notabilizados por certa “malícia” estatal, em virtude do caráter sorrateiro. Nas próprias interceptações telefônica e ambiental o Estado não interage com o imputado, restringindo-se a gravar as conversas livremente travadas entre o próprio e terceiros, pinçando os diálogos que possam incriminá-lo (art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.296/96). Na infiltração (art. 53, I da Lei nº 11.343/06, arts. 10 a 14 da Lei nº 12.850/13 e art. 1º, § 6º da Lei nº 9.613/98, incluído pela Lei nº 13.964/19), o agente policial apenas registra o capturado pelos seus sentidos, integrando-se a um universo criminoso **pré-existente**. Na ação controlada (arts. 8º e 9º da Lei nº 12.850/13, além do novel § 6º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, inserto pela Lei nº 13.964/19) e na não atuação policial (arts. 53, II e p.ú. e 60, § 4º, ambos da Lei nº 11.343/06, e art. 4º-B da Lei nº 9.613/98, com a redação dada pela Lei nº 12.683/12) por outro lado, o Estado igualmente adota uma postura contemplativa, limitando-se a catalogar as peças de informação penalmente relevantes. Em suma: em **todos** os procedimentos nos quais se exija do Estado interação com o imputado, mandatário é, antes, adverti-lo do direito ao silêncio. E, por vezes, nem a presença deste se mostra suficiente para legitimar o obrar estatal, tanto que, fiel a essa percepção, o Pleno do STF, v.g., reconheceu a não recepção constitucional do art. 260 do CPP, quando a condução coercitiva do indiciado ou do acusado objetivar o interrogatório¹¹⁹.

Avalizar a colaboração pactuada nesses moldes daria ao Estado salvo-conduto para produzir provas **maliciosamente**, em detrimento da boa-fé objetiva norteadora de **qualquer** relação intersubjetiva, inclusive a processual. Evocando-se, pontualmente, o direito comparado, a doutrina processual penal portuguesa¹²⁰, por exemplo, proíbe essa espécie de prova, porquanto **astuciosa**, reveladora de inaceitável má-fé estatal¹²¹, lembrando que, do Estado, há de se esperar ser,

119. ADPF 395/DF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 13 e 14.6.2018 (Informativo nº 906)

120. ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, Coimbra, 1992, pp.233-234.

121. NICOLITT, André Luiz, Manual de Processo Penal, 7ª edição, Belo Horizonte, Editora D'Plácido, pp.717-719.