Instituto Brasiliense de Direito Público
Escola de Direito de Brasília

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DA TEORIA À PRÁTICA: PRISÕES CAUTELARES, LIBERDADES PROVISÓRIAS, E DELAÇÃO PREMIADA – O CASO PAULO ROBERTO COSTA

THIAGO BRÜGGER DA BOUZA

BRASÍLIA

2017

Instituto Brasiliense de Direito Público
Escola de Direito de Brasília

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DA TEORIA À PRÁTICA: PRISÕES CAUTELARES, LIBERDADES PROVISÓRIAS, E DELAÇÃO PREMIADA – O CASO PAULO ROBERTO COSTA

THIAGO BRÜGGER DA BOUZA

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público

Orientadora:

Professora Dra. Soraia da Rosa Mendes.

BRASÍLIA

2017

THIAGO BRÜGGER DA BOUZA

DA TEORIA À PRÁTICA: PRISÕES CAUTELARES, LIBERDADES PROVISÓRIAS, E DELAÇÃO PREMIADA – O CASO PAULO ROBERTO COSTA

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público

Brasília, _____

_____

Professora Dra. Soraia da Rosa Mendes
Professora Orientadora

_____

Professor Dr
Membro da Banca Examinadora

_____

Professor Dr
Membro da Banca Examinadora

À Maria Helena, Mônica e, sobretudo à Zefinha, exemplo e referencial maior de amor e luta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao grande (mas não é 1,90m, cara...) amigo e Advogado (até do diabo) Gabriel Neto Lima, por todo o apoio e discussões sem as quais esse trabalho não seria possível (*on the road again*...) e o incentivo do jovem Thales Cassiano Silva.

Agradeço à queridíssima professora e amiga Soraia da Rosa Mendes, pela confiança, empatia e apoio, desde o início dessa história. Muito obrigado, profe.

Agradeço ao Grupo de Pesquisa do Sistema Penal e Garantias Fundamentais, ao Grupo Pivo Elite e, em especial ao Grupo de Leituras do IDP, amigos que fiz para a vida inteira.

Agradeço à minha família, os meus amigos, colegas, e todos que de alguma forma me incentivaram e ajudaram a chegar aqui.

Agradeço à Teresinha, por educar e cuidar de Maria Helena, meu maior tesouro.

Agradeço porque, pela liberalidade Daquele que tudo pode, andei vestido com as roupas e armas de Jorge. Com muita honra apresento este trabalho por ocasião dos cem anos da aparição de Nossa Senhora, em Fátima e dos trezentos anos da aparição, em Aparecida.

RESUMO

O atual contexto político da sociedade brasileira está intimamente ligado ao mundo jurídico, especialmente no que tange ao direito penal. É possível notar este fenômeno desde o *mensalão*, mas virou de fato assunto diário diante das investigações e persecuções penais dos casos da *operação lavajato*. Por outro lado, esta operação também trouxe a discussão acerca da legitimidade da utilização da delação premiada, uma vez que é utilizada como a principal forma de investigação dos crimes inseridos nesta operação.

O instituto jurídico da delação premiada foi amplamente trazido e regulado pela Lei n. 12.850/2013, e teve sua extensão de importância, diante da grande utilização nos casos da operação *lavajato*. Em virtude disso, o texto trabalha a legitimidade deste instituto a partir do estudo de caso de Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobrás, primeiro delator de relevância dentro da referida operação. O caso estudado foi escolhido, para além da sua relevância já citada, porque apresenta diversas particularidades que permitem discussões acerca da legitimidade da delação premiada.

Neste sentido, requisitos desse instituto são analisados no caso concreto com intuito de se debater a problemática do tema, que versa sobre a legalidade das prisões cautelares do ex-diretor e se os fatos apresentados permitem concluir se houve voluntariedade no acordo firmado por Paulo Roberto Costa. Para tanto, a pesquisa se utiliza da *teoria do garantismo penal*, de Luigi Ferrajoli, como marco teórico para permitir o debate aprofundado das perguntas de pesquisa e a problemática do texto.

Palavras-chave: Delação premiada. Prisão preventiva. Garantismo penal. Operação lavajato.

ABSTRACT

The current context of brazilian politics is intimately linked to the legal world, especially with regard to criminal law.It is possible to note this phenomenon since the *mensalão*, but in fact became daily subject because of the investigations and criminal prosecutions of the cases involving *lavajato* operation. On the other hand, this operation also brought the discussion about the legitimacy of the use of the plea bargain, since it is used as the main form of investigation of the crimes inserted in this operation.

The juridical institute of the plea bargain was widely brought and regulated by Law n. 12.850/2013, and had its extension of importance due to the great use in the cases of the *lavajato* operation. As a result, the text works on the legitimacy of this institute based on the case study of Paulo Roberto Costa, former director of Petrobrás, the first informer of relevance within the operation. The case studied was chosen, in addition to its relevance already mentioned, because it presents several peculiarities that allow discussions about the legitimacy of the plea bargain.

In this sense, the requirements of this institute are analyzed in the specific case in order to discuss the problematic of the topic, which deals with the legality of the prerogatives of the former director and if the facts presented allow us to conclude if there was voluntariness in the agreement signed by Paulo Roberto Costa. To do so, the research uses Luigi Ferrajoli's *penal theory of guaranties* as a theoretical framework to allow in depth debate of the research questions and the problematic of the text.

Keywords: Plea bargain. Preventive custody. Theory of guaranties. Lavajato operation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 PRISÕES CAUTELARES 14

2.1 TEORIA DAS PRISÕES CAUTELARES: BREVE HISTÓRICO, REQUISITOS E BASES PRINCIPIOLÓGICAS 14

2.2 PRISÕES CAUTELARES: ESPÉCIES 26

2.2.1 Prisão em flagrante 26

2.2.2 Prisão temporária 33

2.2.3 Prisão especial 36

2.2.4 Prisão preventiva 38

2.2.5 Principais conclusões ou outros aspectos das prisões preventivas 43

2.3 INEXISTÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA NA CONSTRIÇÃO DE LIBERDADE DOS CIDADÃOS 45

2.4 PRINCIPAIS TENSÕES SOBRE A PRISÃO CAUTELAR E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 49

3 DELAÇÃO PREMIADA 57

3.1 DELAÇÃO PREMIADA: ORIGEM, SURGIMENTO E PRINCIPAIS CONCEITOS 57

3.1.1 Breve contextualização da experiência italiana e o pattegiamento 58

3.1.2 O plea bargaining *norte-americano* 62

3.1.3 Breves apontamentos sobre a experiência legislativa brasileira 66

3.2 PRINCIPAIS CONCEITOS: NATUREZA JURÍDICA, REQUISITOS E BENEFÍCIOS 70

3.3 OUTROS ASPECTOS E DEMAIS CONTROVÉRSIAS SOBRE A DELAÇÃO PREMIADA 77

4 DELAÇÃO PREMIADA À ESPÉCIE: O CASO PAULO ROBERTO COSTA 89

4.1 HISTÓRICO DAS PRISÕES DE PAULO ROBERTO COSTA 89

4.2 EXPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NAS PRISÕES PREVENTIVAS E LIBERDADES PROVISÓRIAS NO CASO PAULO ROBERTO COSTA 91

4.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES NO CASO PAULO ROBERTO COSTA 98

4.3.1 Prisão temporária de 19 de março de 2014 100

4.3.2 Prisão preventiva de 24 de março de 2014 102

4.3.3 Prisão preventiva de 24 de abril de 2014.....104
4.3.4 Liberdade provisória de 18 de maio de 2014.....108
4.3.5 Prisão preventiva de 11 de junho de 2014.....110
4.3.6 Homologação do acordo de delação premiada em 29 de setembro de 2014...113
5 CONCLUSÃO.....120
6 REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS.....129

1 INTRODUÇÃO

"Para ser grande, sê inteiro: nada teu exagera ou exclui"

(Fernando Pessoa pelo heterônimo de Ricardo Reis)

Não é difícil notar que o processo penal e que um grande número de persecuções criminais têm ocupado a pauta da imprensa e vêm aumentando as grandes discussões públicas no Brasil nos últimos anos. Certamente, as notícias sobre as operações da Polícia Federal e das polícias civis dos estados, a despeito de eventuais espetaculosidades e indevida utilização política, vêm sendo amplamente divulgadas, o que tem influenciado significativamente o panorama das próprias instituições republicanas brasileiras.

Em um contexto social onde se conjuga cada vez mais populismo penal e mídia opressiva, não somente a comunidade jurídica, mas a sociedade civil como um todo discute hoje, abertamente, o instituto jurídico da delação premiada. Contudo, nem sempre este debate público acontece com os devidos questionamentos e necessária leitura crítica sobre sua aplicação. Ao contrário, com o passar do tempo, percebe-se a ampliação do discurso em prol da utilização e ampliação do Direito Penal como instrumento de política, o que não se pode afirmar ser sua própria vocação.

Neste contexto onde discursos populistas parecem cada vez mais ampliar a legitimidade na aplicação do Direito Penal, fenômeno quase natural observa-se em decorrência: a multiplicação de tipos penais, a frequente violação de direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente a todos os cidadãos, precipitados julgamentos midiáticos, prisões preventivas abusivas, penas desproporcionais sendo executadas antes mesmo de seu trânsito em julgado, interpretação retrospectiva em matéria de direitos fundamentais, entre outros. Coloca-se o Direito Penal como a panaceia, o milagre, o evento quase mágico que nos passará a limpo como sociedade e deverá nos salvar, em pouco tempo, do inimigo e/ou de nós mesmos.

Exemplos históricos não nos faltam para entender que a centralidade do discurso e prática políticos de "caça às bruxas" como expurgo para os problemas enfrentados no país talvez não seja a solução mais adequada para acabar com o que pretende: Jânio Quadros e sua

campanha eleitoral cujo principal mote era uma “vassourinha”, em 1960; Fernando Collor de Mello e sua “caça aos marajás” de Brasília, também em campanha eleitoral para a Presidência da República, em 1989, só para citar alguns mais recentes em nossa tão breve história republicana.

Assim, o desenvolvimento e a utilização do instituto jurídico da delação premiada – *colaboração premiada* para a Lei n. 12.850, promulgada em 2 de agosto de 2013, no calor e caos político ocorridos após as manifestações públicas de junho daquele ano – aparentemente vem trazer respostas a anseios de determinadas camadas sociais, as quais esperam que o aumento das punições criminais do Estado venha resolver, simples ou simploriamente, problemas sociais e culturais normalmente mais profundos e complexos do quanto se consegue enxergá-los.

Apesar de não ser tão recente na história do Direito e nem na história do Brasil – foi inclusive utilizada ficção jurídica análoga por Silvério dos Reis na Inconfidência Mineira – o instituto da delação premiada aporta em definitivo em nosso ordenamento jurídico após a influência e a experiência do século passado na Itália e nos Estados Unidos da América, país este notadamente marcado pelo exercício da jurisdição penal negociada entre as partes.

A Constituição da República Federativa do Brasil tem por fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana, tendo também grande importância para sua inteligência normativa o devido processo legal e a legalidade penal estrita, princípios estes que devem nortear toda a atividade estatal na apuração das infrações criminais, na condução destas investigações e, por fim, na aplicação das penas, ao final do processo. Do mesmo modo, consagra o texto constitucional o sistema acusatório e não faz previsão expressa de qualquer espécie de direito penal negocial, salvo nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, os quais devem ser processados necessariamente perante os juizados especiais criminais.

Com todas as suas idiossincrasias – e algumas delas serão objeto deste trabalho – busca-se aqui ampliar e contribuir com o debate acerca do instituto jurídico da delação premiada, em especial pelo estudo de caso de Paulo Roberto Costa, ex-Diretor de Abastecimento da Petrobrás, no âmbito da denominada “operação lavajato”.

A escolha do tema e do caso específico se deu por sua relevância social e política. Inegavelmente, a referida investigação alterou o cenário público nacional, com graves consequências institucionais. Além disso, Paulo Roberto Costa foi o primeiro ex-diretor da Petrobrás investigado em profundidade, e acabou por envolver grande parte de representantes

políticos em seus termos de declaração. Pelo contexto do início das investigações, presume-se que também tinha maior credibilidade pública do que o primeiro delator deste caso, Alberto Youssef. Paulo Roberto Costa era renomado ex-Diretor de Abastecimento da Petrobrás, cargo que exerceu por mais de uma década, sendo bastante conhecido no meio político da República, enquanto Alberto Youssef era mais conhecido por ser suspeito operador de casas de câmbio, ostentando mesmo uma condenação criminal neste sentido antes do início das investigações. Do mesmo modo, diante dos fatos ocorridos e de suas prisões cautelares e liberdades provisórias, também presumível o interesse em pressioná-lo a fazer seu acordo de delação, com declarações que poderiam, em tese, desvendar uma série de ilícitos ocorridos na Petrobrás – o que acabou realmente acontecendo. Muitos de seus depoimentos descortinaram negociatas delituosas naquela empresa, amplamente noticiadas.

Será procedida análise qualitativa das decisões de prisão cautelar proferidas no referido caso em desfavor de Paulo Roberto Costa pela 13ª Vara Federal de Curitiba, pelo Supremo Tribunal Federal, bem como do acordo de delação premiada firmado entre ele e o Ministério Público Federal, por meio do uso de técnica de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica. Os métodos de pesquisa tem enfocam predominante o dogmatismo instrumental, utilizando-se predominantemente de três apoios: lei, jurisprudência e bibliografia jurídica especializada, não sendo necessário nenhuma metodologia instrumental específica de análise de discurso ou interpretação retórica, prescindindo instrumentalidade complexa para proceder a análise qualitativa do estudo de caso sob exame.

Utiliza-se como marco teórico principal da análise qualitativa realizada nesta pesquisa o autor italiano Luigi Ferrajoli e sua *teoria do garantismo penal*, que tem como uma de suas premissas a limitação do poder estatal, a qual sujeita o juiz à lei na figura de seu próprio garantidor – não pela *mera legalidade*, mas pela *estrita legalidade* – e onde princípios e regras normativas devem guardar pertinência formal e material com a Constituição. Este modelo normativo faz, portanto, a devida distinção entre democracia formal e democracia substancial, tendo esta última os direitos fundamentais como eixo central.

Também serão utilizados vários autores para a definição de conceitos teóricos e referências necessárias à pesquisa, os quais serão devidamente citados e mencionados ao longo do texto. Foram escolhidos consagrados processualistas penais para as referências sobre a teoria das prisões cautelares e autores mais modernos para as referências sobre delação premiada, sobretudo por se tratar de assunto relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, havendo limitado acervo de obras e estudos publicados sobre este assunto.

No primeiro capítulo será apresentado estudo sobre a teoria das prisões cautelares no ordenamento jurídico brasileiro, com breve histórico, a forma como este tipo de constrição à liberdade se desenvolveu, tanto no Brasil, quanto em ordenamentos estrangeiros, bem como suas características generalistas. Também serão demonstrados seus fundamentos normativos, principiológicos, requisitos, e abordadas as espécies de prisões cautelares. Será apresentada também argumentação sobre a inexistência de aplicação do poder geral de cautela na restrição de liberdade, bem como sobre alguns pontos de tensão existentes entre as prisões cautelares e a presunção de inocência e de que forma a sua interpretação pode influenciar na aplicação de medidas cautelares de prisão.

No segundo capítulo será tratado o instituto jurídico da delação premiada, sua aplicação em perspectiva histórica e de direito comparado e a forma como foi introduzida e evoluiu no Brasil. Serão abordados a origem, surgimento, principais conceitos, natureza jurídica, requisitos e benefícios relativos ao instituto. Ao final do capítulo serão apresentados aspectos particulares e algumas das controvérsias mais relevantes e atuais sobre o tema.

No terceiro capítulo será realizado o estudo de caso concreto[1], em maior profundidade, com a análise qualitativa propriamente dita. Serão contextualizados os fatos, apresentados os fundamentos das decisões sobre as prisões cautelares, e procedida a análise crítica das premissas utilizadas nestas decisões e no acordo de delação premiada firmado entre Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal.

No final, serão apresentadas as conclusões e apresentadas as respostas à problemática, a qual se substancializa por meio das seguintes perguntas: *a)* as prisões cautelares de Paulo Roberto Costa se apresentam de forma adequada à luz da *teoria do garantismo penal* de Luigi Ferrajoli? *b)* As prisões cautelares de Paulo Roberto Costa possuem fundamento jurídico válido, observando-se a base factual utilizada pelas decisões e os requisitos legais necessários à sua implementação no caso concreto[2]? *c)* Se Paulo Roberto Costa foi colocado em prisão domiciliar após a celebração do acordo de delação premiada, poderia ser preso preventivamente *stricto sensu* anteriormente? *d)* É possível afirmar que as prisões cautelares de Paulo Roberto Costa foram utilizadas com o fim de pressioná-lo a realizar o acordo de delação premiada (e ferir o requisito legal imprescindível da *voluntariedade*)?

[1] Toma-se por caso concreto os fatos e fundamentos como foram apresentados nas próprias decisões objeto deste trabalho, não abrangendo a pesquisa a totalidade dos autos os quais integram as referidas decisões. A análise dos fundamentos utilizados e dos fatos como postos nas próprias decisões do processo bastam para o fim proposto neste estudo.
[2] Idem.

Este será o caminho metodológico a ser cumprido, o roteiro a ser seguido e os questionamentos a serem respondidos.

2 PRISÕES CAUTELARES

"Deixai todas as esperanças vós que entrais."
(Dante Alighieri: A Divina Comédia – Inferno. Canto III)

2.1 TEORIA DAS PRISÕES CAUTELARES: BREVE HISTÓRICO, REQUISITOS E BASES PRINCIPIOLÓGICAS

A prisão, como instituto jurídico, existe há vários séculos, dela existindo relatos desde o antigo testamento. Observando-se o sistema que serviu como base para o desenvolvimento do direito em sociedades latino-americanas, nota-se que o direito romano já previa a possibilidade de prisão cautelar de acusados antes que houvesse o julgamento final do processo. Foi usada alternadamente – ora permitida, ora proibida – de forma a garantir a aplicação da lei aos acusados. Outras medidas eram permitidas de forma a assegurar o direito da parte lesada sem que, obrigatoriamente, fosse necessária a constrição do acusado[3]. Em certo ponto, o sistema jurídico romano desenvolveu-se ao ponto em que chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva[4].

O desenvolvimento do instituto, observado no ordenamento jurídico romano, alcançado no sentido de se proteger o que hoje se convencionou definir como a presunção de inocência, relativizou-se com a concepção inquisitorial de meados do século XII, na Idade Média. Assim, a prisão anterior ao julgamento do acusado perdeu o seu caráter cautelar – com o objetivo de assegurar a aplicação da lei ao caso concreto. A segregação do acusado passou a ter como característica básica de meio para obtenção da confissão. O indivíduo ficaria assim à disposição de seus acusadores que, para alcançar o fim da prisão cautelar – a confissão – submetem-no à tortura[5].

---

3 "No direito romano, a prisão quase sempre foi utilizada em caráter excepcional, pois era frequentemente substituída por outras medidas, como a garantia fidejussória, admitida, entre os homens livres, para os que houvesse confessado o crime." CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4.

4 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 508.

5 "(…) na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 508..

Com o surgimento e evolução dos ideais iluministas, a prática da prisão cautelar passou a esboçar mudanças, aproximando-se da sua definição. Assim, não mais se admitia a prisão cautelar como forma de manipulação da manifestação do acusado, adquirindo contornos de necessidade para a aplicação da lei penal, como elemento necessário para evitar a sua fuga, ou ainda pelo risco de destruição de provas[6].

Com o passar do tempo, a constrição cautelar passou a ser gradativamente aceita pelos ordenamentos jurídicos modernos, baseada na necessidade de proteção da sociedade, ou ainda na seguridade para aplicação dos instrumentos penais. A prisão cautelar, com viés utilitarista, protegendo estes elementos, ganha força, fundada em um direito do Estado de proteger algo além do indivíduo[7].

Especificamente no Brasil, a partir da declaração de independência, em 1822, e com a promulgação da Constituição do Império, em 1824, foi reconhecido o direito do cidadão a não ser enclausurado sem que houvesse formação de culpa[8], ressalvadas algumas exceções legais, como no caso de flagrante delito. Mas, ainda assim, mesmo em casos com a concretização da culpa formada, prestando fiança, havia esta possibilidade.

Com a reforma do Código de Processo Criminal do Império, em 1841, foi implantado modelo que se convencionou chamar de "policianismo judiciário", no qual a própria autoridade policial era responsável pelos atos de prisão, investigação, acusação e pronúncia

---

6 "Em suma, ainda que em nome de 'necessidades' diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva – somente o perigo de fuga, só o risco de deterioração das provas, ambos esses perigos juntos, ou simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção; ou ainda conjuntamente os perigos de natureza processual e os de natureza penal – a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 509.

7 "Mas esta se funda no direito que tem o Estado de exigir dos indivíduos certos sacrifícios para o bem comum. Podem eles recair sobre o patrimônio (impostos), podem consistir na prestação de serviços (jurados, testemunhas, soldados), podem até exigir o holocausto da vida (como no caso do militar que morre na defesa da pátria). Ninguém diria que há injustiça em tudo isso, porque todos compreendem que essa abnegação é o preço da vida em sociedade, e o homem somente nela pode viver. Para o bem comum, cada qual entra com uma parcela de si mesmo. Se, portanto, esse bem comum exige que o indivíduo seja segregado a fim de que se possa apurar um fato e fazer justiça, não se pode tachar de injusta a segregação." TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 6.

8 "Tal 'culpa formada', que representava um filtro para a admissibilidade da acusação, tinha como apoio as provas até então produzidas (perícias, testemunhos e interrogatório do acusado) e, uma vez pronunciada a convicção judicial, o nome do réu era lançado em livro próprio e era ordenada, automaticamente, sua prisão (art. 146)". CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 35

dos acusados, sendo que a nomeação dos chefes de polícia era feita pelo Imperador ou os presidentes de províncias, dentre desembargadores e juízes de direito[9].

Em 1871, por meio de reforma legislativa materializada na Lei n. 2.033/1871, houve modificação do procedimento investigatório, retirando-se a competência de julgamento de algumas infrações penais, sendo preservado o poder da autoridade policial de arbitrar fiança. Criou-se também neste ano o inquérito policial, por meio do Decreto n. 4.824/1871, inaugurando a rotina policial que, com o tempo, se consolidou de forma bastante semelhante aos procedimentos adotados ainda hoje[10].

Com o início da Era Vargas e o advento do Código Processual Penal de 1941, houve certo recrudescimento[11] do que hoje se consideram garantias fundamentais individuais, tornando obrigatória a prisão preventiva, nos crimes em que a pena cominada fosse igual ou superior a dez anos de reclusão. Por outro lado, também houve avanço no sentido de que, a partir deste diploma legal, a prisão preventiva deveria ser precedida de julgamento de valor sobre sua necessidade[12], ainda que não tivessem sido fixados critérios precisos e objetivos neste sentido.

Durante outro período de exceção, no regime militar iniciado em 1964, a prisão preventiva obrigatória foi retirada do ordenamento jurídico pela Lei n. 5.349/1967 e,

---

9 "Sobrevindo a reforma de 1841 (Lei nº 261, de 03/12/1841), introduziram-se mudanças significativas no processo criminal do Império, sobretudo, a implantação daquilo que veio a ser conhecido como 'policianismo judiciário'. Essa expressão traduziu uma estrutura e funcionamento da justiça criminal, durante 30 anos, em que a Polícia prendia, investigava, acusava e pronunciava os acusados de certos crimes de menor importância. Outrossim, a confusão entre as funções policiais e judiciais era tamanha que a própria nomeação dos Chefes de Polícia e dos Delegados se fazia por ato do Imperador ou dos Presidentes das Províncias (corresponderiam aos atuais Governadores de Estado), escolhidos dentre os Desembargadores e Juízes de Direito, respectivamente (artigos 1º e 2º da Lei nº 261/1841)". CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 35-36.

10 CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

11 "Tratava-se de verdadeira inovação no nosso *jus positum*. Nunca, no Direito Brasileiro, houve tão violenta medida. A prisão preventiva, desde tempos bem recuados, em outras legislações e inclusive entre nós, sempre foi entendida como uma necessidade e decretada em casos especialíssimos e assim mesmo detendo o Magistrado o prudente arbítrio de decretá-la, quando o interesse público assim o exigisse." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume 3.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 504.

12 "Com o advento do Código de 1941, houve um significativo avanço e, para compensar, um injustificável retrocesso, como já mencionado. Avanço, porque se passou a exigir – ao menos no texto legal – que a prisão preventiva do indiciado ou acusado fosse precedida de análise quanto à sua necessidade, por critérios que, a despeito de nem sempre precisos, conferiram maior objetividade a tal decisão. Retrocesso, porque se introduziu a regra inexorável da prisão obrigatória para crimes punidos com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão." CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 43.

posteriormente, por meio da Lei n. 5.941/1973. Por meio dos referidos textos legais, foi permitida a concessão da liberdade ao réu já pronunciado ou até mesmo condenado, havendo pendente julgamento de recurso, mesmo com a suspenção da garantia do instituto do *habeas corpus* com a edição do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968[13].

Com o lento e gradual retorno da República ao regime democrático, uma das principais conquistas alcançadas com a promulgação da Constituição da República, de 1988, foi o tratamento diferenciado no que se refere ao direito à liberdade. Com a transição de um regime de exceção para um regime democrático, a presunção de inocência retorna como elemento político e ideológico essencial para proteção das liberdades individuais.

A Constituição cria, não somente em seu art. 5º, mas ao longo de outros trechos de seu texto diversos direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, encontra-se disposta no art. 5º, LVII[14], a consagração da presunção de inocência, princípio constitucional que garante a todos o *status* jurídico de não culpabilidade, até que seja comprovado o contrário em sentença penal acusatória com trânsito em julgado.

O princípio da presunção de inocência funciona como espinha dorsal para que o sistema de garantias penais funcione de forma eficaz[15]. A não observação de sua aplicação afetaria também diversas outras garantias essenciais, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, ameaçando a segurança jurídica conferida pelo devido processo legal[16].

A presunção de inocência se torna, então, questão central no contemporâneo processo penal democrático, estruturando a ideia de culpa em critérios probatórios racionalizáveis, após

---

13 "Art. 10 – Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular." BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 12 de dezembro de 1968. **Ato Institucional N. 5**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 13 dez. 1968. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=194620>. Acesso em: 20 jan. 2017.

14 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(…) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;" BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

15 "No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p.95-96.

16 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

a formalização de um processo estatal levado a cabo, de maneira definitiva. Assim, a rigor, não poderia o Estado admitir restrições de liberdade sem culpa formada, materializada por meio de sentença penal condenatória com efetivo trânsito em julgado.

Contudo, no mesmo rol de direitos e garantias fundamentais, encontra-se inserido comando constitucional que permite a restrição da liberdade de ir e vir, mesmo sem sentença penal condenatória definitiva. Em seu art. 5º, LXI, a Constituição mais uma vez é clara, ao dispor que ninguém será levado a cárcere, antes de condenação definitiva, mas com a ressalva de "a não ser por ordem escrita e fundamentada, de autoridade judiciária competente"[17].

Assim, o texto constitucional permite a interpretação pela possibilidade de prisões cautelares, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, desde que sejam observados os requisitos também ali descritos. Vale lembrar que a presunção de inocência firma como regra no processo penal não a prisão do cidadão, mas a sua liberdade, devendo o Estado fazer valer tal direito, protegendo o inocente em detrimento da possibilidade de, por vezes, beneficiar o culpado:

> *Trata-se, como afirmou Luigi Luccini, de um "corolário lógico do fim racional consignado ao processo" e também a "primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: presunção juris, como sói dizer-se, isto é, até prova contrária". 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*[18].

Em consequência dos comandos constitucionais da presunção de inocência e da necessária fundamentação por autoridade competente para a decretação da prisão cautelar, é imprescindível que as determinações de restrições da liberdade sem trânsito em julgado de

17 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;" BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

18 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

sentença penal condenatória sejam embasadas na absoluta necessidade da segregação, bem como em sua finalidade.

Com isso, conclui-se que a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória é medida cautelar pessoal – ou seja, com caráter eminentemente provisório e precário – já que tem o objetivo de restringir o direito de ir e vir do cidadão, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal[19], por meio do processo, pela eficaz aplicação do direito punitivo estatal[20].

O próprio advento da Lei nº 12.403/2011, reforça esta perspectiva, admitindo-se que todas as prisões, ocorridas antes de prolatada sentença penal condenatória, têm natureza provisória[21].

Já sobre os requisitos para o implemento da prisão cautelar, encontra-se divergência entre os autores consultados acerca dos conceitos que integram estes requisitos permissivos da restrição de liberdade provisória.

A evolução teórica dos institutos de tutela cautelar têm como expoente principal Piero Calamandrei, que classifica como requisito e fundamento da tutela cautelar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*[22]. Da mesma forma, e como será mostrado adiante, é necessário atualizar os princípios inicialmente propostos à realidade processual civil e traduzi-los ao processo penal que, em tempo, merece desvencilhar-se de institutos alheios à sua realidade e gerar novos conceitos, originais à necessidade processual penal[23].

---

19 "A prisão sem pena, de que cuidamos, nada mais é que uma execução cautelar de natureza pessoal (em oposição à coerção processual de natureza real – como as buscas e apreensões, sequestro, arresto etc.) e que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. 3, p. 385.

20 "As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de apenar. São medidas destinadas à tutela do processo." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p.599.

21 "É que assumiu-se em definitivo a *natureza cautelar* de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso, *ampliou-se* o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras *modalidades* de medidas cautelares." PACELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 493

22 " Delimitado o objeto das medidas cautelares, é importante frisar nossa discordância em relação à doutrina tradicional que, ao analisar o requisito e o fundamento das medidas cautelares, identifica-os como *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, seguindo assim as lições de CALAMANDREI, em sua célebre obra *Introduzione allo studio sistemático dei provedimenti cautelari*." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p.599.

23 "Todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã

No *fumus boni iuris*, estaria o juiz apto a implementar a constrição cautelar caso existissem elementos suficientes para supor que o acusado tenha cometido crime, por meio da prova de sua existência, havendo ainda indícios suficientes de autoria[24]. Não é exigida, portanto, a certeza, por assim dizer, da prática delituosa, como ocorre com a sentença condenatória.

Da mesma forma, no segundo requisito, a segregação do agente seria autorizada pelo *periculum in mora*, de forma a garantir, por exemplo, a instrução processual[25] ante o perigo de o acusado tentar destruir provas ou influenciar testemunhas, ou ainda para acautelar a ordem pública[26], nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, amplamente utilizado na praxe judiciária.

Para outros autores, entre eles Aury Lopes Jr., constituem requisitos para a decretação de medida cautelar o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, conceitos estes que serão utilizados para os fins desta pesquisa.

Sobre o primeiro requisito, não há como empregar o conceito de *fumus boni iuris*, pois o delito em si já corresponderia à lesividade do próprio direito e não a um perigo de sua violação. Desta forma, o perigo de ocorrer o delito seria elemento necessário para comprovar a necessidade da decretação de medida cautelar:

---

preterida. É a velha falta de respeito, a que se referia GOLDSCHMIDT, às categorias jurídicas próprias do processo penal. Contudo, há chegado o momento (e se vão mais de 60 anos do trabalho de CARNELUTTI) de desvelar a diversidade fenomenológica (e metodológica) das duas irmãs procesusais e compreender que o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, e que não mais se contenta em usar as vestes da irmã." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p.58.

24 "São pressupostos para a decretação:

a) prova da existência do crime (prova da materialidade delitiva);

b) indícios suficientes de autoria.

Trata-se da conhecida expressão *fumus boni iuris*, sendo imprescindível a demonstração da viabilidade da acusação. Não se admite a prisão preventiva quando improvável, à luz do *in dubio pro societate*, a existência do crime ou a autoria imputada ao agente." CAPEZ, Fernando: **Curso de Processo Penal**, 23 ed. editora saraiva, São Paulo, 2016, p. 336-337

25 "b) Conveniência da instrução criminal: visa a impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o *periculum in mora*, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo." CAPEZ, Fernando: **Curso de Processo Penal**, 23 ed. editora saraiva, São Paulo, 2016, p. 337

26 "a) Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. Nesse caso, a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade. É caso típico de *periculum in mora".* CAPEZ, Fernando: **Curso de Processo Penal**, 23 ed. editora saraiva, São Paulo, 2016, p. 337

> *No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do fumus comissi delicti, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.*[27]

Quanto ao segundo requisito, o autor também aborda de forma diferenciada o *periculum in mora*. Para ele, seria o *periculum libertatis,* empregado quando absolutamente necessária a implementação da medida cautelar, levada a cabo de forma mais célere, pois haveria possibilidade de dano pela espera da conclusão do processo, com a eventual sentença penal condenatória. Portanto, o perigo que fundamentaria a medida cautelar não é a mora processual, mas sim o perigo que a liberdade do agente passivo traria à instrução processual.

> *O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o periculum in mora no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.*[28]

Para além dos rótulos e nomenclaturas utilizados e para os fins desta pesquisa, entende-se que as medidas cautelares devem trazer como seus requisitos a razoável probabilidade de cometimento de novo crime pelo agente, bem como a possibilidade de a sua liberdade frustrar a aplicação da lei penal ou instrução criminal, caso permaneça em liberdade.

Antes de iniciar o estudo individual dos tipos de prisão cautelar previstos no ordenamento jurídico brasileiro, resta proceder à análise das bases principiológicas que regem este tipo de constrição cautelar, de forma a melhor compreender e aprofundar o entendimento do tema.

As medidas cautelares objeto do presente estudo, encontram-se no Livro I, Título IX do Código de Processo Penal. Como corolário básico para a decretação não apenas da prisão cautelar, mas também como requisito para a imposição das demais medidas cautelares penais

27 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p.599-600.

28 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 600.

previstas no ordenamento jurídico pátrio, prevê o Código de Processo Penal em seu art. 282, I e II[29], que tais medidas deverão sempre observar o binômio necessidade e adequação.

A própria localização do referido comando, no início do título que cuida das medidas cautelares, indica que todas elas deverão passar pela análise dos critérios impostos nos incisos I e II. Portanto, a medida deve se demonstrar necessária e ser considerada adequada ao fim pretendido, absolutamente fundamentada em seus próprios termos.

Da mesma forma, no art. 312[30] do mesmo diploma legal, estão previstas as possibilidades de implementação da prisão preventiva, que podem ensejar a constrição cautelar, observados os requisitos já mencionados.

A adequação está representada pela aptidão da medida constritiva aos seus fins. Deve o juiz sempre levar em consideração a materialidade, em tese, do crime supostamente praticado, bem como as diversas medidas disponíveis aplicáveis ao acusado, levando-as à implementação no caso concreto:

> *A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como ultima ratio do sistema.*[31]

Deve-se observar, ainda, que com base na redação do art. 283, § 1º[32] do Código de Processo Penal, nunca poderia o juiz aplicar a prisão preventiva em casos que, ao fim do

---

29 "Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

30 "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

31 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 614.

32 "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

processo, não trariam condenação com pena privativa de liberdade[33], promovendo-se a adequação da medida acautelatória ao fim que se propõe. Por corolário lógico, a imposição de medida mais gravosa do que a que em tese será imposta ao acusado no fim do processo se faz absolutamente inadequada.

Já a necessidade, por outro lado, traz a ideia de que a medida cautelar não deve ultrapassar o exigível para que se chegue ao resultado almejado. Assim, a medida cautelar necessária será aquela que protege a finalidade que originou sua aplicação, sendo ao mesmo tempo a menos onerosa possível ao agente, vendando-se também desta forma o excesso:

> *Também denominado princípio da intervenção mínima, da indispensabilidade, ou da proibição de excesso, essa máxima (...) significa que, além de ser adequada ou idônea para atingir o fim esperado, a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo, entre as previstas em lei.*
>
> *(...)*
>
> *Trata-se de uma escolha comparativa, entre duas ou mais disponíveis, igualmente idôneas para atingir o objetivo a que se propõe com a providência cautelar, cumprindo ao magistrado, portanto, identificar e escolher qual delas representa a menor lesão ao direito à liberdade do investigado ou acusado, sem prejuízo do resultado concreto e da efetividade da iniciativa.* [34]

Observando o texto dos artigos já referidos, nota-se que há ainda maior destaque às medidas cautelares diversas da prisão após a reforma trazida pela Lei n. 12.403/2011, confirmando a posição de *ultima ratio* da prisão preventiva, somente podendo ser implementada quando não houver possibilidade de aplicação, ao caso concreto, de nenhuma das outras medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.

---

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

33 "Neste sentido, certeiras são as palavras de BADARÓ, quando sintetiza que deverá haver uma *proporcionalidade entre a medida cautelar e a pena a ser aplicada. (...) O juiz deverá também verificar a probabilidade de que ao final se tenha que executar uma pena privativa de liberdade. (...) Se a prisão preventiva, ou qualquer outra prisão cautelar, for mais gravosa que a pena que se espera ser ao final imposta, não será dotada de caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. Mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que a irá substituir e que ela deve preservar.*" LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 615.

34 CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 97-98.

Neste sentido, deve o juiz avaliar a necessidade de submeter o acusado à prisão cautelar, bem como avaliar se a medida aplicada se adequa ao fim que procura atingir. Deve proceder, portanto, a uma avaliação da proporcionalidade, sempre vinculada à análise do caso concreto, sopesando-se a aplicação da constrição cautelar, e reconhecendo-a como *ultima ratio,* ainda com mais razão, dada a variedade de medidas cautelares de possível aplicação pelo juiz[35].

Noutro ponto, a medida cautelar de restrição de liberdade tem como característica a provisionalidade, a qual informa a prisão cautelar como evento situacional, provocado pelos requisitos de possibilidade de reiteração delituosa ou pelo perigo na liberdade do acusado.

Desta forma, ausentes ao menos um dos requisitos para a constrição cautelar, deve o acusado ser posto em liberdade, esvaziada a medida cautelar de um de seus requisitos precípuos.

> *Nas prisões cautelares, a provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no fumus comissi delicti e/ou periculum libertatis, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das 'fumaças' impõe a imediata soltura do imputado, na medida em que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão.*[36]

Portanto, dada a sua situacionalidade, uma vez que ausentes os requisitos aptos à sua manutenção, inclusive conforme previsto nos arts. 282, §§4º e 5º[37] do Código de Processo Penal, a prisão cautelar deve ser revogada, sem a aplicação de outras medidas diversas da prisão.

---

35 "Em suma, diante da polimorfologia do sistema cautelar e das diversas medidas alternativas previstas no art. 319, deverá o juiz agir com muita ponderação, lançando mão de medidas cautelares isoladas ou cumulativas e reservando a prisão preventiva como (verdadeira) última ferramenta do sistema." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 616.

36 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 606.

37 "Art. 282. (...):

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único)

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

Além da provisionalidade, também faz parte da matriz principiológica das prisões cautelares o seu caráter de provisoriedade.

A prisão cautelar também tem caráter provisório, pois é medida temporária que visa a proteção de determinados institutos em troca do encarceramento do acusado sem que haja sentença penal condenatória[38]. Não é dotada, portanto, de caráter punitivo em sentido estrito, já que apenas a sentença irrecorrível é capaz de fazê-lo, e sua aplicação anterior constitui inconstitucional antecipação de pena.

Deve-se ressaltar que, diante da própria vedação constitucional das penas de caráter perpétuo, inclusive a prisão-pena – caracterizada pela restrição à liberdade fundada em sentença penal condenatória irrecorrível – é dotada de caráter provisório, sendo que o seu termo final é reconhecido no momento de sua declaração:

> *Nenhuma prisão é, portanto, definitiva. A prisão-pena tem um prazo máximo de duração, fixada na sentença, mas pode ser abreviada pelos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais. A prisão cautelar, por sua vez, não tem prazo definido, devendo perecer tão logo cesse o motivo que a justificou.* [39]

A segregação cautelar é, portanto, necessariamente provisória pois busca proteger elementos de direito naquele exato momento processual, sendo que quando não mais houver perigo àqueles elementos a prisão cautelar se exaure absolutamente em sua funcionalidade[40].

A redação do art. 282, §6º[41] do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 12.403/2011, consagra o caráter de excepcionalidade da prisão cautelar.

---

38 "A prisão provisória nada tem a ver com a culpa, não é pena, não tem caráter retributivo. (…) Mas a prisão provisória assenta na Justiça Legal, que obriga o indivíduo, enquanto membro da comunidade, a lhe ministrar (à comunidade) elementos para que ela possa prover o bem comum." TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

39 CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 87.

40 "A prisão preventiva faz parte de um sistema de providências que visam a assegurar o bom andamento do processo e a execução da sentença. Poderia até dizer-se: providências que se destinam a garantir provisoriamente a ordem jurídica até que outras, definitivas, possam ser tomadas;" TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

41 "Art. 282. (...):

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar" BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

Neste sentido, só é possível implementá-la quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal. A segregação cautelar toma, desta forma, contornos de medida excepcional, a ser aplicada apenas e exclusivamente naqueles casos específicos em que, ainda que existentes outros meios cautelares, estes se mostram insuficientes para resguardar o fim desejado[42].

Como argumentado quando iniciada a abordagem deste tema, a Constituição prevê, que ninguém será privado de liberdade a menos que "em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente".

Neste comando, encontram-se previstos os elementos de jurisdicionalidade e motivação necessários à legítima aplicação da prisão cautelar. Diante de sua excepcionalidade, a legalidade da prisão cautelar sempre estará vinculada à análise da decisão que a originou, seja observando se o juiz é competente, ou se houve motivação idônea para tanto.

Portanto, diante de seus requisitos e observando as suas características intrínsecas, as prisões cautelares em nosso ordenamento jurídico devem se adequar e observar o comando constitucional onde a liberdade é a regra e a constrição é a exceção.

2.2 PRISÕES CAUTELARES: ESPÉCIES

Sobre as prisões cautelares, é imprescindível para a presente pesquisa desenvolver um breve panorama descritivo acerca das espécies delimitadas pelo ordenamento jurídico brasileiro de prisão cautelar. São elas: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Apesar de certa controvérsia sobre sua natureza jurídica, também será abordada a prisão especial, diante da sua relevância para o estudo desenvolvido.

2.2.1 Prisão em flagrante

O primeiro a ser aqui abordado será, então, o instituto da prisão em flagrante, que têm previsão legal nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal.

---

42 "Portanto, prisão preventiva somente quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa.". LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 611.

A palavra flagrante origina-se do latim *flagrans*, *flagrantis*, que significa ardente, brilhante, em chamas[43]. A flagrância significa, portanto, o momento da prática delituosa, "a chama ainda ardente do fato típico atual", sendo possível a comprovação direta da ação[44], a sua visibilidade indiscutível, o gerúndio da atividade criminosa.

A hipótese acima referida é a principal esboçada pelo Código de Processo Penal, em seu art. 302, I[45]. Entretanto, conforme redação do art. 302, II[46] do mesmo diploma legal, também pode ser considerada em flagrante delito a prisão de agente que acabou de cometer crime, não mais havendo a continuidade una do fato criminoso, mas o seu recente cometimento, o fogo a que se refere a expressão em latim já se apagou, mas a "brasa ainda arde".

Estas duas formas referidas recebem a classificação de flagrante próprio[47] [48].

Outra forma de prisão em flagrante prevista no art. 302, III[49], do Código de Processo Penal, e definida pela bibliografia consultada como flagrante impróprio, ou quase-flagrante[50],

---

43 "Flagrante, como é por demais sabido, vem do latim flagrans, flagrantis, imparassilábico da 3ª declinação que significa ardente, brilhante, que está a pegar fogo.". TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal. Volume 3.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 48.

44 "Essa chama, que denota com certeza a existência de uma combustão, coincide com a possibilidade para uma pessoa de comprová-lo mediante a prova direta.". LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 616.

45 "Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

46 Ver nota 45.

47 "Ambas as situações são tratadas como hipóteses de flagrante delito, reservando-se-lhes a doutrina, a classificação de flagrante próprio." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 533.

48 Também neste sentido: "Diz-se flagrante em sentido próprio, quando o agente é surpreendido praticando a infração penal, isto é, surpreendido no instante mesmo da prática da infração, ou, então, quando acaba de cometê-la. (…) para a configuração do estado de flagrância em sentido próprio basta esteja ele praticando, ou tenha ele acabado de praticar, um fato típico." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal'.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 494.

49 Ver nota 45.

ocorre quando o agente é perseguido após situação em que possa ser presumido ser ele o autor do fato considerado delitivo.

Deve ser observada, neste tipo de prisão em flagrante, a imediata perseguição do acusado, sendo que, uma vez que não está descrito no texto legal critério que determine o lapso temporal exato para a prisão, os autores se dividem, afirmando tanto que deve ser avaliado o caso concreto para definir um tempo razoável entre a prática e o início da perseguição[51], quanto afirmando que tal perseguição, ainda que analisado o caso concreto, deve ser iniciada horas[52] ou minutos após a prática delituosa[53].

A última situação de flagrância, prevista no art. 302, IV[54] do Código de Processo Penal, o flagrante presumido, diz respeito ao agente que é encontrado logo depois à prática criminosa, com elementos que façam crer ser ele o autor do fato típico. Nesta hipótese, o lapso temporal entre o delito e o encontro com o acusado poderá ser mais dilatado[55].

Além das modalidades de prisão em flagrante acima elencadas, deve-se falar também sobre o flagrante preparado e/ou provocado, e sobre o flagrante esperado, construções doutrinárias e práticas jurisprudenciais.

---

50 "A hipótese do art. 302, III, chamada pela doutrina de flagrante impróprio ou quase-flagrante (expressão quase incompreensível), cuida do caso em que alguém 'é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração." PACELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 533.

51 "Não há um critério legal objetivo para definir o que seja o logo após mencionado no art. 302, devendo a questão ser examinada sempre a partir do caso concreto, pelo sopesamento das circunstâncias do crime, das circunstâncias do crime, das informações acerca da fuga e da presteza da diligência persecutória." PACELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 533.

52 "No caso do inc. III, é preciso que a perseguição ocorra dentro de um tempo bem próximo da infração. Cremos que, se a perseguição ocorrer 4 ou 5 horas após a infração, já não se pode dizer tenha sido feita logo após a infração, e, assim, não há cuidar-se do flagrante." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal'.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 499.

53 "Exige-se um lapso mínimo, a ser verificado diante da complexidade do caso concreto, entre a prática do crime e o início da perseguição. (…) Não existirá uma verdadeira perseguição se a autoridade policial, por exemplo, chegar no local do delito 1 hora depois do fato. Assim, 'logo após' é um pequeno intervalo, um lapso exíguo entre a prática do crime e o início da perseguição. (…) Em suma, para existir a prisão em flagrante desse inciso III, a perseguição deve iniciar poucos minutos após o fato, ainda que perdure por várias horas." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 621-622.

54 Ver nota 45.

55 "Já o requisito temporal do inciso IV pode ser mais dilatado. Isso porque o ato de encontrar é substancialmente distinto do de perseguir. Para perseguir, há que se estar próximo. Já o encontrar permite um intervalo de tempo maior entre o crime e o encontro com o agente." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 623.

Para Aury Lopes Jr. o flagrante provocado e o flagrante preparado são institutos diversos. O provocado seria aquele em que terceiro age deliberadamente de forma que o suposto criminoso demonstre a prática do delito, como no caso de agente policial que procura suposto traficante e tenta comprar substâncias ilícitas deste[56]. Para o referido autor, nestes casos a prisão seria ilegal pois não haveria possibilidade de consumação do crime, aplicando-se o que preconiza o art. 17 do Código Penal[57].

Ainda para Lopes Jr., o flagrante preparado também expressa a prática de crime impossível, pois a preparação para a realização do ato criminoso seria elaborada de forma que o crime não seria consumado[58]. Neste sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já editou enunciado de jurisprudência sobre o assunto, contido em sua Súmula n. 145[59].

Já o flagrante esperado, por outro lado, pode ser interpretado, segundo o caso concreto, como forma de prisão tanto legal, quanto ilegal. Para o autor, quando não há incitação do agente de polícia para a prática do crime, limitando-se a força policial a observar, manter vigilância, seria legal esta forma de prisão[60]. Isto porque não estariam incluídos os elementos caracterizadores do crime impossível, já que sua consumação, mesmo quando impedida pela autoridade policial, daria aso à existência de crime em modalidade tentada[61].

---

56 "O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. (…) É uma provocação meticulosamente engendrada para fazer nascer em alguém a intenção, viciada, de praticar um delito, com o fim de prendê-lo." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 627.

57 "Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

58 "O flagrante preparado é ilegal, pois também vinculado à existência de um crime impossível. Aqui não há indução ou provocação, senão que a preparação do flagrante é tão meticulosa e perfeita que em momento algum o bem jurídico tutelado é colocado em risco." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 627.

59 "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 145. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>. Acesso em: 20 jan. 2017.

60 "Assim, quando a polícia não induz ou instiga ninguém, apenas coloca-se e, campana (vigilância) e logra prender o agressor ou ladrão, a prisão é válida e existe crime." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 627.

61 "Não há ineficácia absoluta do meio empregado ou absoluta impropriedade do objeto para falar-se em crime impossível. Existe o crime (inclusive, dependendo do caso, a atuação policial poderá impedir a consumação, havendo apenas a tentativa) e a prisão em flagrante é perfeitamente válida." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 628.

Já para Eugênio Pacelli, não haveria diferença entre o flagrante provocado e o flagrante preparado. Sua aplicação no caso concreto indicaria, ainda que com nomes diferentes, uma mesma situação jurídica[62]. Ademais, a interpretação do referido autor critica o posicionamento jurisprudencial e doutrinário acerca das modalidades de flagrante provocado/preparado, e flagrante esperado.

Para ele, as hipóteses contempladas pelos dois tipos de flagrante aos quais faz referência revolvem sobre uma situação fática muito parecida, presumindo que o fim alcançado, quando da aplicação à ocorrência do crime, das hipóteses de provocação ou espera, seriam as mesmas.

A atividade policial seria desenvolvida de forma tal que, ou se admite a legalidade da prisão em ambos os casos, ou se admite a ilegalidade da prisão em ambos os casos, aplicando-se a hipótese de crime impossível a ambos ou a nenhum[63].

Por fim, como última modalidade de estudo de flagrante, encontra-se o flagrante protelado ou diferido, com previsão legal nos arts. 8º e 9º da Lei n. 12.850/2013[64], definindo, nos mesmos dispositivos legais, sua possibilidade de aplicação e requisitos.

O flagrante diferido ou protelado, nomenclatura aplicada à ação controlada referida na lei, tem por objetivo alongar a possibilidade de aplicação da prisão em flagrante a crimes

---

62 "Quando a situação de flagrante sofrer a intervenção de terceiros, antes da prática do crime, é que se poderá falar na existência de um flagrante esperado, e de um flagrante provocado, também denominado flagrante preparado." PACELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 535.

63 "De tudo quanto se disse, pode-se chegar a algumas conclusões. A primeira delas seria de que não existe real diferença entre o flagrante preparado e o flagrante esperado, no que respeita à eficiência da atuação policial para o fim de impedir a consumação do delito. Duzentos policiais postados para impedir um crime provocado por terceiro (o agente provocador) têm a mesma eficácia ou eficiência que outros duzentos policiais igualmente postados para impedir a prática de um crime esperado. Assim, de duas, uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação." PACELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 538.

64 "Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

(...)

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime." BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 de Agosto de 2013**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017

praticados por organizações criminosas, em que a permissão para sua tardia decretação seria necessária de forma a possibilitar a efetiva investigação dos atos delituosos, em tese mais complexos, praticados por estas associações ilícitas[65].

Entretanto, para Gustavo Badaró[66], a hipótese trazida pela Lei n. 12.850/2013 não traria nova modalidade de prisão em flagrante. Na verdade, o comando legal que trata sobre a "ação controlada" nada mais seria que uma permissão legal de exceção ao dever de agir da autoridade policial de prender em flagrante aquele que pratica o crime.

Esta permissão, portanto, não autorizaria a prisão em flagrante do agente, uma vez que o momento em que o flagrante é permitido já há muito se passou, sendo que o agente abre mão de conduzir o suposto criminoso ao cárcere único e exclusivamente com o objetivo de amealhar novas provas que possam elucidar a atividade ilegal desenvolvida pela organização criminosa[67]. O agente policial, portanto, abre mão de seu dever de prender, não podendo reclamar a sua aplicação em momento posterior, quando achar conveniente.

Há divergência entre vários autores sobre esse tema, relativamente polêmico. Contudo, para os fins da presente pesquisa, não serão objeto de estudo.

Por fim, após a comunicação da prisão em flagrante do agente, deverá o juiz, conforme dispõe o art. 310[68] e incisos, do Código de Processo Penal, relaxar a prisão em

---

65 "Tal dispositivo somente poderá ser aplicado aos casos de organização criminosa e autoriza a polícia a retardar sua intervenção (prisão em flagrante) para realizar-se em momento posterior (por isso, diferido), mais adequado sob o ponto de vista da persecução penal." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 628.

66 "Importante destacar a posição de BADARÓ, que, em linha diametralmente oposta, nega que o flagrante diferido ou retardado seja uma nova modalidade de prisão. Entende que 'há, apenas, uma autorização legal para que a autoridade policial e seus agentes que, a princípio, teriam a obrigação de efetuar a prisão em flagrante (CPP, art. 310, 2ª parte), deixem de fazê-lo, com vistas a uma maior eficácia da investigação'." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 629.

67 "A autoridade policial está autorizada, apenas, a 'deixar de proceder' naquele exato momento, para que possa obter maiores informações que deem um lastro probatório mais robusto para a investigação. Depois disso, o que deverá ser feito – em caso de necessidade demonstrada – é representar pela prisão temporária ou preventiva. Com isso, o flagrante diferido não constitui uma nova modalidade de prisão, senão um instrumento-meio, com vistas à eficácia da investigação. A partir das informações obtidas pelo não agir da polícia naquele momento, instrumentaliza-se o posterior pedido de prisão temporária ou preventiva." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 630.

68 "Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

flagrante ou convertê-la em prisão preventiva. Destaca-se a necessidade de representação, da autoridade policial ou do Ministério Público, para que o juiz possa decretar a conversão da prisão em flagrante para prisão preventiva.

Deste modo, verifica-se a importância da análise do juiz quanto à legalidade da prisão em flagrante. No caso concreto, deverá levar em consideração todos os critérios já esboçados neste trabalho, verificando a legalidade do flagrante e a observação dos elementos legais e formais que permeiam o procedimento desta prisão. Da mesma forma, caso julgue necessária a conversão da prisão em flagrante em ou preventiva, deve indicar todos os fundamentos e requisitos para a prisão cautelar já abordados.

Assim, apesar da necessária caracterização do requisito do *fumus comissi delicti*[69], tendo em vista que, via de regra, a prisão em flagrante é efetuada pela certeza da prática de ato delituoso, o fundamento do *periculum libertatis* ainda deve ser aduzido de forma clara, devendo ser apresentada, de forma fundamentada, a presença de ao menos um, dos elementos prescritos no art. 312 do Código de Processo Penal[70], baseando-se o juiz em dados concretos – não aceitas presunções ou especulações não factíveis – quanto ao caso em análise.

Mesmo assim, quando efetuar a análise do caso concreto, ainda que seja fundamentado o *periculum libertatis*, deverá o juiz, ante os princípios também aqui anteriormente abordados, procurar a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, conforme redação do art. 310, II[71], reservando-se à prisão cautelar o seu *status* natural de *ultima ratio* do direito criminal. Não estando presentes os requisitos necessários, deverá o acusado ser posto em liberdade.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

69 "O *fumus comissi delicti* não constitui o maior problema, na medida em que o próprio flagrante já é a visibilidade do delito, ou seja, já constitui a verossimilhança de autoria e materialidade necessárias neste momento." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 635.

70 "O ponto nevrálgico é a avaliação da existência de periculum libertatis, ou seja, a demonstração da existência de um perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 635.

71 Ver nota 68.

Nota-se que se trata de um "sistema rígido" para o implemento de qualquer prisão cautelar em um caso concreto. E isto se insere, como corolário lógico e derivativo natural da regra constitucional onde a liberdade é a regra e a prisão, exceção.

Além disso, o texto legal reserva especial tratamento para aqueles indivíduos presos em flagrante que tenham praticado crimes sob a égide das causas excludentes de ilicitude[72]. Desta forma, deverá o juiz conceder a liberdade provisória, sendo que, mesmo nos casos em que não seja possível a comprovação indubitável da excludente de ilicitude, a liberdade provisória deve ser deferida de pronto, observado o princípio do *in dubio pro reo*, não sendo ônus do acusado comprovar a condição de licitude do ato praticado[73].

2.2.2 Prisão temporária

Neste momento passa-se à análise da prisão temporária, que encontra previsão na Lei n. 7.960/1989. Observa-se do texto legal que a prisão temporária é cabível quando, cumulativamente, for imprescindível para as investigações, apenas no curso do inquérito policial, não tiver o acusado residência fixa ou não fornecer elementos suficientes para comprovar sua identidade e quando houver indícios de sua participação nos crimes arrolados no art. 1º, III[74] e alíneas do referido diploma legal.

Há diversos questionamentos sobre a constitucionalidade da prisão temporária, não havendo consenso sobre o assunto. Em princípio, o instituto estaria de acordo com a constituição pois regularmente previsto em lei implementada pela autoridade competente.

---

72 Ver nota 68.

73 "Não se pode exigir, para tanto, prova plena da excludente, mas apenas uma fumaça suficiente, sendo inclusive, neste momento, invocável o in dubio pro reo, considerando que a prisão preventiva é medida extremamente grave e último instrumento a ser utilizado, havendo indícios mínimos de ter o agente cometido o delito em legítima defesa, por exemplo, não é necessária nem proporcional a prisão." "O ponto nevrálgico é a avaliação da existência de *periculum libertatis*, ou seja, a demonstração da existência de um perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 635.

74 "Art. 1° Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:" BRASIL. **Lei N. 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 22 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Entretanto, notam-se inúmeras críticas acerca da sua constitucionalidade, fundadas sobretudo no ao princípio constitucional da presunção de inocência[75].

Ainda, aumenta a controvérsia, o fato de que a prisão temporária foi criada por meio da medida provisória n. 111/1989, em tese violando o comando do art. 22, I, da Constituição. Teria desta forma criado o Poder Executivo novo tipo penal por meio de medida provisória. Sua posterior conversão em lei não sanaria o vício de origem[76].

No que pese as importantes críticas acima elencadas, uma vez que a prisão temporária tem sua aplicação referendada pela prática jurisprudencial, será abordada pelo plano de sua eficácia prática no direito brasileiro.

Diferentemente da prisão preventiva, que será analisada a seguir, a prisão temporária tem prazo máximo definido em lei[77], de cinco dias, sendo prorrogável por igual período. A exceção para esta regra são os delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos, cujo prazo poderá chegar a trinta dias, prorrogável por igual período[78]. Cabe lembrar que os prazos de que tratam a legislação referem-se ao máximo possível de aplicação, podendo o juiz implementar a prisão temporária em menor medida.

---

75 "Como se trata de prisão decretada na fase do inquérito, ela se inscreve na modalidade de 'prisão cautelar', embora sem o *fummus boni iuris* e até mesmo o periculum in mora. (...)Mas, em face do princípio de que ninguém pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória, elevado à dogma constitucional, não faz sentido restringir a liberdade ambulatória do cidadão sem a demonstração de sua real necessidade." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal'.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 529.

76 "Outro detalhe importante é que a prisão temporária possui um defeito genético: foi criada pela Medida Provisória n. 111, de 24 de novembro de 1989. O Poder Executivo, violando o disposto no art. 22, I, da Constituição, legislou sobre matéria processual penal e penal (pois criou um novo tipo penal na Lei n. 4898), através de medida provisória, o que é manifestamente inconstitucional. A posterior conversão da medida em lei não sana o vício de origem." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 692.

77 "Art. 2° A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade." BRASIL. **Lei N. 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 22 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

78 "Art. 2º (...)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade." BRASIL. **Lei N. 8.072, de 25 de Julho de 1990**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

Além disso, é vedada a implementação de prisão temporária, ou mesmo sua manutenção, após encerrado o inquérito policial[79], já que o seu fim mesmo é a necessidade de constrição cautelar com o intuito de garantir o efetivo desenvolvimento do procedimento inquisitorial.

Assim como todas as outras hipóteses de prisões cautelares, bem como ocorre com as medidas cautelares diversas da prisão, deve ser observada a necessidade e adequação da constrição cautelar, bem como o requisito do *fumus comissi delicti* e o fundamento do *periculum libertatis*.

Na prisão temporária, o *fumus comissi delicti* encontra-se delineado no comando do art. 1º, III. Ao contrário da prisão preventiva, que exige a razoável probabilidade da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria – conforme será abordado em momento oportuno –, a prisão temporária só requer a existência de "fundadas razões", com base em qualquer elemento de informação em investigação criminal[80], sendo tal medida limitada ao rol taxativo do mesmo diploma legal[81].

Da mesma forma, deve estar presente o fundamento do *periculum libertatis*, materializado – de forma diversa do que ocorre com as outras prisões cautelares –, não na liberdade do imputado oferecer perigo, mas sim no fato de a sua segregação ser imprescindível para as investigações em âmbito inquisitorial.

Ademais, para a implementação da prisão temporária, seria necessário que estivessem incluídos todos os requisitos previstos nos incisos do art. 1º, a serem aplicados cumulativamente, com a imprescindível necessidade para que sejam levadas a cabo as investigações (inciso I), e havendo fundada razão de autoria ou participação em ao menos um

---

79"A prisão temporária possui uma cautelaridade voltada para a investigação preliminar e não para o processo. Não cabe prisão temporária (ou sua permanência) quando já tiver sido concluído o inquérito policial. Então, se já houver processo ou apenas tiver sido oferecida a denúncia, não pode permanecer a prisão temporária." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.**13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 695.

80"A fumaça do bom direito é, pois, necessariamente indispensável. Não se trata da prova da existência de um direito, mas da sua aparência. Na cautelar há um juízo de probabilidade e que se justifica ante a impossibilidade de o homem conhecer a certeza absoluta. Na hipótese em exame, onde estará o fumus boni iuris? Responda-se com o próprio texto legal:(…) na prática de um daqueles crimes elencados no inc. III do art. 1º da citada lei." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal'.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 535.

81 "Na continuação, a Lei n. 7.960 enumera 14 crimes, que vão do homicídio doloso aos crimes contra o sistema financeiro. É um rol bastante amplo e abrangente e, importante frisar, taxativo. É pacífico que a prisão temporária por crime que não esteja previsto naquele rol do inciso III é completamente ilegal, devendo imediatamente ser relaxada." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 695.

dos crimes listados (inciso III), uma vez que a ausência de residência fixa ou de elementos bastantes para identificação do agente (inciso II) estariam englobados necessariamente pela hipótese do inciso I[82] [83].

2.2.3 Prisão especial

Concluída a análise da prisão temporária, aborda-se agora o estudo de outra forma de prisão cautelar prevista na legislação brasileira, a prisão especial.

O instituto da prisão especial encontra-se previsto no art. 295[84] do Código de Processo Penal, contando com diversos incisos que instituem o rol de cidadãos aos quais a medida se destina. Também há divergências sobre sua natureza jurídica, se espécie de prisão cautelar ou se forma especial de cumprimento de preventiva. Para os fins da presente pesquisa, será utilizado o referencial de Aury Lopes Jr. que conceitua a prisão especial como forma de cumprimento da prisão preventiva.

Assim, a prisão especial consiste em alternativa substitutiva a ser aplicada nos casos de prisão preventiva[85], sendo forma diferente de cumprimento da restrição à liberdade

---

82 "Pensamos, por isso mesmo, que devem estar presentes, necessariamente, tanto a situação do inciso I, imprescindibilidade para a investigação policial, quanto aquela do inciso III. A hipótese do inciso II, repetimos, já estaria contemplada pela aplicação do inciso I. Assim, a prisão temporária somente poderá ser decretada se e desde que presentes também os requisitos tipicamente cautelares (indícios de autoria e prova da materialidade), seja imprescindível para as investigações policiais e se trate dos crimes expressamente arrolados no inciso III do art. 1º; para outros, ali não mencionados, a única prisão cautelar possível seria a preventiva, nunca a temporária." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

83 No mesmo sentido: "O inciso II (…) é completamente contingencial, ou seja, sozinho não autoriza a prisão temporária e sua combinação apenas com o inciso I ou apenas com o inciso III não justifica a prisão temporária. Mais do que isso, o inciso II acaba sendo absorvido pela 'imprescindibilidade' do inciso I, sendo logicamente redundante.

Em suma: a prisão temporária somente poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações previstas nos incisos III e I. A situação descrita no inciso II apenas reforça o fundamento da prisão, logo, pode haver prisão temporária pela conjugação dos três incisos.

Todas as demais combinações não autorizam a prisão temporária." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.**13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 697.

84 "Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva" BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

85 "A chamada 'prisão especial' não é uma modalidade de prisão cautelar, senão uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva. Algumas pessoas, em razão do cargo ou função que ocupam, da qualificação profissional, ou mesmo pelo simples fato de terem exercido a função de jurado (...), gozam da prerrogativa de serem recolhidas a locais distintos da prisão comum." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.**13. ed. -São Paulo: Saraiva, 2016. p. 700-701.

aplicada, incabível nos casos de prisão-pena, com sentença penal condenatória transitada em julgado[86]. Por motivos didáticos, será abordada agora e não em conjunto com a prisão preventiva.

Tal forma de cumprimento da prisão preventiva é aplicada a determinados grupos de cidadãos, descritos taxativamente no artigo acima referido, ou ainda em legislação extravagante, que consolida o direito já garantido pela redação do Código de Processo Penal, ou dá maior dimensão à possibilidade de prisão especial. Podem ser citados como exemplos a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura), a Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), dentre outras.

Conforme previsto no §2º do art. 295, do Código de Processo Penal, caso inexistente estabelecimento para alojamento de preso em prisão especial, o acusado poderá ser encaminhado para estabelecimento de prisão comum em cela distinta. Tal comando não se aplica ao advogado, que será recolhido à sala de Estado-Maior, ou conduzido à prisão domiciliar caso a primeira opção não seja possível[87].

Da mesma forma, necessário fazer aqui breve parêntese acerca da prisão domiciliar, que também pode ser entendida como forma de cumprimento da prisão preventiva. Assim como acontece com a prisão especial, a prisão domiciliar encontra, nos arts. 317 e 318[88] do

---

86 "O referido dispositivo refere-se às prisões provisórias, ou seja, às prisões cautelares, não se aplicando àquelas resultantes de sentença penal condenatória passada em julgado, também tratadas como definitivas." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 578.

87 "Assim, prevalece o entendimento do STF e aos advogados não se aplicam as restrições inseridas no art. 295, CPP, de modo que ou ficam recolhidos à sala de Estado-Maior (cuja definição também é dada pelo acórdão do STF na Reclamação 4.535) ou, na sua falta, em regime de prisão domiciliar." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.**13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 701.

88 "Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for.

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

IV – gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

Código de Processo Penal, a previsão dos casos em que poderá ser determinada, em rol taxativo com a qualificação daqueles que podem se beneficiar com a medida.

2.2.4 Prisão preventiva

A última espécie de prisão cautelar abordada nesta pesquisa é a prisão preventiva, que encontra previsão legal no art. 311[89] e seguintes do Código de Processo Penal.

Conforme preconiza o texto legal, pode ser decretada a prisão preventiva em qualquer fase do inquérito ou da ação penal. Assim como ocorre com as demais medidas cautelares, devem estar presentes o requisito do *fumus comissi delicti* e o requisito do *periculum libertatis* para que seja possível sua implementação.

Sobre o requisito do *fumus comissi delicti* no caso concreto, o juiz deve sempre verificar a razoável probabilidade de o acusado ter ou não cometido o delito, devendo todos os indícios positivos de conduta delituosa – tipicidade, ilicitude e culpabilidade –, estarem aliados com a ausência de indícios negativos – exclusão de culpabilidade, ou exclusão de ilicitude[90] [91].

Ademais, como fundamento para a decretação da prisão preventiva, deve estar presente, no caso concreto, o *periculum libertatis*, o risco que a liberdade do agente pode com o intuito de, conforme prevê o art. 312 do Código de Processo Penal, "garantia da ordem

---

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

89 "Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

90 "Interpretando as palavras de CARNELUTTI, requisitos positivos do delito significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição etc.)" LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.**13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 649

91 "Por essa razão, e como regra, quando o juiz, pelas provas constantes dos autos, constatar ter o agente praticado o fato em legítima defesa, ou estado de necessidade, ou qualquer outra excludente de ilicitude (art. 23, CP), não será decretada a prisão preventiva, nos termos do art. 314 do CPP." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 553.

pública, da ordem econômica, por convenção da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal".

a) da garantia da ordem pública

A definição do conceito de "ordem pública" é por demais abrangente e encontra inúmeras interpretações na literatura jurídica e na jurisprudência brasileiras. O texto de lei, sem trazer indicação concreta ao que seria a "ordem pública", abriu margem para as mais diversas interpretações.

Uma delas, adotada por Tourinho Filho, seria a de que a ordem pública seria a paz da sociedade, seu estado tranquilo e imperturbado, sendo que haveria violação do agente a partir do momento que suas ações quebrassem esta tranquilidade, agindo ele de forma reiterada com o claro intuito de fazê-lo[92]. De forma ainda mais abrangente, Hélio Tornaghi ensina que, não apenas ofende a ordem pública aquele que pratica crimes de forma reiterada, ou que atinja a incolumidade do Estado ou de grupo de pessoas, mas também aquele que pratique crimes contra particulares[93].

Em perspectiva mais atual e de forma a compreender melhor os fundamentos aplicáveis sobre a garantia da ordem pública no caso concreto, utiliza-se a observação feita por Eugênio Pacelli sobre o tema, asseverando que a jurisprudência caminha no sentido de interpretar o risco à ordem pública como uma razoável probabilidade de reiteração delitiva adida da gravidade e repercussão do fato criminoso:

> *No Brasil, a jurisprudência, ao longo desses anos, tem se mostrado ainda um pouco vacilante, embora já dê sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhada do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão.* [94]

92 "Ordem pública, enfim, é a paz, a tranquilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia ao crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal'.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 486.

93 "Da mesma forma que põe em perigo a paz pública quem faz apologia de crime, quem incita ao crime, quem se reúne em quadrilha ou bando, ainda que contra indivíduos (...), assim também atenta contra a ordem pública e deve ser preso preventivamente quem se prepara para cometer crime contra particular. Na verdade, 'o atentado contra um é ameaça contra todos' e a ordem pública se sente convulsionada." TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

94 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556.

Também não é estranha à jurisprudência a afirmação de que a credibilidade das instituições públicas pode fundamentar a lesão à ordem pública[95], devendo-se reconhecer, entretanto, a impossibilidade de aplicação da referida interpretação, já que naturalmente, as instituições não são frágeis ao ponto de necessitarem de tal tutela, nem é a prisão preventiva instrumento hábil para fazê-lo[96].

A sabedoria popular, senso comum, insiste que "de boas intenções o inferno está cheio". Então, não importa ao direito que as intenções de seus aplicadores sejam, em seus íntimos, das melhores – e nem isto aqui se questiona. Mas é, no mínimo ilegítimo, que em uma busca exasperada pelo empoderamento dos órgãos estatais de controle, sejam postas de lado as garantia individuais dos cidadãos sob pena de abstrair a força normativa da Constituição neste particular. No processo penal inserido em uma perspectiva democrática, incumbe-se apenas seu quinhão de instrumentalidade para aplicar, idoneamente, a lei penal, respeitando-se os direitos e liberdades individuais, deixando aos órgãos competentes o enfrentamento da criminalidade[97].

Da mesma forma, é questionável a construção de que o mero risco da reiteração delitiva possa fundamentar a violação da ordem pública. Isto porque é impossível ao juiz comprovar, configurando, neste sentido, indevida especulação, a efetiva possibilidade de cometimento de novo crime pelo acusado, acabando por imbuir como objetivo da medida fins alheios ao processo penal[98].

A razão precípua de ser da tutela cautelar é a sua necessidade para o regular desenvolvimento do processo penal. Entretanto, e como pode se notar quando comparada a outros dois fundamentos dos quais dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal – a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal – a prisão cautelar, quando

95 "Em outra oportunidade, ressaltou-se ali, no Plenário da Suprema Corte, que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas poderia servir de fundamento idôneo para fins de decretação de prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 558

96 "Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para este fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 649.

97 Neste sentido, cf. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

98 "No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal." LOPES JUNIOR, Aury**. Direito Processual Penal.**13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 667.

voltada para a proteção à ordem pública tem fim eminentemente social. O subterfúgio é de se proteger a coletividade, não o processo[99].

Em análise mais aprofundada, seria possível até mesmo reconhecer a inconstitucionalidade da prisão preventiva[100] quando fundamentada na necessidade de acautelamento da ordem pública, pois inobservado o princípio da legalidade e da presunção de inocência, assumindo a prisão preventiva verdadeiro contorno de pena antecipada.

b) da garantia à ordem econômica

O segundo fundamento para a decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem econômica. O texto que inseriu o referido comando adveio da Lei n. 8.884/1994, a denominada Lei Antitruste, de forma a evitar a intranquilidade da ordem econômica, ou ainda o risco de reiteração de prática que ameace a higidez do Sistema Financeiro Nacional[101].

Entretanto, ainda que com a devida previsão legal, existem críticas acerca de sua aplicação. Dada a natureza das possibilidades de lesão à ordem econômica, carece de sentido falar que a prisão preventiva seja o instrumento adequado a ser aplicado[102].

Nos casos em que exista ameaça de lesão à ordem econômica, não é necessário que o agente seja encarcerado, basta que sejam retirados de seu alcance o instrumento para o

---

99 "Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 556.

100 "Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a 'fazer justiça', mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através 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." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 662.

101 "(...) tal fundamento foi inserido (...), para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultuosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 652.

102 "Sem embargo, é uma medida esdrúxula. Sua esdruxularia repousa na circunstância de não ser ela a medida ideal para coibir os abusos contra a ordem econômica. Antes, tem acentuadas e inequívocas funções repressivas." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal'**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 487.

cometimento do delito[103]. O bloqueio de ativos, ou a suspenção da capacidade empresarial, por exemplo, parecem muito mais úteis ao fim proposto, sem contar que é medida bem menos danosa à liberdade do indivíduo, que deve ser mantida como *ultima ratio*.

Por fim, assim como ocorre com a prisão preventiva fundamentada no risco à ordem pública, a constrição cautelar aplicada com base na proteção à ordem econômica também seria inconstitucional, pelos mesmos motivos anteriormente expostos, uma vez que não tem como fim o processo, mas sim a suposta proteção à coletividade.

c) da conveniência da instrução criminal

A prisão preventiva fundamentada na conveniência para a instrução criminal tem sua razão de ser quando, sem ela, estaria posta em risco a busca por esclarecimentos do fato delituoso de forma a instruir o processo e auxiliar na formação da convicção do juiz. Seria cabível quando o acusado, por exemplo, tentar destruir provas, coagir testemunhas, tentar modificar a cena do crime e quaisquer outras ações que tenham o fim de prejudicar a colheita e produção de elementos de informação ou manipular indevidamente a instrução processual[104].

Entretanto, não pode ser implementada a prisão preventiva embasada na conveniência da instrução criminal para, por exemplo, se interrogar o acusado, uma vez que já existe outro mecanismo que supre tal necessidade, a condução coercitiva prevista no art. 260[105] do Código de Processo Penal.

Lopes Jr. chega a afirmar que, como o interrogatório é momento de defesa, não há qualquer justificativa para esta prisão cautelar. Seria, assim, ilegal a prisão do acusado para

---

103 "Se o risco é contra a ordem econômica, a medida cautelar mais adequada seria o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Parece-nos que é dessa maneira que se poderia melhor tutelar a ordem financeira, em que há sempre o risco de perdas econômicas generalizadas." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 555.

104 "Assim, por exemplo, se o acusado, em liberdade, está destruindo provas, corrompendo testemunhas, influenciando peritos etc., a prisão é conveniente à instrução criminal. Não a justifica, porém, o comodismo, a facilidade de ter o acusado sempre à mão." TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 94.

105 "Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Parágrafo único. O mandado conterá, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que Ihe for aplicável." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

obriga-lo a participar de ato procedimental de auto defesa, uma vez que se violaria seu direito ao silêncio[106].

d) Para assegurar a aplicação da lei penal

Esta modalidade de prisão preventiva pode ser implementada quando há razoável probabilidade de evasão do acusado de forma a frustrar a aplicação da lei penal, resguardando-se, desta forma a eficácia do fim último do processo, a sentença, caso o agente venha a ser condenado.

Além disso, o risco de fuga do acusado não pode ser presumido, deve existir indicação de um perigo em concreto que, caso mantido em liberdade, realmente venha a evadir-se do distrito da culpa e frustrar a aplicação da lei penal[107].

2.2.5 Principais conclusões ou outros aspectos das prisões preventivas

Importante ressaltar que, apesar de os fundamentos da conveniência da instrução criminal e guarda da aplicação penal serem meios coerentes de constrição cautelar, já que tutelam o processo – e mesmo na hipótese de proteção à ordem pública ou econômica, amplamente aceitos pela jurisprudência – todos eles devem ser fundamentados de forma adequada, observada base fática e justificada em seu substrato normativo.

Com maior razão diante da gravidade e solenidade com as quais devem ser enfrentadas a privação de liberdade de um cidadão, sendo incompatíveis com o ordenamento jurídico as decisões genéricas e insuficientemente fundamentadas[108], desprovidas dos elementos necessários à sua própria validade.

---

106 "Isso porque, no primeiro caso, (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como 'objeto de prova', fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obriga-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere*." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 652-653.

107 "(...) em última análise, é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penalpor impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**.13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 653.

108 "Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar." TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 94.

Sobre os demais dispositivos que regulam a prisão preventiva, pode-se observar que ela também é cabível quando descumpridas medidas cautelares diversas da prisão (art. 312, parágrafo único), devendo sempre o juiz se atentar aos princípios e fundamentos já exaustivamente discutidos, optando sempre por manter a prisão como *ultima ratio* do sistema cautelar, aplicando cumulativamente outras medidas, ou ainda transformando-as em mais gravosas, ainda evitando a restrição de liberdade.

Já o parágrafo único do art. 313 também autoriza a constrição cautelar nos casos de haver dúvida sobre a identidade do agente, ou ainda que este não ofereça elementos bastantes para esclarecê-la. Da mesma forma, só poderá ser decretada a prisão preventiva em casos de crimes dolosos – nunca crimes culposos –, e que tenham pena cominada máxima superior a 4 anos (art. 313, I). Além disso, nos casos de crimes praticados em concurso, aplica-se a regra dos crimes em concurso material, formal ou crime continuado ao caso concreto e se a pena máxima cominada for maior que 4 anos, é possível a prisão preventiva[109].

Outra previsão da prisão preventiva é nos casos de violência doméstica, de forma a se garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, III). Pontualmente, importante citar divergência que defende tanto a impossibilidade de prisão preventiva embasada no referido dispositivo legal, nos casos de crime com pena máxima cominada inferior a 4 anos[110], quanto a possibilidade da medida[111].

Por fim, preconiza o art. 314 do Código de Processo Penal que, em nenhuma hipótese, será decretada a prisão preventiva caso existam indícios de o acusado ter praticado o crime sob a égide de uma causa de exclusão de ilicitude – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito.

---

109 "(...) no caso de concurso material de crimes, somam-se as penas máximas, e no concurso formal ou crime continuado, incide a causa de aumento no máximo e a de diminuição, no mínimo. Em qualquer caso, se a pena máxima obtida for superior a 4 anos, está cumprido este requisito." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.**13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 656.

110 "Infelizmente, por mais nobre que fosse a intenção de tutelar a mulher que sofre violência doméstica, a disciplina legal é péssima, estabelecendo-se obstáculos sistêmicos insuperáveis para que se cogite da possibilidade de uma prisão preventiva só com base nesse inciso." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.**13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 652.

111 "De modo que regra geral da exigência de crimes dolosos com pena privativa da liberdade superior a quatro anos para a decretação da preventiva se refere à modalidade autônoma desta cautelar, não contemplando as situações do art. 313, II e III, e demais exceções aqui apontadas." PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 561.

2.3 INEXISTÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA NA CONSTRIÇÃO DE LIBERDADE DOS CIDADÃOS

A reforma trazida pela Lei n. 12.403/2011 trouxe relevantes modificações ao processo penal brasileiro, principalmente para consagrar a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema cautelar, além de suprir a necessidade de determinação legal para as medidas cautelares diversas da prisão, já que anteriormente só havia previsão legal ou para a manutenção da prisão preventiva ou para a liberdade provisória[112].

Assim, preenchendo o espectro entre os extremos da constrição cautelar e a liberdade provisória, agora existem medidas cautelares diversas da prisão (art. 319[113]), as quais devem ser aplicadas pelo juiz, seguindo-se tudo o que já foi anteriormente exposto sobre a necessidade de presença dos requisitos do *fumus comissi delicti*, e do *periculum libertatis*,

112 "A grande novidade, contudo, foi a eliminação de um insuficiente sistema bipolar de medidas cautelares pessoais, que funcionava apenas com os extremos opostos da prisão preventiva e da liberdade provisória." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas**. Revista do Advogado: A Reforma do Processo Penal, São Paulo, v. 31, n. 113, p.71-82, set. 2011.

113 "Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica." BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

sendo que aplicáveis a elas também todos os requisitos normativos referentes à prisão preventiva[114].

Anteriormente à taxação legal destas medidas cautelares diversas da prisão, ante a inexistência de medidas mais adequadas ao acautelamento da ação penal, foram introduzidas pela *praxis* jurídica medidas não previstas em lei, sob o manto do chamado poder geral de cautela[115], uma vez que aplicadas *in bonam partem* ao indivíduo, suprindo-se, jurisprudencialmente, uma lacuna legislativa.

Naturalmente, há maior preocupação em processo penal sobre a taxatividade legal das medidas invasivas aos cidadãos, em especial sobre tudo o que diz respeito à sua liberdade de ir e vir. Isso decorre da própria leitura do art. 5º, II, XXXIX e XLVI, "a"[116], da Constituição, onde é expressa a normatividade sobre o princípio da reserva legal em matéria penal.

Com isto, resta definir se, considerado o princípio da estrita legalidade em matéria processual penal, e diante da nova previsão legal taxativa das medidas cautelares diversas da prisão, caberia a aplicação do poder geral de cautela pelo juiz por analogia, aplicando ao caso concreto medidas não previstas expressamente em lei, sobretudo as que viessem a restringir a liberdade do cidadão.

Evidentemente, há aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no processo penal, de forma supletiva, no que couber. Contudo, diante da complexidade do tema, a

---

114 "A medida alternativa somente deverá ser utilizada quando cabível a prisão preventiva, mas, em razão da proporcionalidade, houver outra restrição menos onerosa que sirva para tutelar aquela situação." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 674.

115 "Diante disso, começaram a surgir decisões que, por exemplo, revogando uma prisão preventiva, impunham 'condições' ao imputado, tais como entrega de passaporte, restrição de locomoção, dever de informar viagens etc. No mais das vezes, tais medidas vinham decretadas a título de 'poder geral de cautela'." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 601.

116 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

(...)XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;" BRASIL. Constituição (1988).". **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

resposta não pode ser abordada por uma perspectiva reducionista, com simplificações inadequadas.

Inicialmente, é importante entender a definição do que seria poder geral de cautela. Para Piero Calamandrei, o poder cautelar geral consiste na possibilidade de ação do juiz, de forma a impedir o dano que ocorreria fosse seguido o procedimento ordinário, aplicando ao caso os meios que melhor se adequem, quando tais medidas não gozarem de previsão legal[117].

Com o advento do novo Código de Processo Civil, também é previsto na legislação a possibilidade de o juiz lançar mão de medidas cautelares não previstas no ordenamento jurídico de forma a dirimir a tutela provisória no caso concreto[118]. Com efeito, inexiste previsão de quais medidas poderá o juiz utilizar na tutela cautelar, valendo-se de quaisquer que repute adequada.

Pela própria redação do permissivo legal apresentado no Código de Processo Civil acerca do poder geral de cautela, nota-se que não há limite pré-determinado para o poder decisório do juiz relativamente à aplicação de medidas cautelares. Entretanto, em via diametralmente oposta – corporificada pela reforma processual de 2011 – o Código de Processo Penal passou a disciplinar em rol taxativo as medidas cautelares disponíveis para implementação do juiz. Evidentemente, a própria experiência legislativa, observada a evolução legal ora apresentada, reforça a consolidação no sentido de ampliar o poder geral de cautela do juiz no âmbito do processo civil, mas, ao contrário, restringi-lo em matéria processual penal.

Desta forma, conclui-se que acerca do poder geral de cautela conferido ao juiz cível, não se aplica ao magistrado em seara penal. Não existe, em matéria processual penal, poder geral de cautela, ou ações cautelares aplicáveis não previstas na legislação pertinente, sendo assim, uma vez que o direito penal constitui instrumento necessário à limitação do poder punitivo estatal, está, por este motivo, vinculado ao princípio da estrita legalidade:

117"(...)ou se, vice-versa, se deve reconhecer também no nosso direito um poder cautelar geral confiado ao juiz, exceto os institutos singulares acima enumerados, e em virtude do qual o juiz possa sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo e eliminar o perigo naquelas formas e com aqueles meios que considere oportunos e apropriados ao caso." CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares.** Campinas: Servanda, 2000. p. 77. Tradução da edição italiana de 1936 por Carla Bassi.

118"Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória." BRASIL. Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

> *No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para os "poderes gerais", pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o due process of law estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.* [119]

Noutra ponta, também existe o argumento de que as medidas cautelares diversas da prisão a serem aplicadas e não previstas em lei, mas em *bonan partem*, teriam razão de ser pois seriam menos gravosas ao cidadão que a constrição cautelar, não aplicáveis medidas outras previstas em lei. Para Gustavo Badaró, o argumento de que a aplicação do poder geral de cautela para submeter o agente a medidas restritivas não previstas em lei já era falacioso quando não existia previsão legal para as medidas cautelares diversas da prisão[120].

Havendo previsão legal apenas para a prisão cautelar, e não sendo esta a medida adequada, ante a inexistência de medidas outras, o que deveria se impor seria a liberdade do acusado. Qualquer outra restrição às suas garantias fundamentais, uma vez que não tivesse previsão legal, seria apenas subterfúgio argumentativo para reduzir seus direitos sem base formal idônea[121].

Se, ainda que com a "boa intenção" dos aplicadores do direito que defendiam a aplicação do poder geral de cautela ao processo penal, refutava-se como inconstitucionais medidas restritivas não previstas em lei, ainda mais seria agora, uma vez que a nova lei trouxe extenso rol de medidas cautelares diversas da prisão, com aplicações diversas em gravidade e extensão.

---

119 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 674.

120 "Se havia necessidade de imposição de uma medida cautelar e, se para o atingimento de tal fim, bastava uma medida – ainda que outrora sem previsão legal, como v.g. a entrega do passaporte ou o afastamento do funcionário público de suas funções – menos gravosa que a prisão, esta não seria adequada, por impor ao direito de liberdade uma restrição constitucionalmente injustificável." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado:** A Reforma do Processo Penal, São Paulo, v. 31, n. 113, p.78-79, set. 2011.

121 "Portanto, corretamente estabelecidas as premissas, não se tratava de medidas atípicas para 'beneficiar o acusado', que assim não seria preso cautelarmente; mas de medida atípica que restringia seu direito de liberdade mais que o permitido em lei, uma vez que, não sendo adequada a prisão, o acusado deveria ficar em liberdade, provisória ou plena, conforme o caso." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado:** A Reforma do Processo Penal, São Paulo, v. 31, n. 113, p.79, set. 2011.

Assim deve o juiz analisar o caso concreto para definir se há necessidade ou não de implementação das medidas cautelares, aplicáveis somente as previstas no texto legal. Caso seja cabível medida menos gravosa que aquelas previstas no rol legal, deve o agente ser posto em liberdade.

Desta forma, e ainda que existam posicionamentos diversos sobre o assunto, para os fins do presente trabalho adota-se o entendimento, de crescente expressividade entre os autores, que não há espaço para a aplicação do poder geral de cautela em matéria processual penal.

2.4 PRINCIPAIS TENSÕES SOBRE A PRISÃO CAUTELAR E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Segundo Luigi Ferrajoli, a presunção de inocência, já encontrava guarida no direito romano[122]. Aury Lopes Jr.[123], chega a mencionar os manuscritos de Trajano que, em tese, consagrariam institutos jurídicos semelhantes e análogos ao que hoje se concebe como presunção de inocência.

Entretanto, é possível obter interpretação diversa que, em análise dos institutos processuais romanos e pela constante aplicação da presunção de culpa, que permeava o processo daquela sociedade, não poderia ser cogitada a existência de presunção de inocência àquela época[124].

Aparte dessa controvérsia, na idade média teria ocorrido a acentuada redução das supostas conquistas jurídicas alcançadas pelo direito romano. Desde a adoção das ordálias pelos povos bárbaros[125], até a lógica da inquisição ocorrida durante a baixa Idade Média[126], nota-se o ranço do modelo inquisitivo, fundamentado basicamente na presunção de culpa.

---

122 “Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado (...).”FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal**.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

123 “A presunção de inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano) (...).”LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 94.

124 “Assim, pela potencializadora interação entre a constante presunção de culpa que informava todos os modelos processuais romanos e a construção de um direito penal do inimigo, chega-se à conclusão de que por toda essa fase histórica não se pode afirmar que a presunção de inocência tenha sido sequer encetada.” MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 39.

125 “No período medieval das ordálias, um segundo instante dessa fase histórica, a própria constatação da existência da presunção de culpa, como ideário para, na dúvida, submeter os acusados ao ‘juízo de deus’,

Com o advento dos ideais iluministas e a modificação da forma de se ver, e consequentemente tratar, o indivíduo, pela primeira vez aparece em texto legal escrito a presunção de inocência, no art. 9[127] da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Já no direito brasileiro, a positivação do princípio da presunção de inocência – ou de não-culpabilidade –, deu-se apenas com a promulgação da Constituição da República, em 1988. Evidentemente, já havia um estatuto de proteção aos cidadãos neste sentido. Contudo, somente naquela data foi o princípio alçado ao seu *status* constitucional com expressa força normativa[128].

Desta forma, encontra-se previsto no art. 5º, LVII, da Constituição, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", em notável semelhança com o que prevê também a Constituição italiana de 1948 em seu texto: "*l'imputato non è considerato colpevole sina ala candanna definitiva*".

Pode-se notar, entretanto, que o texto constitucional tem redação diversa da expressão largamente utilizada de "presunção de inocência". Na verdade, aquele texto referido no art. 5º, LVII, da Constituição traz a ideia de não-culpabilidade do cidadão, não obstante sejam os

---

expunge qualquer possibilidade de se tentar inserir aquele preceito humanitário." MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

126 "(...) o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 506

127 "Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei." **DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016

128 "Somente com a Constituição de 1988 o princípio da presunção de inocência recebeu expressa previsão no ordenamento jurídico nacional. Até então, embora parte da doutrina o considerasse como um princípio implícito ou inerente ao processo penal brasileiro, não havia nenhuma previsão explícita." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 287.

referidos termos tomados aqui como expressões equivalentes[129], constituindo verdadeiro "exercício em futilidade" a tentativa de sua separação, do ponto de vista do processo penal.

A presunção de inocência, aplicada ao processo penal, constitui regra de tratamento ao acusado. Não poderá ele ser alvo de quaisquer medidas que mitiguem o seu direito de, até o momento da sentença irrecorrível, ser tratado como juridicamente inocente. Para Lopes Jr. este dever de tratamento se manifesta em duas esferas, interna e externa ao processo.

Na primeira, a presunção de inocência constitui dever do juiz, que deixa a cargo do órgão acusatório o ônus de comprovar a culpa do réu, e não de este provar a sua inocência, bem como limita – ou deveria – a imposição de medidas cautelares que restrinjam a sua liberdade[130]. Já a segunda, exige do juiz a proteção contra a publicidade desnecessária do acusado, prevenindo-se o julgamento midiático e a estigmatização do réu que, sem sentença penal condenatória transitada em julgado, é considerado juridicamente inocente[131].

Assim, a presunção de inocência se constitui como postulado, com capacidade de imbuir sua eficácia até mesmo como regra de julgamento do acusado. Afinal, uma vez que o ônus da prova em processo penal recai sobre o órgão acusador, sendo este incapaz de provar a culpa do acusado, ele será por consequência inocente juridicamente. Também diante da dúvida, inocente o réu.

Entretanto, ocorre com frequência na praxe forense que, em alguns casos, a liberdade do cidadão seja mitigada sem que exista condenação em definitivo[132] e é com relação a isto que agora segue a presente discussão.

---

129 "Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Procurar distinguir ambas é uma tentativa inútil do ponto de vista processual." BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 287.

130 "Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (...)."LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96-97.

131 "Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

132 Não somente nas hipóteses das prisões cautelares, mas atualmente, com a surpreendente virada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, já que no Habeas Corpus n. 126.926 construiu *leading case* com novo entendimento sobre a possibilidade de execução antecipada da pena após acórdão condenatório em segunda instância, entendimento este confirmado no julgamento da ADC n. 43, julgado em 2016

A presunção de inocência não impede a adoção de medidas cautelares de prisão. Todavia, a Constituição condiciona o juiz, que deve sempre utilizar de meios claros para aplicação da limitação, vedado, em qualquer momento, a antecipação de pena, sendo necessária a proporcionalidade da restrição de liberdade [133].

De todo modo, é impossível que a prisão cautelar se assemelhe à prisão pena[134]. A prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória constitui certa relativização da presunção de inocência no sentido de se recolher ao cárcere aquele que ainda não foi condenado por meio do devido processo legal para tanto.

Assim, quando imposta a segregação cautelar a um cidadão que, ainda que preso, deve ser considerado inocente já que, como explicado anteriormente, a presunção de inocência constitui um dever de tratamento. Tal segregação deve ser o mínimo possível semelhante à segregação que é imposta aos condenados[135].

Outro contraponto de discussão necessário é a forma como as autoridades responsáveis tratam o encarceramento provisório no Brasil. Segundo estudo publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2014, 41% da população carcerária do Brasil, número reduzido para 32% se descontados as prisões domiciliares, era constituída de cidadãos em regime de constrição cautelar sem condenação definitiva[136].

A forma como ocorre a aplicação de prisões cautelares não é exclusividade brasileira. Na verdade, dados semelhantes podem ser encontrados em outros países da América Latina. Observando o estudo acima referido, pode-se notar que na Argentina, 50,3% da população carcerária é de presos provisórios enquanto que no México o montante cai para 42,6%.

---

133 "De qualquer sorte, toda providência ou restrição que importe em antecipação da condenação, ou de sua execução parece vedada ao legislador. Fundamental no controle de eventuais conformações ou restrições é a boa aplicação do princípio da proporcionalidade." MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 543.

134 "De acordo com o que vimos, embora a prisão preventiva constitua uma limitação ao princípio da inocência, essa agravante deve ser a mais limitada, excepcional e restrita possível. Portanto, deve-se evitar, tanto quanto possível, que a prisão preventiva assemelhe-se a uma pena." BINDER, Alberto M.. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 152.

135 "Quando a prisão preventiva se assemelha por completo a uma pena, perde legitimidade constitucional, do mesmo modo que perderia por falta dos requisitos fundamentais, processuais, por sua excessiva duração, o caráter não-excepcional, o caráter restritivo ou a falta de proporcionalidade." BINDER, Alberto M.. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 153.

136 DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - DMF. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

A ampla utilização de medidas cautelares restritivas é incompatível com o sistema de garantias do qual é composto o processo penal. Da forma como o instituto vem sendo utilizado no Brasil, toma-se como premissa não o sistema acusatório, mas modelo mais próximo de um Estado policialesco, com viés inquisitório.

Eugênio Raul Zaffaroni já alertava que o "inimigo" acabava por ocupar grande parte da capacidade de ação do sistema penal repressivo na América Latina, chegando-se a números de até três quartos dos presos, em regimes de constrição cautelar, o que levaria ao tratamento destes indivíduos segregados como párias, trancafiados por períodos prolongados cautelarmente[137].

Desta forma, o aspecto de cautelaridade que legitimaria a aplicação de medidas restritivas de liberdade se converte, em termo práticos, em aplicação de pena antecipada, assumindo-se por culpado o "inimigo" desde o princípio, incorrendo-se, novamente, em violação à presunção de inocência do cidadão, mascarada de forma a parecer legítima justamente por sua suposta cautelaridade[138]. A própria violação do princípio da presunção de inocência acaba por dar legitimidade à sua existência[139].

Por fim, e seguindo o comentário idílico de que só seria possível se libertar do ciclo vicioso causado pela aplicação desmedida de prisões cautelares reconhecendo-se sua característica de antecipação de pena "*y su consiguiente ilegitimidad, por mucho que parezca lejana la possibilidad de un proceso penal sin encierro preventivo*"[140], necessário citar a *teoria garantista* de Ferrajoli.

---

137 "De hecho y de derecho, ésta es la práctica de toda América Latina para casi todos los prisionizados. Este dato es fundamental para extraer conclusiones acerca del alcance de la propuesta de legitimación de um eventual trato penal diferencial em América Latina, pues esta selectividad se practica em nuestra región a los efectos de la criminalización, pero uma vez puesto em marcha este processo, todos pasan a ser tratados como enemigos, o sea, com puros encierros de contención prolongados o indefinidos." ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 107.

138 "Si bien existem otras posiciones processualistas que tienden a negar el carácter punitivo para reducir su ámbito de aplicación, no pueden eludir la inevitable lesión al principio de inocencia violado por todo el sistema penal cautelar y, además, hasta ahora no parecen tener éxito em el sano propósito de reducir su amplitud. (...) " ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 111.

139 "No se advierte, por otra parte, que al desconocerse la naturaleza penal del encierro cautelar y al tratar de racionalizarse la palmaria violacíon al principio de inocencia que inevitablemente importa, em realidade se lo legitima." ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 111.

140 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 111.

Em sua acepção de presunção de inocência, seria necessário proteger o cidadão, não resguardando-lhe apenas a liberdade, mas também protegendo-o contra o próprio Estado que, por trazer segurança ao indivíduo pela aplicação da lei, também pode acabar por exceder-se e agir de forma arbitrária[141].

Apesar de a prática dos tribunais brasileiros aceitar a prisão cautelar sem que haja ofensa ao princípio da presunção de inocência, para Ferrajoli, isso não é possível. A prisão sem o julgamento consistiria necessariamente em violação à presunção de inocência, independentemente da roupagem que viesse apresentar:

> *Portanto, essa contradição nos termos que é a prisão sem sentença definitiva pode, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição, ser suprimida. O imputado deve comparecer livre perante seus juízes, não só porque lhe seja assegurada a dignidade de cidadão presumido inocente, mas também – e diria acima de tudo – por necessidade processual: para que ele esteja em pé de igualdade com a acusação; para que, depois do interrogatório e antes da audiência definitiva, possa organizar eficazmente sua defesa; para que a acusação não esteja em condições de trapacear no jogo, construindo acusações e deteriorando provas pelas suas costas.”*[142]

Não haveria utilização da constrição cautelar como mal necessário, sendo limitada apenas à condução coercitiva do acusado, único e exclusivamente de forma a garantir que as provas do processo não fossem deterioradas[143]. A restrição de liberdade do cidadão jamais poderia se prolongar como tornou-se a prática processual brasileira.

Desta forma, ainda que aceita a necessidade de prisão cautelar de forma a garantir que o acusado não deteriorasse provas, a restrição à liberdade do indivíduo jamais poderia se prolongar como tornou-se prática no direito contemporâneo.

A restrição de liberdade, apenas como exercício de retórica, já que fundamentalmente ilegítima para o modelo garantista, deveria ser limitada por não mais que alguns dias, tempo

---

141 “(...) a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 506.

142 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 515.

143 Ferrajoli faz importante comentário acerca da tutela das provas: “Digamos imediatamente que a necessidade de prevenir a deterioração das provas não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e até mesmo a de obter-lhe a confissão no segredo da investigação.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 512.

suficientemente razoável para que o Estado, munido de todo seu aparato institucional, colha as provas que podem vir a ser modificadas pelo acusado, bem como sua imediata condução ao juiz[144]. Da mesma forma, a própria brevidade da segregação protegeria também a imagem do conduzido, limitando-se a exposição pública e especulações sobre sua índole.

Já com relação à necessidade de se acautelar a aplicação da lei penal, também seria desnecessária a prisão cautelar, ante a própria globalização do meio social contemporâneo[145], o que diminuiria as possibilidades de eventuais fugas de acusados no decorrer de investigações e processos criminais. Caso o acusado se evadisse do distrito da culpa, forçado seria à clandestinidade, uma vida se escondendo do gigante estatal e convivendo diariamente com a insegurança da captura, o que já constituiria, por si só, pena das mais severas[146]. Por fim, no caso de o agente evadir-se de forma tão perfeita que não mais fosse encontrado, estaria cumprido fim da pena que seria a ele aplicada, preserva-se a paz social e previne que volte a delinquir[147].

Assim, o modelo proposto por Ferrajoli oferece opção de apresentação do acusado e tramitação do processo penal sem que seja necessário o seu encarceramento temporário. Mesmo nos casos de crimes em que a condução coercitiva do cidadão – única possibilidade de limitação à liberdade em sede de cautelar – não seja suficiente para acautelar a prova, seu direito à liberdade ainda assim deve ser resguardado, ainda que em detrimento da proteção às provas[148], mesmo porque ao cidadão não se impõe o dever de produzir qualquer elemento de informação em seu desfavor em nenhum tipo de procedimento investigativo estatal.

---

144 "Mas uma exigência semelhante pode ser satisfeita, em lugar da custódia cautelar, pela simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário – por horas ou no máximo dias, mas não por anos – para interroga-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 513.

145 "Primeiramente é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva;" FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 514.

146 "Em segundo lugar, a opção de fuga pelo imputado, forçando-o à clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si só normalmente uma pena gravíssima, não muito diversa da antiga acqua et *igni interdictio* prevista pelos romanos como pena capital." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal**.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 515.

147 "Em terceiro lugar, supondo que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizá-lo para a tranquilidade das finalidades de prevenção do direito penal." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 515.

148 "Certamente, sobretudo para alguns crimes graves, existe o perigo de que mesmo após o primeiro interrogatório e das primeiras averiguações o imputado adultere as provas. Mas nenhum valor ou princípio é

Pode se dizer que a *teoria garantista* configura a epítome da crítica ao sistema atual de utilização da constrição cautelar. Apresenta medidas outras e soluções práticas para que os direitos individuais dos cidadãos não sejam violados. Sua principal virtude, apolínea, apresenta soluções procedimentais no plano teórico. Seu provável maior defeito, dionisíaco, presume a prestação correta e eficaz do aparato jurisdicional.

satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 515.

3 DELAÇÃO PREMIADA

"Rome ne s'est pas faite em un jour"

(Roma não foi construída em um dia – provérbio popular francês)

3.1 DELAÇÃO PREMIADA: ORIGEM, SURGIMENTO E PRINCIPAIS CONCEITOS

Em uma perspectiva histórica, marco importante sobre a construção da delação premiada como se conhece hoje é a forma como um instituto análogo é empregado e utilizado na Itália. Em um primeiro momento, e com intuito de melhor esclarecer a sua evolução naquele país, importante notar o contexto histórico no qual a delação tomou forma.

Com a unificação italiana e a criação de um Estado nacional após os anos 1860[149] criou-se um modelo nocivo de atividade delituosa no qual os criminosos utilizavam-se de prática extorsiva conseguindo benefícios ante os cidadãos. Desta forma, a chamada máfia italiana, a título de exemplo, ameaçava indivíduos com a possibilidade de cometimento de delitos afirmando, entretanto, que caso fosse paga determinada quantia, tal dano poderia ser evitado[150].

Com a expansão das atividades da máfia no século XX, bem como com a crescente onda de criminalidade organizada que atingia o país e a ocorrência de uma guerra mafiosa, houve o recrudescimento do direito repressivo, criando-se também mecanismos que possibilitassem a cooperação de agentes criminosos ante a possibilidade de atenuar-se a pena que seria a eles aplicada[151].

---

149 "No entanto, a real importância do termo ou fenômeno mafioso advém após 1860, época da unificação italiana, justamente porque esta relação patológica entre política, sociedade e criminalidade exige a ideia de um Estado com todas as suas instituições." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 12-13.

150 "Mais tarde, esses mesmos criminosos que roubavam, passaram a oferecer 'serviços de proteção' para latifundiários, arrendatários e pessoas influentes, econômica ou politicamente. (...)Veem-se chefões da máfia que se colocam no centro de uma propriedade e que dizem: garanto-lhes que aqui não haverá roubos, mas me deem um tanto por cento das suas colheitas." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13.

151 "A normatividade do aspecto sancionatório é baseada num regime duplo binário caracterizado, de um lado, pelo endurecimento das penas, seja com o aumento das já existentes, seja com a criação de novos tipos delitivos, e, de outro, por benefícios de redução da pena para os colaboradores que cumpram os requisitos exigidos pela lei." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 15.

Então, foram criados na Itália institutos de direito premial de forma a conceder benefícios àqueles agentes que decidissem colaborar com a investigação penal, além da própria dissociação de grupos criminosos, garantindo-se a eles diversas vantagens, como serviço de proteção à testemunhas para os colaboradores e suas famílias, quando necessário, redução do *quantum* da pena, e regime de pena diferenciado[152].

3.1.1 Breve contextualização da experiência italiana e o pattegiamento

Atualmente, na prática, no caso italiano, assim como ocorre no Brasil, a capacidade para ação penal pública é exclusiva do Ministério Público, por previsão constitucional[153]. Da mesma forma, cabe ao Ministério Público mover a ação penal apenas quando existentes indícios suficientes que a tornem viável[154].

Assim, em tese, de forma apolínea, pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, não seria permitido que o Ministério Público dispensasse juízo de oportunidade ou conveniência para mover a ação penal, uma vez que os critérios para que o órgão exercite o dever poder de sua propositura são eminentemente legais.

Entretanto, no cotidiano italiano, de forma dionisíaca, não é possível que o Ministério Público consiga processar todos aqueles indivíduos cujos casos merecem a atenção da tutela jurisdicional, seja pelo déficit de pessoal, seja pela ineficiência das instituições, ou ainda pela grande quantidade de delitos registrados. Tais circunstâncias fazem com que, na verdade, o Ministério Público na Itália acabe por exercer, ainda que de fato – e não de direito, pois em tese atua em desconformidade com seu texto constitucional – uma atividade discricionária da ação penal[155], levada a cabo com intuito utilitarista.

---

152 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 52-55.

153 "Art. 112**.** *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*." ITALIA. **Constituzione Italiana**. Disponível em: <http://www.governo.it/costituzione-italiana/parte-seconda-ordinamento-della-repubblica/titolo-iv-la-magistratura/2855>. Acesso em: 20 jan. 2017

154 "Tal qual no Brasil, o Parquet somente deflagra a ação penal quando estiverem presentes as condições para tanto, incluindo a justa causa (lastro probatório mínimo necessário ao ajuizamento da denúncia." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 52.

155 "Os demais delitos, que não ostentam grande reprovabilidade social, são deixados de lado, aguardando, por exemplo, o advento da prescrição. Assim, no dia a dia do Ministério Público italiano, o princípio da obrigatoriedade tem cedido lugar ao exercício discricionário da ação penal – *discrezionalità di fato dell'azione penale.*" SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. 53 p.

O Ministério Público na Itália atua ainda com poder de polícia judiciária, sendo responsável por presidir a investigação criminal[156], exercendo suas atividades não apenas com vistas a produzir provas que embasem a acusação, mas também benéficas ao investigado[157]. Contudo, caso julgue necessária a decretação de medida cautelar, ainda assim o membro do Ministério Público deve solicitar a aplicação da referida medida ao juiz competente[158].

Concluída a instrução, deverá o membro do Ministério Público oferecer denúncia, ou deixar de fazê-lo, a partir das conclusões que chegar após o inquérito. No caso de oferecimento da denúncia e seguindo-se o procedimento ordinário, será realizada audiência preliminar onde se decidirá pelo seu recebimento. Nesta oportunidade, poderá ser escolhido um dos ritos especiais. No presente trabalho, serão estudados somente os mais relevantes para a comparação dos institutos da delação premiada.

O direito negocial italiano permite não apenas que seja debatida a pena a ser aplicada ao caso concreto, mas também o rito que será utilizado. Iniciando pela possibilidade de escolha de rito, pode ser escolhido o juízo abreviado, ou rito monitório.

No juízo abreviado, o acusado abre mão de suas garantias processuais pedindo que a causa seja julgada no momento da audiência preliminar, com base nas provas juntadas aos autos até aquele momento[159]. De forma a incentivar a utilização do juízo abreviado por parte

156 "Art. 347. *Obbligo di riferire la notizia del reato. Acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto e gli altri elementi sino ad allora raccolti, indicando le fonti di prova e le attività compiute, delle quali trasmette la relativa documentazione.*" ITALIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/attivita-polizia-giudiziaria.asp>. Acesso em: 20 jan. 2017

157 "Art. 358. *Attività di indagine del pubblico ministero. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*" ITALIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/attivita-polizia-giudiziaria.asp>. Acesso em: 20 jan. 2017

158 "O Ministério Público, em contrapartida, não mais possui poderes coercitivos. (...) Caso um promotor pretenda uma medida cautelar coercitiva, deverá pleiteá-la so juízo instrutor." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 54.

159 "O juízo abreviado tem lugar ainda na fase da audiência preliminar quando o acusado – a iniciativa é dele – pede o imediato julgamento da pretensão acusatória. O imputado abdica às garantias processuais – contraditório e ampla defesa, principalmente –, aquiescendo que o Judiciário decida a demanda com lastro exclusivo nas peças de informação colhidas na fase investigatória." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. 55-56.

dos acusados, é concedida a redução de um terço da pena, ou ainda a conversão da pena perpétua por privativa de liberdade por trinta anos[160].

Já no rito monitório, o Ministério Público, ainda na fase preliminar, após o fim das investigações, apresenta ao juiz um modelo de decreto penal condenatório, com a sugestão de aplicação de pena pecuniária, ou sanção penal no mínimo legal reduzido pela metade[161].

Uma vez aprovado o decreto penal condenatório, o acusado será notificado ao passo que, não recorrendo da decisão, será condenado nos termos sugeridos pelo Ministério Público, o que demonstra a ideia negocial do instituto[162]. Por fim, caso não seja aprovado pelo juízo o decreto penal condenatório, uma vez que devem ser avaliados pelo juiz a legalidade da manifestação da acusação, bem como a existência de justa causa[163], devolve-se o direito de ação ao Ministério Público[164].

Com relação à negociação da pena, ou *pattegiamento*, que "consiste na aplicação imediata de uma pena a pedido do acusado"[165], e como a própria definição demonstra, não se procura um acordo de aplicação do rito adequado ao caso, mas sim uma verdadeira

160 "A fim de estimular o acusado a escolher o vertente procedimento, o art. 442, *comma* 2, do CPP concede-lhe as seguintes 'vantagens': redução de 1/3 da reprimenda e, se cominada para o delito a pena de prisão perpétua, a sua substituição pela sanção privativa de liberdade por 30 anos." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 56.

161 "Finda as investigações, ainda na fase preliminar, o Parquet oferece ao Juízo um decreto penal condenatório, consistente na imediata aplicação apenas de uma pena pecuniária (art. 459, *comma* 1, do CPP) ou no mínimo legal, reduzido da metade (art. 459, *comma* 2, do CPP)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 56.

162 "Caso não deduza qualquer oposição, quedando-se inerte, o decreto penal proposto pelo Ministério Público é homologado pelo Juízo enquanto condenação criminal. Trata-se de um procedimento marcadamente monitório, revelador de acordo entre o Ministério Público e o réu: se o último concordar com a proposta ministerial, não a contestando, tem-se a condenação." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 57.

163 "Nessa esteira, o juiz deve avaliar a legalidade, sobretudo se há justa causa suficiente para a prolação de sentença penal condenatória, ainda mais porque o silêncio do acusado, depoisde regularmente notificado, importa condenação." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 59.

164 "Desse modo, descartada a proposta de pena ministerial, restitui-se ao Parquet o direito de ação (...)."SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 60.

165 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 60.

negociação do *quantum* da punição. O abrandamento da pena torna-se não uma consequência do acordo, mas seu objeto[166].

Desta forma, o acusado, normalmente em conjunto com o Ministério, coloca-se à disposição para que seja aplicada pena restritiva de direitos ou pecuniária, "reduzida de até um terço, ou mesmo uma reprimenda privativa de liberdade, desde que, minorada também de até um terço, não ultrapasse cinco anos de detenção"[167].

Da mesma forma, já que o *pattegiamento* constitui manifestação de vontade do acusado – que, por conseguinte deve gozar de saúde mental e capacidade para tanto –, a sentença penal condenatória que impõe a pena objeto do pedido é insuscetível de recurso[168]. Por fim, o *pattegiamento* não pode ser concedido em todos os casos, listando a lei italiana a possibilidade em que a negociação de pena é incabível[169].

No *pattegiamento*, o papel do juiz é ainda mais importante, devendo este verificar no caso concreto a legalidade do acordo celebrado pelo acusado e Ministério Público, ou ainda que proposto somente pelo acusado sem a aquiescência da acusação. Da mesma forma, o juiz deve avaliar se o acusado se manifesta de forma livre e consciente, estando isento de coações do Ministério Público[170].

Desta forma, na legislação italiana, a colaboração do acusado, de forma a ser considerada premiada e trazer-lhe benefícios, depende de como sua conduta auxilia a instrução criminal, com o advento de provas que não apenas contribuam para a "reconstrução do fato criminoso (...), mas a revelação de outros injustos de maior gravidade e de grupos criminosos, a captura de delinquentes, a apreensão de bens que sejam objeto, proveito ou

166 "A obtenção de uma reprimenda mais branda não é um dos efeitos do pacto ajustado entre o Ministério Público e o réu. É seu objeto por excelência." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 60.

167 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 60-61.

168 "Como o *pattegiamento* exige o consenso do acusado – inclusive nada impede que o próprio deduza a proposta de transação penal –, a sentença impositiva da pena pleiteada é insuscetível de apelo – não haveria interesse recursal." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 62.

169 "Finalmente, o *pattegiamento* não se reserva a toda e qualquer infração penal, nem tampouco acusado, mostrando-se vedado, por exemplo, ao delinquente profissional, habitual e por tendência, na linha do preceituado no art. 444, *comma 1bis*, do CPP." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 63.

170 "Outra preocupação do juiz é examinar se a aquiescência do acusado é fruto da manifestação livre e consciente da vontade." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 64.

instrumento das infrações penais"[171]. Além disso, também é permitido o *pattegiamento* para criminosos já condenados, sendo-lhes garantido benefícios outros como o livramento condicional ou transferência para prisão domiciliar.

Por fim, ainda que seja concedido o benefício do *pattegiamento*, este ainda é passível de cassação caso o acusado tenha passado informações falsas, ou seja condenado por crime inafiançável, o que indicaria seu contínuo envolvimento com atos criminosos[172].

3.1.2 O plea bargaining *norte-americano*

Também utilizado como inspiração para o modelo brasileiro de delação premiada[173], pode ser citado o modelo norte-americano de celebração de acordos entre a acusação e o acusado, o *plea bargaining*[174].

Assim como apresentado anteriormente acerca da possibilidade de disposição da ação penal pelo Ministério Público na Itália, necessário fazer breve parêntese acerca da atuação da promotoria norte-americana. Ao contrário do que se observa no Brasil, ou até mesmo na Itália, o direito de ação levado a cabo pela promotoria, nos Estados Unidos, não é um *munus* público obrigatório.

Na verdade, a atividade de propositura da ação penal nos Estados Unidos se dá por um critério discricionário, podendo o órgão acusatório mover ou não ação penal, mesmo quando existentes elementos bastantes para sua propositura[175].

---

171 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 66

172 "(...) cabe cassá-la, admitindo-se, excepcionalmente, revisão criminal *pro societate,* se , alternativamente: a) apura-se, em momento posterior, a falsidade das informações prestadas; b) passados até dez anos desde o trânsito em julgado da condenação, o delator comete delito 'inafiançável', na dicção da lei, em que 'o flagrante é obrigatório', a sinalizar a permanência do acusado no 'circuito criminoso'." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 66.

173 "O nosso estudo de Direito Comparado perpassa, necessariamente, pela análise das legislações norte-americana e italiana, que constituem, sem dúvida, as maiores fontes de inspiração da colaboração premiada." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 29.

174 "Nos EUA, o procedimento negocial é intitulado *plea bargaining*, e os acordos quanto à sanção a ser imposta correspondem às *guilty pleas*." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 33.

175 "Esclarecido esse aspecto, podemos afirmar que o exercício da ação penal pública orienta-se pela absoluta discricionariedade dos promotores – *prosecutorial discretion* –, que se manifesta também nas atividades policial e jurisdicional, e mesmo na execução da pena – *probation.*" SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 31.

Desta forma, o exercício da ação penal estadunidense adquire características utilitaristas, além de políticas, excluindo-se da apreciação jurisdicional os crimes considerados irrelevantes[176]. Entretanto, a liberdade atribuída ao órgão acusatório por este modelo acaba, por vezes, criando insegurança jurídica, já que indivíduos em situações semelhantes podem ser processados ou não[177], a depender dos critérios utilizados pela promotoria no caso concreto.

No direito penal norte-americano, também se observa que a declaração de culpa do acusado é suficiente para que o mesmo seja julgado culpado, não sendo necessárias outras diligências investigativas sobre os fatos apurados, modelo diametralmente oposto ao brasileiro, em que devem ser coligidos aos autos outros elementos que corroborem a confissão do agente[178].

O acordo entre as partes pode ser provocado tanto pela acusação quanto pela defesa e pode versar sobre três diferentes objetos: a pena que virá a ser aplicada no caso concreto, através de recomendação de pena pela promotoria; as acusações dirigidas ao acusado, que podem ser modificadas pela acusação dado o exercício discricionário da ação penal; ou ainda sobre a pena e sobre as acusações, constituindo forma mista de negociação[179].

Além disso, o acordo entabulado entre acusação e defesa deve preencher determinados requisitos, de forma a corroborar sua validade. Desta forma, a declaração de vontade deve ser realizada "de forma voluntária e consciente e, ainda, que o réu tenha pleno conhecimento de suas consequências"[180].

---

176 "Rossana Gambini Musso aponta que tamanha discricionariedade conferida aos promotores obedece a razões políticas e utilitaristas: procura-se descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no meio social, e, exatamente por isso, é a que interessa combater." SANTOS, Marcos Paulo Dutra**. Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 31.

177 "Observa a autora, no entanto, que a excessiva discricionariedade da promotoria, guindada muitas vezes por critérios políticos em vez de técnicos, melindra, na prática, a segurança jurídica, pois pessoas em idêntica situação jurídico-penal acabam recebendo do Estado tratamento diferenciado." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 31.

178 "Enquanto nos EUA a partir do momento em que o réu 'confessa' um crime, nenhuma outra diligência é adotada com o objetivo de confirmar a sua culpa, no Brasil, ela não possui força probatória absoluta." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25.

179 BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 27.

180 BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25.

Com relação à vontade do agente, só será considerada válida aquela declaração que tenha sido obtida sem que a promotoria tenha praticado coerção – física ou emocional – contra o acusado, com promessas claras do órgão acusatório, sendo que esta vontade livre e consciente será objeto de análise do magistrado quando o acordo for a ele apresentado[181]. Esta forma de preservar a vontade do acusado se reserva à esfera de coação ilegal dos agentes estatais. Entretanto, não mitiga a possibilidade de utilização de meios legais de convencimento pelo órgão acusatório.

Um destes exemplos é o chamado *overcharging*, no qual a promotoria propõe ação contra o acusado incluindo diversas acusações, com penas altas, de forma a convencê-lo a aceitar o acordo ante o número e peso dos pedidos de acusação[182]. Outro instrumento considerado legal pelo judiciário norte-americano são os chamados *package deals*, prática na qual a acusação apresenta acordo único que deve ser aceito por todos os infratores, tornando o acordo efetivo apenas no caso de adesão de todos[183].

Ademais, com relação à vontade consciente do acusado sobre os termos aos quais está se submetendo no momento do *plea bargaining*, este deve gozar de completo entendimento e conhecimento do conteúdo e consequências do pacto que vai celebrar. Por isto, a Regra Federal n.º 11, que disciplina o *plea bargaining*, indica diversas advertências que devem ser feitas ao acusado, sob a pena de ver-se anulada a declaração de culpa.

Estão listadas entre estas advertências obrigatórias, a natureza das imputações criminosas e os efeitos da declaração de culpa, o direito a um advogado, o direito de se declarar inocente e ser julgado por um júri, renúncia a julgamento com a declaração de culpa ou de não contestação da imputação, a obrigação de dizer a verdade acerca dos crimes que se declarou culpado, ciência de que o acordo implica na abdicação do direito de recorrer, dentre

181 A Suprema Corte norte-americana interpreta tal requisito de forma restritiva. A declaração de culpa ou nolocontendere apenas será inválida se a aquiescência do acusado tiver sido obtida, pela promotoria, de maneira física ou emocionalmente coercitiva – violência ou ameaça – ou de má fé, mediante a veiculação de promessas juridicamente inatendíveis." SANTOS, Marcos Paulo **Dutra. Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 36-37.

182 "Exemplo disso corresponde à denominada *overcharging* – a promotoria propositalmente ajuíza contra o acusado pesadas acusações, a fim de impeli-lo a celebrar um acordo, em geral nos moldes do item (c) (1) (A) da Regra Federal nº 11 (retirada de algumas imputações delituosas)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 38.

183 "Outra prática empregada pela promotoria, que igualmente conta com a aprovação das cortes norte-americanas, corresponde aos *package deals*: havendo corréus, o promotor, em vez de negociar a pena com cada um deles, oferece uma única proposta, global, que apenas será efetivada se todos anuírem." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 39.

outras. Ademais, deve o declarante ser saudável também mentalmente, com capacidade cognitiva para tomar a decisão de declaração de culpa ou de não contestação.

Com relação ao procedimento do *plea bargaining*, ele ocorre na fase de pré julgamento da ação penal evitando, desta forma, o julgamento[184]. Além disso, para que não sejam levantadas dúvidas acerca da vontade do agente, ou ainda da observância dos requisitos acima mencionados, o procedimento deve ser gravado[185].

Uma vez celebrado o acordo, apresentado ao julgador em seus termos, deve ser revelado em audiência pública, mantido em sigilo caso necessário[186]. Nos casos em que o acordo apresentado não é aceito pelo juiz, pode o réu retirar a sua declaração de culpa, exceto nas situações em que o acordo entre as partes versava apenas sobre mera recomendação de pena[187], sendo que as declarações exaradas pelo acusado na fase de negociação não podem ser utilizadas contra ele[188].

Por fim, com a aprovação e chancela do juízo, a promotoria fica vinculada ao teor do pacto acertado com o acusado[189]. Entretanto, antes de o acordo ser aprovado pelo órgão jurisdicional, não há vinculação da promotoria aos termos oferecidos, podendo modificar as condições acertadas, retirando ou apresentando novas propostas a qualquer momento[190]. Já

184 "Os acordos são entabulados no pretrial, porquanto possui o claro objetivo de evitar o julgamento, mediante a aplicação consensual de uma reprimenda ao acusado – Regra Federal nº 11 (c) (1)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 44.

185 "O procedimento há de ser gravado, e, caso se ajuste uma declaração de culpa ou de não contestação, devem igualmente constar da gravação as indagações feitas pelo juiz ao acusado quanto à voluntariedade e à inteligência de sua declaração – Regra Federal nº 11 (g)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 45.

186 "Levado ao tribunal o acordo entabulado entre a promotoria e a defesa, este deverá ser revelado em audiência pública – *open court* –, conservando-se o sigilo apenas se necessário (*good cause*)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 45.

187 "Se rejeitado o pacto pelo Juízo, este noticia as partes, de preferência em audiência pública – haverá sigilo apenas se necessário. O réu tem, então, a oportunidade de retirar a declaração de culpa, exceto se o acordo consistia numa mera recomendação ou pedido de uma sentença condenatória específica (...)."SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 46.

188 "As declarações lançadas pelo réu durante as discussões do acordo com a promotoria ou na apresentação do pacto penal ao Juízo não poderão ser usadas em seu desfavor, nem em demanda cível, nem criminal – Regra Federal nº 11, (f), combinada com a Regra Federal sobre provas nº 410, (a)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 46.

189 "Uma vez acatada pelo tribunal a avença, a promotoria vincula-se inteiramente ao seu conteúdo, pois, do contrário, romperia o 'contrato' firmado com o réu." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 47.

190 "Em contrapartida, antes da aprovação do pacto pelo juízo, a promotoria a ele não está vinculada, pois, a rigor, nada há senão meras negociações." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 48.

nos casos de descumprimento do que foi pactuado por parte do acusado, a declaração de culpa é anulada e o agente será encaminhado para julgamento, seguindo-se normalmente a marcha processual[191].

Por fim, e conforme já foi explanado, acerca dos acordos entre acusado e promotoria que versem sobre a pena, há controle jurisdicional acentuado, uma vez que o juízo é livre para discordar do que é proposto, também exercendo relevante papel ao verificar a legalidade dos acordos apresentados. Entretanto, nos casos de negociação acerca da acusação que será apresentada em juízo, não pode o julgador interferir, dada a independência e discricionariedade reservada à promotoria norte-americana[192].

3.1.3 Breves apontamentos sobre a experiência legislativa brasileira

Uma forma análoga de delação existia já nas Ordenações Filipinas, onde se escusava a prática criminosa daquele que delatasse a ocorrência do crime de lesa majestade[193]. Um exemplo da aplicação do instituto pode ser observado como um dos capítulos mais conhecidos da história brasileira quando Joaquim Silvério dos Reis delatou as atividades de Tiradentes e demais membros da Inconfidência Mineira. Na ocasião, foi beneficiado pela delação do movimento separatista, utilizando-se da previsão acima referida sobre aquele que trouxesse informações sobre crimes de lesa majestade[194].

---

191 "E se o acusado descumprir o avençado? Qual seria a consequência processual? Anula-se a declaração de culpa, submetendo-o a julgamento (...)."SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 49.

192 "Em virtude do *adversary system*, o juiz não possui o menor controle sobre a atividade acusatória desempenhada pela promotoria, orientada pela mais absoluta discricionariedade (*prosecutorial discretion*)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 51.

193 "A história legislativa penal no Brasil permite a conclusão de que a previsão legal da delação premiada remonta às Ordenações Filipinas (...), onde já havia a possibilidade do perdão para alguns casos de delação, de conspiração, ou conjuração, e de revelações que propiciassem a prisão de terceiros envolvidos com crimes que resultassem provados, funcionando a delação como causa de exculpação." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada**: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25.

194 "A transação efetuada entre a coroa e o coronel JOAQUIM SILVÉRIO DOS REIS vinha insculpida no Livro V, Título 6, Parágrafo 12, das Ordenações Filipinas, segundo o qual: "E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois per spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber" FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente.** Disponível em:

Entretanto, além da delação especificada pelas Ordenações Filipinas, eram ausentes no ordenamento jurídico elementos processuais aptos a trazer incentivos à cooperação do acusado, sendo que, somente quando da edição do Código Penal de 1940, foi introduzida a confissão como circunstância atenuante dos atos praticados pelo acusado.

A acepção moderna do que se entende por delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro começou a tomar forma com as modificações trazidas pela promulgação da Lei n. 8.072/1990, a Lei dos Crimes Hediondos.

O referido texto legal incluiu o §4º ao art. 159[195] do Código Penal, posteriormente modificado pela Lei n. 9.269/1996, que trata sobre o crime de extorsão mediante sequestro, trazendo a possibilidade de o agente infrator, nos casos de sequestro em concurso de agentes, colaborar com a autoridade policial de forma a facilitar a libertação da vítima, reduzindo, desta forma, a sua pena.

Da mesma forma, a Lei dos Crimes Hediondos trouxe, em seu art. 8º, parágrafo único[196], a possibilidade de diminuição de pena do agente colaborador que auxiliasse no "desmantelamento" da quadrilha ou bando reunido para a prática dos crimes descritos naquela lei, quando daquela fizesse parte o declarante.

Observa-se, portanto, que este primeiro esforço legislativo no sentido de possibilitar a colaboração de acusados que integrassem as então referidas organizações criminosas tinha critérios específicos, como no caso da real necessidade de neutralizar-se a atividade delituosa.

<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=11>. Acesso em: 10 jan. 2017

195 "Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

(...)§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços." BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

196 "Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços." BRASIL. **Lei N. 8.072, de 25 de Julho de 1990**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

A contribuição do agente seria imprescindível e com efeito predeterminado legalmente, o que não pode ser observado com tanta clareza na legislação que seguiria[197].

Marco também importante no estudo do instituto da delação premiada é a Lei n. 9.034/1995, texto legal que tinha como objetivo o combate de crimes praticados por organizações criminosas. A referida lei, em seu art. 6º, previa a possibilidade de redução da pena do agente que colaborasse de forma a esclarecer as infrações penais de sua autoria, em crimes praticados em organização criminosa. Uma vez que a norma mencionada foi revogada em sua integralidade pela Lei n. 12.850/2013, não se alongará o seu estudo, já que não mais integra o ordenamento jurídico.

Posteriormente, a Lei n. 9.080/1995 modificou o art. 25 da Lei n. 7.492/1986, que versa sobre crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, e o art. 16 da Lei n. 8.137/1990, que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. A ambos os artigos mencionados foi acrescentado parágrafo, com redação idêntica, estendendo-se também aos crimes previstos nessas leis, quando praticados em quadrilha ou coautoria, a possibilidade de delação por um dos integrantes do grupo criminoso.

Ao aumento das possibilidades de colaboração dos acusados, importante citar crítica encontrada na bibliografia consultada, acerca do veloz alargamento destes institutos, realizado sem demonstrar de forma clara quais os requisitos para que seja possível a concessão da benesse prevista na legislação, ao contrário do que aconteceu na previsão de colaboração em casos de crimes hediondos e extorsão mediante sequestro.

> *"Se, nas leis anteriores, o legislador deixava claro que a utilização do beneplácito só teria cabimento quando pertinentes a prática de crimes graves, ao optar por introduzir mais normas sobre delação premiada na legislação, sem fazer qualquer distinção quanto à gravidade do delito, a opção político-criminal de banalização e ampliação de concessões aos investigados e acusados em geral, restou pacificada no ordenamento jurídico pátrio."*[198]

197 "De qualquer forma, a aplicação do benefício, além de estar limitada aos casos mencionados na lei (crimes hediondos, tortura ou terrorismo), dependeria ainda do grau de conhecimento do delator sobre as atividades da quadrilha, pois, caso um participante de quadrilha ou bando que cometesse algum crime hediondo não tivesse informações que pudessem levar ao desmantelamento, obviamente não poderia ser alcançado pelo benefício legal da redução da pena, o que, atualmente, resta sufragado, pois leis posteriores ampliaram as possibilidades de concessão dos prêmios legais para a delação." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 25.

198 BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada**: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 101.

Também foi introduzido comando parecido para beneficiar o acusado colaborador na Lei n. 9.613/1998, que dispõe sobre a "lavagem" ou ocultação de bens, em seu art. 1º, §5º[199], prevendo a redução de um a dois terços da pena ou até mesmo sua substituição por pena restritiva de direitos àqueles que colaborassem com a investigação do crime cometido. Ressalte-se que o texto legal admite não apenas que o acusado revele a atuação de seus pares na prática delituosa, mas também a própria confissão do ilícito.

Com a entrada em vigor da Lei n. 9.807/1999, que versa sobre a proteção à vítimas e testemunhas, em seus arts. 13 a 15 é inserido também comando legal estendendo os benefícios de proteção aos réus delatores de estratagemas criminosos. Tal medida serviu também para suprir problema apontado, à época, pela literatura jurídica especializada, que ressaltava a ineficácia do instituto de delação premiada pela possibilidade de represália dos réus traídos, já que ao colaborador não era dispensado tratamento protetivo diferenciado, além de também estender o benefício da delação a todos os tipos de crimes[200].

Outro exemplo de legislação que veio a incorporar benefícios ao acusado colaborador é a Lei n. 11.343/2006, a chamada Lei Antidrogas. Em seu art. 41[201], prevê que ao colaborador que preencher os requisitos da lei será reduzida a pena de um a dois terços. Entretanto, deve-se ressaltar a crítica apresentada na bibliografia consultada no sentido de que, como a Lei n. 9.807/1999 é geral e mais benéfica, sendo em tese aplicável a todos os

199 "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

(...)§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime." BRASIL. **Lei n. 9.613, de 03 de Março de 1998**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 04 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

200 "Mas, além de finalmente – pelo menos na legislação – existir uma resposta para as críticas exaradas pela doutrina, quanto à ineficácia total da possibilidade da delação premiada, sem a contrapartida de um programa de proteção ao delator, seus familiares e outros que porventura se coloquem em situação de risco, decorrente das informações prestadas às autoridades, a lei em comento permitiu o alastramento da concessão do beneplácito para todo o direito pátrio, possibilitando o cabimento em toda e qualquer modalidade de crime (...)."BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 135.

201 "Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços." BRASIL. **Lei n. 11.343 de 23 de Agosto de 2006**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

crimes, o comando previsto naquela lei sobrepõe-se ao benefício da Lei Antidrogas, devendo ser aplicado o instituto mais benéfico[202].

Por fim, e como último marco legislativo a ser aqui apresentado, foi promulgada a Lei n. 12.850/2013, em substituição à Lei n. 9.034/1995, introduzindo novos critérios para a classificação do crime de organização criminosa. Sobre essa classificação de organização criminosa, havia vasta crítica bibliográfica sobre a falta de precisão deste conceito, tido frequentemente por abstrato e demasiadamente aberto. A referida lei passa a delimitar de forma menos genérica este conceito jurídico[203] e também trata com atenção a delação premiada – denominando-a expressamente como colaboração premiada – reservando uma seção de seu texto apenas para os requisitos de colaboração, a forma como o acordo deve ser celebrado, e os benefícios para o réu colaborador, aspectos estes a seguir abordados.

3.2 PRINCIPAIS CONCEITOS: NATUREZA JURÍDICA, REQUISITOS E BENEFÍCIOS

A colaboração premiada tem correlação com o movimento de política criminal denominado "Lei e Ordem" (*Law and Order*), com raízes políticas no direito norte-americano, tendo sido inserida juridicamente, de forma mais abrangente, no Brasil na década de 1990[204], com a introdução da Lei dos Crimes Hediondos, Lei n. 8.072/1990.

No Brasil, como já apresentado no tópico anterior, o instituto da delação premiada também é conhecido pelo nome de "colaboração premiada", sendo este o termo referido pela

---

202 "Desse modo, quer por afrontar a norma inscrita no art. 5º, XL, da Constituição Federal, quer porque não se coaduna com os princípios fundamentais para a aplicação da lei penal, deve ser observado que, nas hipóteses em que o réu atenda aos requisitos e pressupostos da delação premiada, não poderá o magistrado ignorar os beneplácitos mais favoráveis e disciplinados nos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99, aplicável – também – à Lei 11.343/06 e a qualquer outro diploma repressivo legal brasileiro." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 135.

203 "Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional." BRASIL. **Lei n. 12.850 de 02 de Agosto de 2013**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

204 "A colaboração premiada é um instituto que, ideologicamente, afina-se ao movimento de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*), de inspiração norte-americana. Foi introduzida maciçamente, no Brasil, na década de 1990, época em que essa ideologia teve o maior apogeu no País, sobretudo com o advento da Lei de Crimes Hediodos (Lei nº 8.072/90)." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 29.

lei ao réu que auxilie com a investigação e o processo criminal, conforme se nota do art. 13 da Lei n. 9.807/1999, ou ainda na Seção I da Lei n. 12.850/2013.

Já o termo "delação" deriva do vocábulo *delatione*, do latim, em sua própria acepção de denunciar, delatar, acusar[205]. Isto é, uma vez que um fato criminoso vem a conhecimento por meio de informações fornecidas diretamente de um acusado, de um corréu, aplica-se o termo a essa situação. Desta forma, para os efeitos desta pesquisa, serão utilizados os dois vocábulos como equivalentes, uma vez que, ao fim, ambos expressam o mesmo instituto jurídico e o mesmo conceito teórico.

Assim, e como termo geral a se referir as delações ou colaborações premiadas, entende-se que tais institutos, em sua forma de inserção ao ordenamento jurídico brasileiro, podem ser classificados como meio de garantir ao agente infrator uma benesse, que pode variar desde a redução ao perdão da pena, pela confissão da prática de conduta delituosa bem como pelo auxílio na persecução criminal, desde que a contribuição ocorra – neste particular, de forma semelhante ao *pattegiamento* e ao *plea bargaining* – de forma voluntária, livre de coação[206].

Analisando a natureza jurídica do instituto da delação premiada, pode-se definir como causa de liberação de pena, aquelas causas estruturadas no sentido que ocorrem após a execução do delito, sendo necessário que exista reparação do resultado provocado pelo crime ou mesmo colaboração neste sentido com o Estado, por parte do autor, além de ter caráter eminentemente voluntário, exercido pelo acusado de forma livre e consciente[207].

---

205 "Etimologicamente, delação advém do latim *delatione*, e significa a ação de delatar, denunciar, revelar etc.". BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 4.

206 "Feitas essas considerações pode-se dizer que a delação premiada, na forma como foi introduzida em nossa legislação, é um instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

207 "De acordo com o estudo de Patrícia Faraldo Cabana, em monografia específica, a conceituação dessas causas deve esclarecer que seu caráter diferencial e especifico, desde o ponto de vista estrutural, tem origem em três aspectos: por uma parte, sua concorrência, uma vez finalizada a execução do fato delitivo, o que supõe que não afeta o injusto nem a culpabilidade; por outra, seu conteúdo , consistente em um comportamento positivo do autor, coautor ou partícipe baseado na reparação dos efeitos do delito, ou em colaboração com a Administração da Justiça; e, por último, seu caráter voluntário, isto é, o tratar-se de um comportamento livre e não coacionado." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

Essencialmente, a previsão da colaboração premiada condiciona a concessão da benesse ao acusado a momento posterior à execução do fato delituoso, devendo tomar ações específicas junto à Administração de forma utilitária em relação à investigação e/ou processo criminal, isentas de coação, conforme pode até mesmo se observar do texto do art. 4º da Lei n. 12.850/2013[208].

Marcos Dutra Santos vai além e argumenta que, na verdade, para melhor estudar a natureza jurídica da delação premiada, ela deve ser analisada não apenas do ponto de vista processual, mas também por seus efeitos materiais.

Desta forma, na esfera processual, afirma que a natureza da delação premiada seria a de conceder ao réu colaborador direito público subjetivo às benesses prescritas na lei de regência aplicável ao caso concreto[209], não sendo suficiente a delimitação oferecida pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, em julgamento que assentou a constitucionalidade do instituto da delação premiada, de que a natureza da colaboração seria de negócio jurídico processual[210] [211] [212] entre as partes.

---

208 "Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada." BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 de Agosto de 2013**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

209 "É mais preciso afirmar que, concretizados os objetivos perseguidos no acordo de colaboração, o delator possui direito público subjetivo aos prêmios listados, mas a eleição compete, exclusivamente, ao juízo." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 85.

210 "Assinalou que a colaboração premiada seria negócio jurídico processual, o qual, judicialmente homologado, confere ao colaborador o direito de: a) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; b) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; c) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; e d) participar das audiências sem contato visual com outros acusados. Além disso, deverá ser feito por escrito e conter: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor. Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com

A razão de ser desta interpretação, mais abrangente que a esposada pelo Supremo Tribunal Federal, teria razão pelo simples fato de que não seria razoável que o acusado ficasse à disposição do Ministério Público para que fosse apresentada a possibilidade de delação premiada, quando poderia apenas se manifestar no sentido de que se dispõe a contribuir.

A partir do momento em que a presença do Ministério Público não é necessária para que o acusado delator leve a cabo suas contribuições da forma como prevê a legislação, nasceria neste momento um direito público subjetivo de agraciá-lo com a benesse, representado por poder/dever do juízo, desde que cumpridos os requisitos de colaboração descritos no texto legal[213].

O ato do delator de colaborar não pode, desta forma, ser limitado à intervenção do Ministério Público já que o preenchimento de seus requisitos, com ou sem acordo negocial anterior justifica a aplicação do benefício.

Ademais, a delação premiada seria dotada de diferentes facetas com relação à sua natureza material, trazendo diferentes classificações de acordo com a benesse garantida ao réu e a forma como sua aplicação é indicada pela legislação de regência.

Nota-se, então, que a delação premiada em esfera de natureza jurídica material, poderia adquirir contornos tanto de perdão judicial, como ocorre na previsão do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, ou ainda causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e até mesmo causa de fixação de regime inicial ou progressão de regime, conforme

---

plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Plenário: Relator Ministro Dias Toffoli. **Habeas Corpus n. 127.483**. Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

211 "Debruçando-se sobre a colaboração em si, fixou o STF a sua natureza de negócio jurídico processual, pactuado entre o acusado e o Estado, por escrito, cuja validade etária condicionada à homologação pela autoridade judiciária competente." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 82.

212 Necessário comentar neste ponto que a definição apresentada pela decisão do Supremo Tribunal não foi direcionada, especificamente, à definição da natureza jurídica da delação premiada, apresentando aquela Corte apenas a solução adequada ao caso concreto posto a julgamento naquela oportunidade.

213 "Como o acordo com o Ministério Público não é *conditio sine qua non* à conquista dos benefícios previstos em lei, passíveis de outorga pelo Juízo se presentes os requisitos, a colaboração premiada surge direito público subjetivo do acusado, até porque, mesmo quando ultimado e chancelado o acordo, desafia retratação (...), e não vincula o Juízo, que apenas terá condições de aferir a efetividade e eficiência da contribuição prestada pelo réu na sentença, quando examinar a procedência ou não da pretensão condenatória (...). Se existiu a colaboração e estão presentes os requisitos que a tornam premiada, é dever do juiz implementar a recompensa." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 83.

previsto no mesmo dispositivo legal acima mencionado. Poderia também representar causa de redução de pena, uma vez que a redução da pena na fração de um a dois terços é presente na maioria das leis que prevêem a benesse, sendo a única exceção a Lei n. 12.850/2013, que não fixa patamar mínimo para a redução, e por fim até mesmo como causa de exclusão ou atenuação dos efeitos da sentença penal condenatória, segundo também a definição do Supremo Tribunal Federal[214].

Concluída a breve análise da natureza jurídica da delação premiada, necessário também entender os requisitos que devem ser preenchidos para que possa gerar efeitos no mundo jurídico.

Inicialmente, critério essencial para classificar o ato como delação premiada é a sua própria existência, ou seja, o ato positivo do agente de auxiliar a Administração suprindo as ações previstas na lei que qualificam a eleição ao benefício da delação premiada[215].

A inovação do art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/2013, trouxe balizas de aplicação dos benefícios de delação premiada para determinados tipos de crime, ou seus modos de execução. O objetivo central do instituto é precipuamente a persecução penal de organizações criminosas, em função – pelo ponto de vista dos próprios órgãos de persecução – do seu elevado grau de articulação que tende a dificultar a atividade investigativa do Estado.

Além da já mencionada tentativa de aprimoramento da definição do conceito jurídico de organização criminosa, a nova lei trouxe ainda preocupação com a transnacionalidade das infrações penais cometidas. A compreensão de crime transnacional para este fim diz respeito a crimes consumados em mais de um país ou valendo-se de facilidade oferecidas por diferentes sistemas financeiros ou políticos.

---

214 Também neste sentido, Walter Bittar: "Com a extensão do beneplácito para todo o ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer preocupação com a origem do instituto, o Direito Premial tomou por completo a legislação penal ordinária e extraordinária, permitindo que a delação premiada ganhasse mais de uma natureza jurídica: causa extintiva de punibilidade (por meio do perdão judicial), causa de liberação de pena e causa de diminuição de pena, desde que presentes os requisitos exigíveis." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 136.

215 "Consideram-se, quanto à delação, como pressupostos de existência, aquelas condutas que fazem com que o investigado ou o réu passe a ser considerado colaborador, ou seja, condutas que permitam reconhecer, no caso concreto, que se está diante de uma delação ou colaboração premiada que tenha acrescentado elementos desconhecidos das autoridades legais." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

Portanto, a edição da lei inovou, buscando definir tanto o conceito de organização criminosa, quanto o de transnacionalidade das infrações penais ou de sue modo de execução – o que antes não se encontrava de forma explícita na legislação pertinente ao tema.

Outro requisito da delação premiada é a confissão de culpa do acusado, confirmando a sua participação no crime ou esquema criminoso o qual intenta auxiliar o Juízo na persecução. A necessidade de confissão para a concessão da benesse é prevista em algumas das diversas leis brasileiras que tratam da delação premiada, como pose ser observado no art. 25, § 2º da Lei n. 7.492/1986, ou no art. 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/1990.

Entretanto, ainda que não esteja expresso no texto legal, como é o caso do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, a própria característica da delação premiada tende a determinar a confissão do agente, ainda que indireta, já que se o acusado negocia benesse a ser aplicada em eventual condenação estaria, em tese, admitindo sua autoria ou participação na atividade delituosa[216].

Outro requisito presente para o aperfeiçoamento da delação premiada é que o agente colabore efetivamente com a Administração, executando as ações descritas na lei para a concessão do benefício. É requisito previsto pela lei a eficácia da sua colaboração.

Ademais, a delação premiada não seria exclusivamente oferecida pelos órgãos de acusação e tratada entre estes e a defesa do delator, mas também ser espontânea, caso no qual caberia ao agente a iniciativa para apresentação dos atos que tomaria para a eventual concessão da benesse[217].

Por fim, a diversidade das hipóteses de delação premiada no ordenamento jurídico e a sua própria pulverização em leis diferentes trouxe, além dos elementos comuns acima expostos, também requisitos intrínsecos a cada uma delas. Por exemplo, nos casos de extorsão mediante sequestro, em delação prevista no art. 159, § 4º do Código Penal, cumprirá os

---

216 "Outro lado extremamente relevante é que a confissão do colaborador não pode deixar de ser considerada como um pressuposto lógico da delação premiada. Se um réu está disposto a pleitear redução ou liberação da pena é porque está admitindo a sua culpa, pois quem nega os fatos, pleiteia absolvição." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 159.

217 "Segundo repetido exaustivamente, a premiação da colaboração se sujeita à satisfação das exigências legais, porquanto aplicação da reprimenda e declaração de extinção da punibilidade são matérias da reserva de jurisdição, não cabendo ao Ministério Público imiscuir-se, sob pena de ter uma ascendência sobre o juízo, incompatível com um processo paritário. A celebração e a homologação do acordo conferem ao imputado uma expectativa mais concreta ao prêmio, não consubstanciando *conditio sine qua non* à sua concessão." SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 148.

requisitos da delação premiada aquele agente que tiver participado do sequestro e, apresentando-se à autoridade competente, de livre e espontânea vontade, dê informações suficientes para auxiliar na libertação da vítima.

Entretanto, desnecessário no presente trabalho entrar em detalhes acerca dos requisitos individuais de cada uma das previsões de delação premiada do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não é este não é seu objetivo. Basta, para os fins aqui pretendidos, a classificação genérica dos requisitos do instituto. Ademais, caso mostre-se necessário desenvolver análise pormenorizada dos requisitos de alguma das delações premiadas em análise, isto poderá ser levado a cabo em momento oportuno, interpretando-os caso necessário.

Com relação aos benefícios trazidos pela delação premiada, mais uma vez, por estar diante de diversas leis, cada uma delas pode trazer benesses diferentes. Aqui, necessário certo aprofundamento, apenas no sentido de enumerar os benefícios trazidos pelas leis, uma vez que importantes para o estudo de caso a ser desenvolvido no capítulo final da presente pesquisa, principalmente levando em consideração a estrita legalidade regente no processo penal.

Assim, nos casos de extorsão mediante sequestro, é cabível a redução da pena de um a dois terços, conforme prevê o art. 159, §4º do Código Penal. Também no parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.072/1990 é prevista a redução de pena no mesmo montante, de um a dois terços.

Na Lei n. 7.492/1986, em seu art. 25, §2º, bem como na Lei n. 8.137/1990 em seu art. 16, parágrafo único, encontra-se previsão semelhante de redução da pena entre um e dois terços. A Lei n. 9.613/1998 traz em seu art. 1º, §5º, a possibilidade de redução da reprimenda entre um e dois terços, como nas outras leis, mas também admite seu cumprimento em regime aberto ou semiaberto, sendo ainda facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou substituí-la por restritiva de direitos.

Já a Lei n. 9.807/1999 em seu art. 14, prevê a redução de um a dois terços da pena, além de trazer, em seu art. 15, a possibilidade de aplicação de medidas especiais de segurança ao réu colaborador, como a custódia em dependência separada caso esteja preso preventivamente, a utilização de medidas cautelares diversas, e no caso de cumprimento de pena em regime fechado, quaisquer medidas especiais para garantir-se a segurança do colaborador em relação aos demais réus. A Lei n. 11.343/2006 também prevê, em seu art. 41 a redução da pena de um a dois terços.

Por fim, a Lei n. 12.850/2013 em seu Capítulo II, Seção I, traz diversos comandos a serem seguidos nos casos de delação premiada. São previstos benefícios como: o perdão judicial; a redução em até dois terços da pena sem, entretanto, indicar patamar mínimo para a benesse; e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Também é prevista a possibilidade de não oferecimento de denúncia contra o réu colaborador, caso ele não seja o líder da organização criminosa e for o primeiro a fazer a delação. Ademais, caso a colaboração seja posterior à sentença, é prevista a redução da pena até a metade, ou admitida a progressão de regime, mesmo ausentes os requisitos objetivos para tanto.

Além disso, também são previstos na referida lei outros direitos do colaborador como: usufruir de medidas para garantir sua segurança; ter os dados pessoais e imagem preservados; ser conduzido ao juízo separadamente dos demais acusados bem como não participar de audiências em contato visual com aqueles; não ter identidade revelada ou ser fotografado e filmado sem sua autorização; e cumprir pena em estabelecimento diverso dos demais acusados delatados.

3.3 OUTROS ASPECTOS E DEMAIS CONTROVÉRSIAS SOBRE A DELAÇÃO PREMIADA

Ainda sobre a leitura dos dispositivos aplicáveis das delações premiadas aos casos concretos, verificou-se na bibliografia consultada inúmeras controvérsias sobre legalidade e constitucionalidade acerca deste instituto no Brasil.

Inicialmente, convém esclarecer que a delação premiada é entendida atualmente pela jurisprudência como um meio de obtenção de elementos de prova, tendo-se como propósito promover uma rápida persecução penal com aplicação de penas condizentes com as condutas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no *habeas corpus* n. 90.688-PR[218], que os acordos de colaboração premiada não poderiam ser apreciados como elemento de informação, nem muito menos como prova, já que não passa pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Da mesma maneira, ainda mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no *habeas corpus* 127.143-PR[219], julgado em 27 de agosto de 2015, reiterou este entendimento.

218 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 90.688**. Paraná.

219 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.143**. Paraná.

Esta interpretação parece lógica, uma vez que os dizeres dos delatores sem a devida comprovação e submissão ao devido processo legal não podem ser suficientes para a condenação de réus em processos em que há homologação de acordo de colaboração premiada. Se o entendimento fosse diverso, estar-se-ia afrontando direitos processuais e constitucionais, na medida em que a liberdade individual poderia ser condicionada a ilações não comprovadas pelos meios de constituição de prova admitidos no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre tal aspecto processual, de certa maneira, parece demonstrar a própria falta de confiança do Estado-juiz nas declarações prestadas por delator.

No que toca à capacidade de consentimento, deve-se compreender que um dos pressupostos de validade da colaboração premiada é a voluntariedade, conforme estipulado pelo artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, isto é, o próprio livre consentimento em colaborar com a investigação, sendo este inválido se houver qualquer espécie de coação[220]. Isso, naturalmente, chama à reflexão se as condições dadas ao investigado ou acusado eventualmente preso, por exemplo, oportunizam materialmente uma delação voluntária de sua parte.

De acordo com a própria Lei n. 12.850/2013 os órgãos de acusação podem oferecer o referido benefício aos acusados ou investigados na quantidade em que julgarem necessário, em qualquer momento processual ou até anterior ao processo e mesmo após a prolação da sentença[221]. Assim, esta possibilidade – de oferecer acordo de colaboração premiada a acusados após o oferecimento da denúncia ou mesmo a réus após a prolação de sentença (a qual, lógica e necessariamente, se presume condenatória) – afasta naturalmente a "livre vontade" do sujeito, já existindo presumível coação sobre a sua pessoa nestas hipóteses. Evidentemente, esta alteração é bastante inovadora, sobretudo por inverter a lógica clássica de investigação e procedimento.

Do mesmo modo, conforme amplamente noticiado pela imprensa em geral, na denominada "operação lavajato", os principais colaboradores realizaram suas delações após algumas semanas da decretação de suas prisões cautelares. Assim, evidentemente, também em situações como esta, surge o questionamento sobre a *voluntariedade* das declarações – requisito necessário imposto pela lei. E este dilema, a depender da condução de alguns casos paradigmáticos no Brasil, tem resposta. Se não ilegal, no mínimo ilegítima a condução de

220 DIPP, Gilson Langaro. **A delação ou colaboração premiada**. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015.

221 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** Saraiva, 2016. CARVALHO, Salo de. WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a Justiça Dialogal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

investigações criminais por meio de métodos não ortodoxos diante da submissão do processo penal ao Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição, consagrado, também constitucionalmente, o sistema acusatório[222]

E, ainda, a lógica moderna do processo penal se fundamenta na efetiva proteção dos direitos individuais dos mais débeis – nos termos da *teoria garantista* de Ferrajoli – que no caso da persecução penal também envolve o agressor em face do poder coercitivo estatal, nos moldes de sua obra:

> *Proteção do débil contra o mais forte; tanto do débil ofendido ou ameaçado pelo delito, como também do débil ou ofendido ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o delinquente, e na vingança é a parte ofendida ou os sujeitos públicos ou privados solidários com ele.*[223].

Evidentemente, nem esta lei, nem qualquer legislação processual penal no Brasil jamais previu a utilização de prisões cautelares como "moeda de troca" em acordos preliminares em colaborações premiadas ou institutos do gênero, como criticaram Alexandre Morais da Rosa e Marcelo Leonardo[224].

Diante disso, é de questionável legalidade a celebração dos acordos de colaboração premiada quando o investigado ou acusado se encontra preso processualmente; ou quando suas condutas já são objeto de investigação prévia, isto é, acordos celebrados nestas condições apresentariam uma voluntariedade simulada, o que não está de acordo com ditames da Lei n. 12.850/2013, e nem muito menos com um processo penal que tem como objetivo, para muito além da busca da verdade real, a proteção de direitos dos acusados[225].

Outro aspecto igualmente polêmico da nova lei diz respeito a diferenciações em relação ao regime de cumprimento de pena, que pode ser oferecido pelo Ministério Público. Assim, em relação à concessão de benefícios específicos não previstos em lei, também surge

---

222 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

223 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 270-271.

224 ROSA, Alexandre Morais da. **Como é possível ensinar processo penal depois da operação "Lava jato"?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato.>; LEORNARDO, Marcelo. **Troca de liberdade por delação premiada é forma coação.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/marcelo-leonardo-troca-liberdade-delacao-forma-coacao>

225 CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6a edição, Almedina, 2004. Pg. 542-544.

o questionamento sobre a possibilidade de fixação de benefícios não previstos em lei para o colaborador.

Algumas ações recentes do Ministério Público apontariam uma resposta positiva para este questionamento. Tem sido frequentes, em acordos de colaboração premiada, a exemplo de vários ocorridos no âmbito da "operação lavajato", a observação da fixação de regimes de cumprimento de pena diversos do que tradicionalmente ocorre nas sentenças condenatórias – onde necessariamente se observam critérios específicos bem definidos de fixação da pena, por meio do sistema trifásico. Contudo, em tese, isso vem acontecendo em desconformidade com tal padrão de legalidade *strictu sensu,* o que é imprescindível para a devida operacionalização de instruções criminais, bem como para a aplicação do próprio direito penal – no qual deve ser necessariamente observado o princípio da legalidade estrita.

Algumas decisões ocorridas no âmbito da "operação lavajato" afirmam a legalidade de os órgãos de acusação disporem sobre a pena, ou seja, não encontram óbices no fato da pena ser transacionada pelo Ministério Público[226], e utilizam como justificativa a *teoria dos poderes implícitos*: se é possível o perdão judicial, listado no rol de benefícios do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, pode-se também transacionar o perdão da pena, inexistindo impedimentos em transacionar qualquer outro requisito do acordo de colaboração.

A avaliação da possibilidade ou impossibilidade da aplicação da *teoria dos poderes implícitos* ao caso não parece tão simples. Poder-se-ia argumentar, inicialmente, que a própria *teoria dos poderes implícitos,* consagrada pela jurisprudência norte americana, poderia fazer sentido em um país que adotou Constituição em modelo sintético, ao contrário do Brasil, que tem a Constituição notadamente em modelo prolixo, analítico. Entretanto, considerando- se a sua utilização no caso concreto significaria dizer que em qualquer situação de cabimento de perdão judicial fora dos casos de colaboração premiada, o juiz poderia conceder benefícios inferiores, pois quem pode o mais, pode o menos, o que, em suma, é o argumento dos que consideram a sua aplicabilidade nestes casos.

Ora, a importação de um instituto jurídico do *common law* estadunidense – sistema este em que o Ministério Público pode dispor, de forma relativamente ampla, sobre a sua acusação – não faz sentido com o sistema acusatório adotado na Constituição[227]. Dessa forma,

226 SANTOS, Célio Jacinto dos. **No Processo Penal quem pode o mais não pode o menos**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/no-processo-penal-quem-pode-o-mais-n%C3%A3o-pode-o-menos>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

227 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

chega-se a afirmação de que o que está sendo oferecido pelo Ministério Público (em um sistema negocial não previsto expressamente na Constituição) não poderia ocorrer. Em outras palavras, a troca ocorre sobre o que é indisponível de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro[228].

E a impossibilidade de negociar a pena também se dá pelo fato de a própria Constituição trazer em seu texto a única exceção ao princípio da obrigatoriedade[229] – no caso de transação penal nos Juizados Especiais, nos moldes estipulados pelo seu artigo 98, inciso I, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo quando assim classificados pela lei.

Se a Constituição prevê a indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público, e também consagra o sistema acusatório, somente por meio de Emenda Constitucional poderia haver dispositivo prevendo a possibilidade de utilização da delação premiada. Não havendo previsão de exceção para a relativização do sistema acusatório por meio de institutos jurídicos análogos ao *plea bargaining* e ao *pattegiamento*, toda e qualquer negociação de pena não prevista na Constituição praticada pelo Ministério Público afronta princípios basilares do direito penal, e, consequentemente, de um Estado Democrático de Direito.

Ao considerarem válida tal possibilidade, cria-se realidade alheia não somente à Constituição, mas também ao Código Penal. A aplicação do perdão judicial é clara pelo parágrafo 5º do seu artigo 121: *"na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequ*ências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção *penal se torne desnecessária".* Tal medida surge da desnecessidade da aplicação da pena por qualquer razão, de caráter evidentemente pessoal. Ou seja, o benefício do perdão judicial é concedido nos casos em que se entende pela desnecessidade da aplicação da pena, diante das circunstâncias pessoais do caso concreto.

Quando, entretanto, entende o juiz pela necessidade da aplicação da pena e da fixação de regime, não pode deixar de seguir as regras consagradas e criadas especificamente para sua aplicação. Não pode o juiz decidir, de forma discricionária, qual pena aplicar ou aplicar pena sem que haja previsão legal.

---

228 RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006, p. 110-111.

229 Segundo Gustavo Badaró, a única exceção ao princípio da obrigatoriedade foi estipulada constitucionalmente no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal. Porém, mesmo concluindo pela ocorrência de crime, o Ministério Público deixa de oferecer denúncia, e se limita a formular proposta de transação penal. In: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.120.

Mesmo que se considerasse a possibilidade de concessão de benefícios sem a devida previsão legal específica, conforme vem ocorrendo nos acordos de colaboração premiada em alguns casos concretos, poder-se-ia até afirmar que a natureza jurídica do perdão judicial concedido em colaborações premiadas é distinta dos demais casos de perdão do Código Penal. Entretanto, tal entendimento estaria equivocado, na medida que ignora o fato de que a concessão deste benefício judicial, como já se disse, não é discricionária.

Assim, o perdão judicial previsto na lei está condicionado ao cumprimento do máximo de tipos de colaboração. Ou seja, nos casos concretos, a concessão do perdão judicial tenderia a ocorrer raramente, devendo o juiz verificar se houve ou não colaboração em relação a todas ou quase todas as formas de colaboração previstos nos incisos do artigo 4º da norma.

Portanto, não é consistente juridicamente o entendimento de que o Ministério Público pode oferecer aos investigados e acusados quaisquer acordos em colaborações premiadas e transacionar penas e condições para seu cumprimento, na medida que os ache necessário. Como já se afirmou, os órgãos de acusação não poderiam dispor livremente da pena de maneira alguma, sobretudo quando em jogo benefícios não previstos em lei, nem na Constituição.

Encontra-se na literatura sobre o tema crítica sobre a indeclinabilidade da jurisdição, uma vez que não seria aceitável deixar a cargo da acusação a disponibilidade de fixar as penas a serem aplicadas ao caso concreto, dever reservado ao juízo. Assim, ante a impossibilidade de declinar ao Ministério Público a posição de julgador do ato delituoso, resolver-se-ia o aparente confronto entre o acordo de delação premiada – celebrado pelo órgão acusatório e o delator – e a concessão do benefício, ao submeter-se o referido acordo ao controle jurisdicional. O juiz verificará os requisitos necessários para a homologação e decidirá, posteriormente, sobre a concessão do benefício, bem como sua extensão, no momento adequado, ao proferir a sentença[230].

230 “Realmente tais atividades extrapolam a função do Ministério Público e, para superar esse ponto, deve ser observado primeiro que a iniciativa para um acordo de colaboração deve ser exclusiva da defesa, não cabendo ao órgão acusador escolher com quem negocia, quem acusa ou quem deixa de acusar, ficando a cargo do juiz a homologação, na prolatação da sentença, a valoração da contribuição prestada, aplicando o benefício de acordo com os pressupostos e requisitos da delação ao caso concreto.” BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 192.

Há questionamento também sobre a impossibilidade de relativização do princípio da indisponibilidade da ação penal no âmbito da delação premiada, caso os órgãos da persecução tomem conhecimento de fato criminoso.

Ao observar o princípio da legalidade, ou ainda da indisponibilidade, importante ressaltar que, conforme apresentado anteriormente, um dos modelos utilizados para a introdução da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro é aquele do *plea bargaining* norte-americano.

O sistema acusatório dos Estados Unidos difere essencialmente do adotado no Brasil porque lá vigora a utilização do chamado princípio da oportunidade, sendo que o oferecimento (ou não) da denúncia é deixado a cabo da promotoria, que move a ação penal (ou não), com a existência (ou não) dos elementos essenciais da condição da ação[231].

Aqui, prevê o art. 24 do Código de Processo Penal e seguintes, ainda que de forma implícita, que estando presentes os elementos caracterizadores da condição da ação, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia, e em não havendo, postular pelo seu arquivamento ou por diligências complementares de forma a suprir as necessárias condições para a propositura da ação. Há, portanto, verdadeira antítese à discricionariedade do órgão acusatório, ao contrário do que verificado no direito norte-americano[232].

Ainda com relação à indisponibilidade da ação penal, importante mencionar a crítica apresentada por Cezar Bitencourt, que questiona a possibilidade de disposição da ação penal pelo Ministério Público, principalmente nos casos da hipótese prevista pela Lei n. 12.850/2013, tendo em vista que já existia previsão semelhante na Lei n. 9.099/1995:

231 "Diferente do sistema da *plea bargaining*, também conhecido como *plea negotiation*, que é uma manifestação genuína do princípio da oportunidade, onde não há limitações legais aos sujeitos processuais, inclusive no que tange à natureza do fato criminal (...)." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 186.

232 "A ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato criminoso – *fumus comissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa). A legitimidade é inequívoca diante da titularidade constitucional para o exercício da ação penal nos delitos de iniciativa persecutória pública. (...) A obrigatoriedade (não consagrada expressamente, mas extraída da leitura do art. 24 e do seu caráter imperativo) encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e conveniência (não adotados no Brasil na ação de iniciativa pública), em que caberia ao Ministério Público ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 202.

> *A primeira questão – deixar de oferecer denúncia – representa claríssima afronta à indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público. Conquanto tenha sido já mitigada pela Lei n. 9.099/95, nos casos de transação penal, o certo é que naquela os chamados crimes de menor potencial ofensivo são menos relevantes e existe até mesmo uma certa administrativização do Direito Penal, convertendo-o em Direito de mera ordenação social. Aqui, ao contrário, trata-se do seríssimo problema das organizações criminosas, ou seja, dos mais graves casos existentes na ordem social.* [233]

O autor apresenta óbice, ainda, à concessão da benesse já que, como pode ser observado a partir dos outros benefícios cabíveis em casos de delação premiada – como o perdão judicial, a redução da pena e a fixação de regime mais brando – todas estas benesses são concedidas, necessariamente, na sentença, que, ressalte-se, deve reconhecer a contribuição do delator e só então garantir-lhe os benefícios[234].

Desta forma, resta também fazer referência ao que argumenta Walter Bittar, sobre o necessário cuidado entre o suposto "jogo", proposto por Calamandrei, decorrente do acordo entre acusação e delator. A partir do momento em que se admite a disposição da ação penal ao órgão acusatório, criar-se-ia uma situação desarrazoada em que o delator se torna testemunha dos próprios fatos que delatou, quando concedida a benesse. Não mais figuraria, portanto, como corréu nos processos dos quais faz parte o delatado, nos termos deste "jogo". A palavra do delator tomaria, desta forma, peso não antes previsto, contrariando inclusive a realidade atual da delação premiada com relação ao seu *status* processual meio de obtenção de prova[235], conforme já exposto anteriormente.

---

233 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134.

234 "Além disso, e ainda mais grave, as benesses concedidas pela lei, consistentes em redução de pena, substituição por privativa de direitos ou perdão judicial, são todas medidas aplicáveis ao tempo da sentença, não sendo possível aplica-las sem processo. E, sem denúncia, não há processo. Ademais, os resultados ou consequências da delação somente poderão ser apreciados e valorados na sentença, antes é impossível que se obtenha essa conclusão." BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. 134 p.

235 "Como somente há sanção administrativa para as hipóteses em que o promotor deixar de oferecer a denúncia contra um agente, em detrimento ou benefício de outro, na prática pode ocorrer a celebração de acordos extraprocessuais (e, portanto, a 'burla') entre o Ministério Público e o criminoso, que poderá receber como 'prêmio' não ser incluído no polo passivo da relação processual, tornando-se uma obscura testemunha, valendo aqui recordar a advertência de Calamandrei de que o processo pode ser transformado em um autêntico 'jogo' entre as partes, neste caso completamente desequilibrado e, pior, sem a possibilidade de controle, por parte daquele que julga." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada**: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 189.

Outra crítica que pode ser observada na literatura referencial é a suposta violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo e o direito ao silêncio. Poderia até mesmo ser defendida a tese de inconstitucionalidade da previsão legal que obriga o acusado a abrir mão de seu direito de permanecer em silêncio, tornando mandatório que abra mão do direito ao silêncio quando estiver acompanhado de seu defensor (art. 4º, §14 da Lei n. 12.850/2013)[236].

Tal critica é rebatida pela hipótese de que a própria delação tem como requisito a confissão do crime praticado. Ademais, a renúncia ao direito de permanecer em silêncio, uma das facetas do direito de não produzir provas contra si mesmo, tornar-se-ia mais uma estratégia de defesa empregada de forma a resguardar o próprio delator, que tem interesse em cumprir todos os requisitos da colaboração de forma a ser beneficiado pelas graças da mesma, não podendo se calar, desta forma, ante eventuais questionamentos que digam respeito às acusações por ele relatadas[237].

Entretanto, neste sentido, é evidente que a proteção do direito ao silêncio – ou ainda ao princípio do *nemo tenetur se detegere* – tende a ser precária nos casos concretos, diante da possibilidade de se obter confissões por meio da indução a erro do acusado, ou manipulação de informações em seu desfavor, quando em situação de investigado ou mesmo preso provisório

Isto porque o exercício do direito ao silêncio pode servir como elemento de ameaça ao acusado que, coagido ante a possibilidade de enfrentar acusações mais severas, ou ainda forçado a se manifestar, acaba sendo objeto de verdadeira manifestação prática do "dilema do prisioneiro": em situações como estas, o acusado acabaria por colaborar com seus algozes,

---

236 "Uma vez iniciado o processo, sendo o colaborador, induvidosamente, parte do processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei, incorrendo em nova inconstitucionalidade, estabelece, em seu art. 4º, §14, que o colaborador renunciará – utiliza-se voz cogente – ao direito ao silêncio na presença de seu defensor. Ora, o dispositivo legislativo é claramente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição, como em todos os pactos internacionais de direitos humanos. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo a pretexto de 'colaborar' com a justiça, ou seja, na condição de colaborador. Afinal, interessa-lhe muito mais (é-lhe muito mais benéfico) uma sentença absolutória, que a aplicação dos benefícios decorrentes da colaboração." BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa:** Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134-135.

237 "É óbvio que o direito ao silêncio, hoje amplamente reconhecido pela doutrina, deve ser sempre assegurado. No entanto, quando se tratar de colaborador da justiça, a sua área de atuação deve ser restringida, pois o direito ao silêncio vem ora reconhecido ao colaborador, exclusivamente, quando é uma expressão do seu direito inviolável de defesa, e não quando se negue a qualificação formal (de acusado ou réu em um processo conexo ou de um crime coligado) atribuído a ele por causa de declarações sobre a responsabilidade de outros." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada**: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 193.

evitando um perigo vislumbrado por eventual possibilidade de punição mais severa, ou ainda ante a incomunicabilidade entre os partícipes, que inflamados uns contra os outros pelo investigador, acabam optando pela delação alheia.

Diante de tais possibilidades e ainda outras de impossível previsão, maior ainda deveria ser o cuidado do juiz para homologar a delação, devendo analisar cuidadosamente as circunstâncias do caso concreto e resguardando os direitos individuais do acusado inclusive pela eventual ilegalidade ou ilicitude dos artifícios empregados com o intuito de obter a colaboração do acusado[238].

Novamente com relação à Lei n. 12.850/2013, em seu art. 4º, §10º, até mesmo por trazer tentativa legislativa de regulamentar com maior riqueza de detalhes o instituto da delação premiada, pode ser observada nova crítica, desta vez direcionada à possibilidade de retratação ali prevista, seja por parte do delator ou da acusação.

Com o advento da referida previsão legal, haveria a possibilidade de, no caso concreto, existirem dois principais problemas. No primeiro, sendo admitida a retratação da acusação, uma vez que no curso da instrução criminal fossem encontrados elementos de informação robustos o bastante para fundamentar o pleito condenatório, notadamente no caso de elementos mais substanciais que aqueles fornecidos na delação anteriormente acordada. Poderia, assim, a acusação voltar atrás em suas propostas e retratar o acordo, deixando o delator à mercê do julgamento e sem o pleito para a concessão dos benefícios devidos[239].

Por outro lado, também se permite a retratação por parte do delator, o que traz como efeito a impossibilidade de utilização dos elementos de informação autoincriminatórios produzidos no bojo da delação. Entretanto, este efeito da retratação não alcançaria elementos de informação produzidos contra os demais corréus, trazendo prejuízo a estes por meio de

238 "O ponto nevrálgico é que o princípio *nemo tenetur* tal como expresso na Constituição Federal, não somente proíbe a coação para declarar, bem como pretende proteger o imputado de uma auto incriminação induzida pelo Estado por meio do erro. (...) As possibilidades de coações sutis (mas eficazes) ao agente preso (ou na iminência de sê-lo) são inúmeras e, por isso, exigem redobrada atenção do magistrado, sob pena de invalidar a delação e, com isso, comprometer toda investigação ou processo, pois a lealdade que o Estado deve ter para com o investigado ou processado fica comprometida, impossibilitando a concreção de um ato jurídico válido." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 194.

239 "Nesse caso, resulta sumariamente pernicioso o dispositivo legal. Por um lado, porque, sem mais, o Ministério Público poderia retirar a oferta feita, já homologada, de vantagens em troca da colaboração, mas tendo sido esta adredemente prestada, poderia o Ministério Público ter-se valido de tais informações para produzir outras provas que a supririam, tornando-a dispensável, ou seja, abrir-se-ia passo ao arbítrio, com prejuízos irreparáveis à defesa." BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

declaração que fora, como prevê o próprio texto legal, retratada e, por conseguinte, anulada – situação em que restaria violado, em tese o devido processo legal[240].

É, também, relevante para a presente pesquisa, e principalmente para a análise a ser desenvolvida no capítulo que segue, fazer constar a necessidade de rigoroso controle jurisdicional naquelas delações que tenham como objeto ou sejam motivadas, precipuamente, por fins políticos *stricto sensu*.

Seguindo-se uma lógica eficienticista do Direito Processual Penal, são incluídos no ordenamento jurídico diversos institutos permissivos e até incentivadores da traição entre o criminoso e seus pares, não faltando criticas a este modelo de eficiência, seja por trazer nova faceta do chamado direito penal do inimigo[241], seja por seguir em via diametralmente oposta ao ideal de processo penal inserido em um Estado Democrático de Direito, idealizado em torno da proteção das garantias individuais dos cidadãos[242].

240 "De outro lado, igualmente, abre a possibilidade de retratação por parte do colaborador, o que pressupõe anular o depoimento onde prestou as informações. Outrossim, o dispositivo legal afasta apenas a possibilidade de utilização das provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador, mas não das provas por ele produzidas contra terceiros, ou seja, os depoimentos ratificados seguem funcionando como provas, apenas limitando-se no que concerne à autoincriminação. Na verdade, previsão como esta permitiria ao Ministério Público ser ardiloso e usar abusivamente dessa técnica para produzir provas de forma, no mínimo, imorais, mas também ilegais e inconstitucionais, violando o devido processo legal." BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa:** Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135-136.

241 "O retorno aos postulados da inquisição, onde o agora Estado moderno deve ser eficiente, no sentido de justificar um tratamento energético, com meios estranhos aos postulados garantistas, se constitui em reconhecer a admissão de uma luta para extrair de pessoas o maior número de informações para descobrir e comprovar a prática de delitos – devolvendo a confissão o título de rainha das provas – vem a bem da verdade, respaldar o crescimento de prisões cautelares como resposta simbólica a sociedade, culminando com o crescimento de um arsenal "moderno", de práticas inquisitoriais que já se consideravam banidas, agora coroadas pela proliferação (ou retorno) da delação premiada, na alça da consolidação de um 'novo' Direito Penal do inimigo." BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 213-214.

242 "Disto resulta a devastação do completo sistema das garantias: (...) a não derrogação do juízo, que significa a não fungibilidade da jurisdição e de suas garantias, assim como a obrigatoriedade da ação penal e a indisponibilidade das situações penais elididas pelo poder do Ministério Público de mandar soltar aquele que se declare culpado; a presunção de inocência e o ônus acusatório da prova, negados substancialmente – já que não formalmente – pela confissão interessada; e o papel de subordinação do indiciado em relação à acusação e à defesa; o princípio do contraditório, que reclama o conflito e a clara separação dos papéis entre as partes processuais. A própria natureza do interrogatório resulta pervertida, sendo não mais meio de instauração do contraditório por meio da contestação da acusação e a exposição da defesa, mas relação de forças entre inquisidores e inquiridos, na qual ao primeiro não incube nenhum ônus probatório mas, apenas, a opressão sobre o segundo e registrar as autoacusações." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 691-692.

Entretanto, em um contexto social onde a opinião publicada busca o "combate à impunidade a qualquer custo e reafirma o processo penal do espetáculo"[243], as delações premiadas, particularmente aquelas que versem sobre agentes políticos e econômicos, tomam proporções ainda mais exageradas pela constante influência midiática que circunda o processo. Em um quase regime de urgência, os termos, identidades, informações e declarações constantes dos acordos de colaboração são pulverizados em todos os meios de comunicação, com desdobramentos sociais, econômicos ou políticos, direta ou indiretamente.

Mas, alertam alguns dos autores consultados que a desenvoltura com a qual as notícias são publicadas não coaduna com o tempo próprio do direito. Opiniões são afoita e apressadamente formadas e a pressão popular se avoluma exponencialmente. Entretanto, não necessariamente as declarações prestadas naqueles instrumentos que são noticiados são verdadeiras, ou mesmo pode-se notar o fim almejado pelo delator[244] que pode eventualmente usar de sua posição privilegiada para influenciar não apenas o processo ao qual responde, mas, afinal, a política, que a seu turno, também se desenvolve de forma diversa daquela do direito[245].

243 RUBENS, R. R. Casara. **Processo Penal do Espetáculo:** Ensaios sobre o Poder Penal, a Dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

244 "Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de 'camaradagem' para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito de delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator." BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa:** Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117.

245 "Em primeiro lugar, não há dúvida que a delação pode dar ensejo a abusos ou incriminações gratuitas e infundadas. A desgraça é que tudo isso vem a público imediatamente, porque o tempo da mídia não é o mesmo da Justiça. A presunção de inocência, lamentavelmente, em regra, não vale para a mídia. O tempo que se gasta para divulgar uma notícia hoje (fundada ou infundada, até porque se sabe que há setores no jornalismo que não são muito responsáveis) é o mesmo que se consome para pronunciar as palavras delatoras. Esse quadro é mais preocupante quando se trata de um delator político ou de uma delação com fins políticos. Os políticos, em regra, contam com uma 'ética' própria, interesses específicos etc. O poder é a meta. E para se alcançar a meta (o fim) às vezes não se preocupam com os meios, o que revela o caráter maquiavélico das suas iniciativas. Delação de políticos ou feita por interesses políticos deve ser vista com redobrado cuidado." GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). **Legislação Criminal Especial.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 276. (Ciências Criminais, Vol. 6).

4 DELAÇÃO PREMIADA À ESPÉCIE: O CASO PAULO ROBERTO COSTA

"*O processo leva consigo uma carga de sacrifício*
(eu ouviria dizer: de dor) que nenhuma sentença
pode reparar"

(Eduardo Couture)

4.1 HISTÓRICO DAS PRISÕES DE PAULO ROBERTO COSTA

Como primeiro passo para estudar as prisões preventivas, bem como as liberdades provisórias e o acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa, de forma a analisar o caso concreto e responder os questionamentos aos quais se propõe a presente pesquisa, necessário elaborar breve apanhado cronológico sobre os referidos acontecimentos.

É de conhecimento público a investigação levada a cabo inicialmente pela 13ª Vara Federal em Curitiba, com ramificações também no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, com o nome de "operação lavajato".

Em investigação levada a cabo pela Polícia Federal, nos autos do Inquérito Policial 714/2009, teria sido observadas operações ilícitas com o objetivo de "lavar dinheiro oriundo de crimes antecedentes praticados em detrimento da PETROBRAS". Ademais, a referida investigação teria como fim, em um primeiro momento, "apurar a atuação de organizações criminosas responsáveis pela operação de estruturas paralelas ao mercado de câmbio e lavagem de dinheiro, abrangendo um grupo de doleiros com âmbito de atuação nacional e transnacional"[246].

No caso de Paulo Roberto Costa, foram autorizadas buscas e apreensões no bojo do processo n. 5001446-62.2014.4.404.7000, na data de 24 de fevereiro de 2014. Já em 19 de março do mesmo ano foi decretada, nos autos do processo de n. 5014901-94.2014.404.7000, a prisão temporária do acusado por cinco dias, bem como novas diligências de busca e apreensão no endereço do acusado e de suas filhas, uma vez seus familiares teriam retirado

246 Os trechos do parágrafo são citados a partir da decisão de 29 de setembro de 2014, nos autos da Petição n. 5209, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki, homologando o termo de delação premiada firmado entre Paulo Roberto Costa e o Ministério Público. - **Anexo VI**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/teori-homologa-delacao-paulo-roberto.pdf>. e : <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>

documentos ou valores em espécie do endereço em que funcionava, à época, empresa do investigado[247].

Posteriormente, dada a proximidade de expiração da prisão temporária anteriormente imposta, por decisão nos mesmos autos e datada de 24 de março de 2014, a prisão temporária do acusado foi convertida em prisão preventiva, utilizando-se como pressuposto a retirada de documentos do endereço comercial do investigado, bem como o fato de que a sua esposa teria retirado expressivo valor de conta conjunta do casal e transferido para conta pessoal e individual[248].

Já em 24 de abril de 2014, um mês após a decretação da primeira prisão preventiva, o juízo da 13ª Vara Federal do Paraná renovou o decreto prisional, adicionando novos fatos aos que já teriam sido apresentados em decisão de 24 de fevereiro de 2014, nos autos do processo n. 5001446-62.2014.404.7000[249], e de 24 de março de 2014, nos autos do processo n. 5014901-94.2014.404.7000.

Nesta nova decisão, também é informado que a prisão do acusado deveria ser mantida não apenas pelos fatos narrados em decisões anteriores, mas também por novos elementos de informação que indicariam a aquisição, ou tentativa de fazê-lo, das empresas Ecoglobal Ambienta e Ecoglobal Overseas, no valor de 18 milhões de reais. Haveriam, nas palavras da decisão, "suspeitas fundadas sobre a licitude do negócio"[250], uma vez que as referidas empresas teriam fechado contrato no valor de 443 milhões de reais com a estatal Petrobrás.

Já em 18 de maio de 2014, sobrevém decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação n. 17.623, na qual a defesa do acusado suscita a suposta violação da

247 Dados extraídos da decisão de 19 de março de 2014, proferida nos autos do processo n. 5014901-94.2014.404.7000, anexados à Reclamação n. 17.623 do Supremo Tribunal Federal. – **Anexo I**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

248 Dados extraídos da decisão de 24 de março de 2014, proferida nos autos do processo n. 5014901-94.2014.404.7000, anexados à Reclamação n. 17.623 do Supremo Tribunal Federal. **Anexo II**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

249 Não foi possível obter acesso às decisões dos referidos autos, uma vez que encontram-se em segredo de justiça e nem foram juntados pela defesa do acusado nos autos da Reclamação n. 17.623 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal. Ainda assim, a impossibilidade de acesso àquelas decisões não trará malefícios ao presente estudo, uma vez que as decisões mais expressivas que implementam a prisão cautelar serão observadas em sua integralidade.

250 Dados extraídos da decisão de 24 de abril de 2014, proferida nos autos do processo n. 5026212-82.2014.404.7000, **Anexo III**. Disponível em: <http://www.jfpr.jus.br/>.

competência constitucional do Supremo Tribunal, já que nos processos em trâmite na 13ª Vara Federal do Paraná seriam investigados parlamentares do Congresso Nacional[251].

Na referida decisão do Ministro Teori Zavascki, é deferida a liminar da defesa para que sejam suspensos diversos processo em trâmite no juízo de origem, determinando ainda que Paulo Roberto Costa fosse posto em liberdade.

A prisão preventiva do acusado foi reestabelecida por decisão datada de 11 de junho de 2014, nos autos do processo n. 5040280-37.2014.404.7000, sendo utilizado como substrato fático para tal os elementos apresentados nas prisões preventivas anteriores, além da informação de que teriam sido encontradas contas não declaradas na Suíça em nome do acusado, fato que não teria sido informado por Paulo Roberto Costa nem em depoimentos anteriores, nem quando interrogado em Comissão Parlamentar de Inquérito. Ressalta ainda a decisão que as novas informações dariam aso à implementação da prisão preventiva mesmo com o bloqueio das contas que chegaram ao conhecimento do juízo, ante a possibilidade de existência de outras que ainda não tivessem sido encontradas pelos órgãos de investigação[252].

Por fim, Paulo Roberto Costa foi posto novamente em liberdade, em 29 de setembro de 2014, também por decisão do Supremo Tribunal Federal, que homologou o termo de colaboração premiada firmado entre o acusado e o Ministério Público Federal em 27 de agosto de 2014[253].

4.2 EXPOSIÇÃO DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NAS PRISÕES PREVENTIVAS E LIBERDADES PROVISÓRIAS NO CASO PAULO ROBERTO COSTA

Após analisar brevemente os elementos fáticos que compõem as decisões de prisão preventiva e liberdade provisória de Paulo Roberto Costa, necessário expor os fundamentos utilizados para justificar a necessidade de implementação das restrições cautelares à liberdade em cada um dos casos.

---

251 Dados extraídos da decisão de 18 de maio de 2014, proferida nos autos da Reclamação 17.623. **Anexo IV**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

252 Dados extraídos da decisão de 11 de junho de 2014, proferida nos autos do processo n. 5040280-37.2014.404.7000. – **Anexo V**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/decisoes-da-justica/documentos/10-4028037_ultima-prisao-de-prc>

253 Dados extraídos da decisão de 29 de setembro de 2014, proferida nos autos da Petição 5.209. **Anexo VI.** Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/teori-homologa-delacao-paulo-roberto.pdf>. e : <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>

Inicialmente, na prisão provisória decretada pela decisão de 19 de março de 2014, nos autos de número 5014901-94.2014.404.7000, foi utilizado pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba como fundamento o fato de que familiares do acusado teriam dificultado a colheita de provas, uma vez que teriam se dirigido ao endereço comercial do acusado e dali retirado documentos[254].

Além disso, aponta o juiz que haveria permissivo assentado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a tentativa do investigado de burlar a investigação manipulando os elementos de informação que poderiam ser apreendidos pela polícia bastaria para ensejar a prisão cautelar, tenha o acusado agido pessoalmente ou por meio de interpostas pessoas[255].

Desta forma, e ainda que citando posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é cabível a prisão preventiva, o juiz decide pela prisão temporária do investigado pelo prazo de cinco dias, reputando para momento posterior a decisão sobre a conversão da temporária em preventiva, caso necessário[256].

---

254 "Entretanto, no cumprimento da busca constatou-se, por imagens filmadas do circuito interno, que houve ocultação de provas por parentes do investigado:

''Ocorre que, no curso do cumprimento do mandado de busca e apreensão, enquanto equipe que cumpria no endereço comercial se deslocou até a residência do alvo para obtenção da chave do escritório, constatou-se que foram retirados grande quantidade de documentos e/ou moeda em espécie, conforme imagens obtidas do sistema de segurança local:

(...) Observa-se assim que familiares de Paulo Roberto Costa estiveram no local objeto da busca,tendo retirado grande quantidade de documentos, bem como há possibilidade concreta de tê-los ocultado.'

Na representação, juntadas imagens que revelam de fato pessoas, identificadas como parentes do investigado, deixando o local com pacotes e malas, dando amparo à avaliação da autoridade policial." **Anexo I.**

255 "Casos de perturbação da colheita da prova durante a investigação justificam a decretação, por si só, da prisão preventiva, cf. seguinte e relevante precedente do Supremo Tribunal Federal que foi tomado no HC 102.732/DF, em caso emblemático envolvendo o ex-Governador do Distrito Federal:

'EMENTA: (...)PRISÃO PREVENTIVA - INSTRUÇÃO CRIMINAL - ATOS CONCRETOS. A prática de atos concretos voltados a obstaculizar, de início, a apuração dos fatos mediante inquérito conduz à prisão preventiva de quem nela envolvido como investigado, pouco importando a ausência de atuação direta, incidindo a norma geral e abstrata do artigo 312 do Código de Processo Penal.(...).' (HC 102.732/DF - Plenário - Rel. Min. Marco Aurélio – por maioria - j. em 04/03/2010 - DJE de 07/05/2010)." **Anexo I.**

256 "Não obstante, prefiro nesse momento decretar a prisão temporária do investigado Paulo Roberto Costa, CPF 302.612.879-15, por cinco dias, na expectativa de que a medida seja suficiente para impedir novas perturbações da provas e de que permita localizar a prova desviada. Após o final do prazo decidirei, a depender da localização das provas desviadas e da persistência do risco à instrução, sobre a representação pela prisão preventiva." **Anexo I**.

Na decisão de 24 de março de 2014, volta o juízo a decidir sobre a manutenção da prisão preventiva de Paulo Roberto Costa, ante a proximidade do fim do prazo da prisão provisória anteriormente decretada. Em um primeiro momento, ressalta a decisão que não houve decretação da prisão do investigado desde o início das apurações, pois nem ao menos teria sido razoável fazê-lo, limitando-se à busca e apreensão do veículo Land Rover adquirido por Alberto Youssef, mas com fatura em nome de Paulo Roberto Costa, além de elementos de informação nos seus endereços comerciais e residenciais[257].

Entretanto, conclui o juízo que a grande quantidade de dinheiro em espécie apreendido indicaria indício veemente da prática de crime na origem dos valores[258], qualificada pelo fato de o investigado supostamente, à época, ainda manter relacionamento com o doleiro Alberto Youseff. Seria possível a associação do numerário encontrado na casa de Paulo Roberto Costa ao doleiro, dada a natureza da atividade desenvolvida por este, envolvendo grande fluxo de dinheiro em espécie[259].

Assim, uma vez que Paulo Roberto Costa não teria conseguido trazer elementos que corroborassem a licitude de sua relação com Alberto Youssef, bem como o fato de que ocorrera a juntada de documento informando que o relacionamento de ambos seria mais profundo do que o que fora inicialmente vislumbrado[260]. Tudo isso foi suficiente para o juízo reconhecer como presentes os elementos necessários a indicar a presença dos pressupostos da prisão preventiva: prova de materialidade e autoria no crime de corrupção passiva[261]. Supostamente presentes indícios suficientes de materialidade e autoria, o juízo analisa também a presença de fundamentos para decretá-la. Segundo a decisão analisada, a suposta

257 "Assim, foi pedida e autorizado na ocasião apenas a busca e apreensão do veículo e ainda de provas nos endereços residenciais e comerciais do investigado Paulo Roberto Costa." **Anexo II**

258 "Não é, por evidente, ilícita a posse direta de grandes quantias de dinheiro em espécie, especialmente em residência, mas inegável que o fato, especialmente envolvendo pessoa que já exerceu cargo de Diretor de empresa estatal e ainda relacionada a criminoso profissional (Alberto Youssef), constitui indício veemente da prática de crimes na origem do numerário." **Anexo II**.

259 "O elevado valor deles, bem como o fato de que parte encontrado em moeda estrangeira, permitem ligação com a atividade de Alberto Youssef, no qual é típica a movimentação de grandes quantidades de dinheiro em espécie." **Anexo II**

260 "Apresentou, porém, na petição do 40, alguns documentos que indicam que a relação de Paulo Roberto Costa com Alberto Youssef é bem mais profunda do que a alegada consultoria. Os documentos retratados na representação sugerem a existência de uma conta corrente dele com o doleiro, contas comuns no exterior e a entrega de relatórios mensais da posição dele como doleiro e com pagamentos em haver para ele e para terceiros, alguns deles também relacionados a negócios envolvendo a Petrobras (v.g.: Fernando Soares, vulgo 'Fernando Baiano', apontado como envolvido em intermediações de negócios da Petrobrás)" **Anexo II**

261 "Reputo, portanto, presente pressuposto da prisão preventiva, prova de materialidade e de autoria de crime de corrupção passiva." **Anexo II**.

retirada de documentos e valores do endereço comercial do investigado teria perturbado a colheita dos elementos de informações à qual se destinava a busca e apreensão levada a cabo pela polícia[262].

Além disso, haveria uma segunda interferência à colheita dos elementos de convicção quando a esposa do investigado transferiu valores de uma conta conjunta do casal para conta pessoal daquela, que constituiria novo fundamento para o decreto prisional[263]. Finaliza a decisão no sentido de que, ante as tentativas de manipulação realizadas por Paulo Roberto Costa haveria risco de reiteração[264], razão pela qual é decretada a prisão preventiva sob o argumento de necessidade de proteção à instrução criminal[265].

Posteriormente, em decisão proferida nos autos de número 5026212-82.2014.404.7000, em 24 de abril de 2014, foi recebida denúncia contra o investigado Paulo Roberto Costa, sendo decretada ainda na mesma decisão nova prisão preventiva por motivos, entretanto, diversos da primeira.

Afirma o juiz que a manutenção da prisão preventiva ainda seria necessária já que, apenas com o início da instrução da ação penal, ainda haveria risco de interferência na produção dos elementos de informação nesta fase processual[266]. Mas, além disso, e como principal fundamento para a decretação de nova prisão preventiva, seria o indício da continuidade da ação delitiva, mesmo após deixar o cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobrás[267], inclusive pela suposta aquisição, ou tentativa de fazê-lo, das empresas Ecoglobal Ambienta e Ecoglobal Overseas em parceria com Alberto Youssef[268].

---

262 "Quanto aos fundamentos para a preventiva, o episódio da retirada de material, provas ou dinheiro, do escritório profissional do investigado Paulo Roberto Costa na própria data da efetivação das buscas, é um dos casos mais claros de perturbação na colheita de provas com os quais este Juízo já se deparou. Não há justificativa lícita para o episódio e não há registro de que as evidências dissipadas foram recuperadas." **Anexo II**

263 "Agrego o fato superveniente do esvaziamento das aplicações financeiras do investigado junto aos bancos, buscando prevenir eventual ação da Justiça em sequestrá-los." **Anexo II**

264 "(...) há um risco concreto de que haja novas interferências na investigação ou na instrução pelo investigado, seja ocultando outras provas, seja produzindo documentos falsos ou manipulando testemunhas." **Anexo II.**

265 "Ante o exposto, defiro o requerido e decreto, com base no art. 312 do CPP e em vista do risco à instrução criminal, a prisão de Paulo Roberto Costa." **Anexo II**

266 "O oferecimento da denúncia não altera o quadro, da necessidade da medida para coibir a interferência na produção da prova, uma vez que a instrução na ação penal apenas agora se inicia e mesmo diante da necessidade, como requerido pelo MPF na cota junto à denúncia, da realização de novas investigações sobre fatos que ainda não foram objeto de imputação, como os crimes antecedentes e outros." **Anexo III**

267 "Pelo que se depreende da imputação, Paulo Roberto Costa persistiu recebendo e lavando valores provenientes dos desvios mesmo após deixar o cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobrás, o que pode

Ante estes fatos, e com a justificativa de os supostos fatos criminosos terem sido praticados de forma reiterada e habitual, não seria possível evadir-se da aplicação da prisão preventiva ante a inadequação de medidas diversas[269], razão pela qual decide o juízo pela aplicação da constrição cautelar com o intuito de interromper o ciclo delitivo e, desta forma, resguardar a ordem pública[270].

Foi ajuizada pela defesa a reclamação número 17.623, perante o Supremo Tribunal Federal onde foi deferido, em decisão do dia 18 de maio de 2014, o pedido liminar no sentido de suspender os inquéritos em trâmite perante a 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, suspendendo também, desta forma, as prisões preventivas decretadas no âmbito dos referidos processos.

A referida decisão fundamenta que estariam presentes elementos de informação suficientes, de forma a fazer crer haver a presença de indícios de participação de membro do Congresso Nacional nos fatos investigados pelo juízo de origem[271]. Desta forma, e ainda que desmembrada a investigação contra cidadão com prerrogativa de foro por função, uma vez

---

ser explicado, como afirma o MPF, pela sua eventual continuidade no Conselho de Administração da Refinaria Abreu e Lima, pela persistência de sua influência no mercado em questão e junto à empresa estatal e seus fornecedores e pela própria parceria estabelecida com Alberto Youssef." **Anexo III**

268 "Ilustrando a persistência na atividade delitiva mesmo após Paulo Roberto Costa ter deixado o cargo de Diretor, encontra-se o episódio da aquisição ou tentativa de aquisição às ocultas por ele, em conjunto com Alberto Youssef e em setembro de 2013, das empresas Ecoglobal Ambienta e Ecoglobal Overseas, estas, por sua vez, contratadas para fornecimento de serviços à Petrobras por valores de cerca de 443 milhões de reais. Embora os fatos precisem ser melhor esclarecidos, o que se fará nas investigações a serem instauradas, o preço convencionado para aquisição da Ecoglobal, de cerca de 18 milhões, apenas uma fração do contrato com a Petrobras, gera suspeitas fundadas sobre a licitude do negócio." **Anexo III**

269 "Em um contexto de atividade criminal habitual e realizada de forma profissional, no âmbito do grupo comandado por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, não vislumbro, outrossim, como substituir a preventiva por medidas cautelares substitutivas." **Anexo III**

270 "Ante o exposto, presentes provas, em cognição sumária, de reiterada e habitual prática delitiva, envolvendo lavagem de recursos públicos desviados, reputo necessário, na esteira do requerido pelo MPF, de decretar a prisão preventiva de Paulo Roberto da Costa também para interrupção do ciclo delitivo, ou seja, desta feita para resguardar a ordem pública. Como não se pode agregar fundamentos novos à prisão cautelar pretérita, necessária nova prisão por fundamentos diversos. A determinação presente não prejudica a anterior prisão decretada com fundamento exclusivo na garantia da investigação e da instrução criminal. Decreto, portanto, nova prisão preventiva de Paulo Roberto Costa, desta feita nestes autos e tendo por fundamento a necessidade de resguardar a ordem pública, impedindo a continuidade do ciclo delitivo." **Anexo III**

271 "Por outro lado, no material selecionado pelo próprio Juízo reclamado para remessa a esta Corte (Ofício 8304147, autuado como Pet 5170, conclusa em 16 do mês corrente), acha-se o "Relatório de monitoramento telemático nº 07/2014", datado ainda de 17 de abril, em que são relacionadas inúmeras trocas de mensagens entre Alberto Youssef e André Vargas, ao longo de largo período de tempo. Outros congressistas são relacionados abertamente como suspeitos, a ponto de solicitar-se expressamente, ao Juízo ora reclamado, diligências complementares às já produzidas, tendo alvo outro Deputado Federal (Cândido Vaccarezza)". **Anexo IV**

que o juízo de piso teria decidido monocraticamente sobre o desmembramento, haveria, ainda, descumprimento do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo ele competente para a análise do desmembramento[272].

Desta forma, decidiu o ministro relator, monocraticamente, por serem relevantes os argumentos apresentados na referida reclamação, deferindo o pedido liminar pleiteado pela defesa, até que o próprio Supremo Tribunal Federal decidisse sobre o desmembramento das investigações, bem como sobre a legalidade dos atos decisórios até então praticados [273]. É suspenso, portanto, o trâmite das investigações bem como revogada a prisão preventiva do investigado Paulo Roberto Costa, com a consequente determinação para que fosse imediatamente posto em liberdade[274].

Não obstante a liberdade provisória concedida, a prisão preventiva de Paulo Roberto Costa foi novamente decretada por decisão de 11 de junho de 2014, proferida nos autos de número 5040280-37.2014.404.7000. Após a decisão em sede de liminar do Supremo Tribunal Federal que pôs o acusado em liberdade, o ministro Teori Zavascki teria levado a questão para discussão à Segunda Turma do tribunal, sendo o acórdão no sentido de devolver os processos então suspensos ao juízo de origem, à exceção daqueles em que figurassem como investigados cidadãos com prerrogativa de foro por função que já haviam sendo desmembrados, representando também pela validade dos atos judiciais praticados até então[275].

---

272 "Ocorre, porém, que o Plenário desta Suprema Corte mais de uma vez já decidiu que "é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais." (...) É certo que a jurisprudência do Tribunal se adotado, mais recentemente, orientação no sentido de promover, sempre que possível, o desmembramento de inquérito, para manter sob sua jurisdição, em regra, apenas o que envolva autoridade com prerrogativa de foro, segundo as circunstâncias de cada caso(...).Todavia, essa orientação não autoriza que o próprio juiz de primeiro grau se substitua à Suprema Corte, promovendo, ele próprio, deliberação a respeito do cabimento e dos contornos do referido desmembramento." **Anexo IV**

273 "Assim, sendo relevantes os fundamentos da reclamação, é de se deferir a liminar pleiteada, até para que esta Suprema Corte, tendo à sua disposição o inteiro teor das investigações promovidas, possa, no exercício de sua competência constitucional, decidir com maior segurança acerca do cabimento ou não do seu desmembramento, bem como sobre a legitimidade ou não dos atos até agora praticados." **Anexo IV.**

274 "Ante o exposto, defiro a liminar (...) para determinar: (a) a suspensão de todos os inquéritos e ações penais relacionados pela autoridade reclamada, assim como os mandados de prisão neles expedidos, contra o reclamante inclusive, disso resultando sua imediata colocação em liberdade, se por outro motivo não estiverem presos;" **Anexo IV.**

275 "Sobreveio notícia, em 10/06/2014, de que o eminente Ministro Teori Zavascki submeteu o caso à Segunda Turma do STF e votou no sentido da devolução dos processos atinentes à Operação Lavajato a este Juízo, inclusive as oito ações penais, ressalvados os fatos relativos a parlamentares federais que já haviam sido desmembrados. Os atos judiciais praticados foram reputados todos válidos. Seu voto foi acompanhado por unanimidade." **Anexo V**.

No novo decreto prisional, o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba reafirma os argumentos apresentados nas decisões anteriores que implementaram a prisão preventiva ao acusado. Desta forma, estariam presentes riscos à instrução pela possibilidade de manipulação dos elementos de informação, bem como a tentativa anterior de distribuir valores de forma a retirá-los do alcance judicial, além de supostamente continuar a prática delitiva com o acusado Alberto Youssef, mesmo não mais exercendo o cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobrás[276].

Além destes elementos, já anteriormente utilizados para fundamentar as prisões preventivas de Paulo Roberto Costa, também se adicionaria o fato de que contas secretas em seu nome teriam sido encontradas no exterior. Haveria, portanto, risco à aplicação da lei penal, ante a possibilidade de o acusado evadir-se do país[277], uma vez que dispunha de mais de 20 milhões de dólares em contas estrangeiras, mesmo com as referidas contas já tendo sido bloqueadas, já que a dissimulação delas poderia representar um padrão de conduta, não se podendo excluir a possibilidade de existência de outras contas em situação semelhante[278].

O juízo restabelece, com os fundamentos acima expostos, a prisão preventiva de Paulo Roberto Costa, utilizando-se dos argumentos anteriormente colocados, bem como pelo risco à

276 "Quanto aos fundamentos, igualmente. Há risco à investigação e à instrução, não só em relação às ações penais em andamento, mas também quanto às investigações complementares em andamento pela Polícia Federal, evidenciado pelo fato de familiares do acusado terem sido surpreendidos, durante as buscas, destruindo ou ocultando provas, o que só pode ter sido feito a seu mando, e ainda por ter tentado dissipar valores mantidos em contas correntes a fim de ocultá-los do sequestro judicial. Há ainda risco à ordem pública, evidenciado pela prática, nos termos da denúncia oferecida pelo MPF, de sucessivos desvios de recursos na construção da Refinaria Abreu e Lima, com posterior lavagem com auxílio de Alberto Youssef, e que teriam se prolongado mesmo depois dele ter deixado o cargo de Diretor de Abastecimento da Petrobrás." **Anexo V**

277 "A manutenção de contas secretas no exterior pelo acusado e até o momento ocultadas deste Juízo (...)indica também risco à aplicação da lei penal, com a possibilidade do acusado evadir-se do país e ainda fruir do patrimônio ilícito mantido às ocultas no exterior e longe do alcance das autoridades brasileiras. Por óbvio, a mera entrega de passaportes em Juízo não previne a fuga, máxime quando o acusado é titular de contas secretas milionárias no exterior e ainda considerando os milhares de quilômetros de fronteira terrestre do Brasil com os outros países, sujeitos a um controle de trânsito pouco rigoroso." **Anexo V**.

278 "O fato das contas terem sido descobertas pelas autoridades suíças - e eventualmente bloqueadas - não previne a fuga, pois não há nenhuma garantia de que, mesmo tendo sido bloqueadas, assim permanecerão, pois dependente a persistência do sequestro e do futuro confisco de uma série de circunstâncias ainda incertas, bem como de um usualmente longo procedimento de cooperação jurídica internacional. Além disso, as contas secretas na Suíça podem apenas revelar um padrão de conduta, não se excluindo de antemão a possibilidade da existência de outras contas em outros países, eventualmente de difícil acesso pelas autoridades brasileiras." **Anexo V**

aplicação da lei penal, supostamente materializado no fato de o acusado ter contas com grandes somas de dinheiro no exterior[279].

Por fim, em decisão de 29 de setembro de 2014, nos autos da Petição n. 5.209, do Supremo Tribunal Federal, o ministro Teori Zavascki homologa o acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa, chancelando o que havia sido negociado entre este e o Ministério Público Federal, no sentido de se ver convertida a prisão preventiva por medida cautelar de prisão domiciliar[280].

Assim, ficou garantido ao então delator preso a possibilidade de ser posto em liberdade, nos termos do acordo firmado com o Ministério Público Federal, sendo substituída a prisão preventiva pela prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica.

4.3 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES NO CASO PAULO ROBERTO COSTA

Com a análise pormenorizada apresentada nos tópicos anteriores deste capítulo, tem-se que os fundamentos jurídicos utilizados para as seguintes decisões judiciais referentes às prisões preventivas e liberdades provisórias de Paulo Roberto Costa estão presentes:

279 "Assim, sem necessidade de decretar nova prisão preventiva, persistindo os pressupostos e fundamentos das anteriormente decretadas e considerando a informação nova quanto à manutenção de contas secretas, com saldos milionários, no exterior, indicando igualmente risco à aplicação da lei penal, defiro parcialmente o requerido anteriormente pelo Procurador Geral da República e agora reiterado perante este Juízo pelo Ministério Público Federal aqui atuante, para o fim de restabelecer as prisões preventivas anteriormente decretadas contra Paulo Roberto Costa, com o fundamento adicional ora exposto." **Anexo V**

280 "§4º. O Ministério Público pleiteará a conversão da preventiva comum em prisão cautelar domiciliar com monitoramento eletrônico apenas depois de colhidos todos os depoimentos por meio dos quais o colaborador trouxer todas as informações e provas disponíveis sobre os fatos em investigação e sobre todos e quaisquer crimes de que tenha conhecimento, tenha ou não deles participado, envolvendo, direta ou indiretamente:

a) a Petrobrás;

b) a Administração Pública direta ou indireta, seus atos ou contratos;

c) pessoas físicas e jurídicas que tenham se relacionado de algum modo com a Administração Pública direta ou indireta;

d) recursos, total ou parcialmente, públicos.

(...)§7º. O prazo da prisão domiciliar com tornozeleira terá o seu marco inicial, para efeitos de contagem, 15 dias depois da assinatura deste acordo, ainda que o acusado seja mantido por prazo superior sob reclusão cautelar comum (nos termos dos parágrafos antecedentes), de modo que o tempo de segregação cautelar comum que exceda 15 dias a partir da data deste acordo será diminuído do prazo de prisão domiciliar com tornozeleira a cumprir." **Anexo VI**

a) Na decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, em 19 de março de 2014, nos autos de número 5014901-94.2014.404.7000, quando da decretação da prisão temporária "para impedir novas perturbações da (sic) provas e de que permita localizar a prova desviada"[281].

b) Na decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, em 24 de março de 2014, nos autos de número 5014901-94.2014.404.7000, quando da conversão da prisão temporária em preventiva "em vista do risco à instrução criminal"[282].

c) Na decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, em 24 de abril de 2014, nos autos de número 5026212-82.2014.404.7000, que reitera os fundamentos da decisão anterior além de decretar nova prisão preventiva, "tendo por fundamento a necessidade de resguardar a ordem pública, impedindo a continuidade do ciclo delitivo"[283].

d) Na decisão monocrática proferida pelo ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, em 18 de maio de 2014, nos autos da reclamação de número 17.623, que determina a suspensão de diversos inquéritos e ações penais, àquela época em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, "assim como mandados de prisão neles expedidos, contra o reclamante inclusive, disso resultando sua imediata colocação em liberdade" [284].

e) Na decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, em 11 de junho de 2014, nos autos de número 5040280-37.2014.404.7000, que afirma ainda estarem presentes os fundamentos das decisões de prisão preventiva anteriores, além de

281 **Anexo I**

282 **Anexo II**

283 **Anexo III**

284 **Anexo IV**

> terem sido descobertas "contas secretas, com saldos milionários, no exterior, indicando igualmente risco à aplicação da lei penal"[285].
>
> f) Por fim, na decisão proferida pelo ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, de 29 de setembro de 2014, na qual é homologado o acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa, passando a valer o estipulado no instrumento negocial realizado com o Ministério Público Federal, no sentido de que "a prisão domiciliar, referida na presente cláusula, seja a forma de execução da custódia cautelar", substituindo a prisão preventiva pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica[286].

Assim, enumerados os fundamentos dos referidos atos decisórios, por questões de didática, será realizada a análise crítica de cada uma delas nos subtópicos que seguem.

4.3.1 Prisão temporária de 19 de março de 2014

Como mencionado no tópico anterior, a primeira prisão decretada em desfavor de Paulo Roberto Costa foi temporária, limitada pelo juízo em cinco dias e fundamentada no fato de que o investigado teria pedido que sua filha, durante execução de mandado de busca e apreensão em sua residência, se dirigisse a um de seus endereços comerciais e de lá retirasse documentos e valores. Com isso, alegou o juízo da 13ª Vara Federal que, no caso concreto, haveria tentativa do investigado de dissimular elementos de informação, com o intuito de dificultar as investigações e colheita de provas[287].

Foi utilizado como fundamento legal pelo juízo para a decretação da prisão temporária o art. 1º, I e III, da Lei n. 7.960/1986, que versam, respectivamente, sobre a possibilidade de decretação da prisão temporária nos casos de imprescindibilidade para a continuidade das investigações e quando existir indícios de autoria ou participação do investigado em diversos crimes.

---

285 **Anexo V**

286 **Anexo VI**

287 Ver nota 254.

Ante os elementos fáticos apresentados pelo juízo – a manipulação de elementos de informação pelo investigado e/ou seus familiares –, a medida de prisão temporária, com sua fundamentação na hipótese do art. 1º, I da referida lei, tende à necessidade de acautelamento processual. Com base nos vídeos juntados aos autos, teriam sido identificados familiares do investigado subtraindo itens do endereço comercial deste. Por ser investigação que ainda se encontrava em fase inicial, a primeira busca e apreensão realizada em desfavor de Paulo Roberto Costa inclusive, compreensível o temor do juízo de que a atitude ilícita voltasse a ser praticada caso o agente permanecesse em liberdade.

A fundamentação também no inciso, III, art. 1º da referida lei, entretanto, deve ser refutada como incompleta. O comando legal traz, em seu inciso III, diversas alíneas com indicações de crimes que permitiriam a aplicação da constrição cautelar de prisão temporária. A decisão, no entanto, não faz referência a nenhuma destas alíneas, que qualificariam o inciso e conferir-lhe-iam capacidade de aplicação, ante a necessidade de ser demonstrado o crime expressamente ali previsto e os elementos de autoria reconhecidos pelos elementos de informação coligidos aos autos.

Ainda com relação à previsão da prisão temporária no texto de lei, necessário fazer referência ao que foi abordado anteriormente nesta pesquisa. Entende a bibliografia consultada que, para que sejam preenchidos os requisitos da prisão temporária, é necessário que estejam presentes os fundamentos de ao menos duas das possibilidades enumeradas pelos incisos do art, 1º da Lei de regência.

Desta forma, uma vez que ausente, insuficiente ou incorreta a indicação dos incisos que se amoldam ao caso concreto, restando como legítima a fundamentação em relação a apenas um deles, a prisão temporária deve ser reconhecida como ilegal.[288]

Para além do texto legal, nota-se também que a prisão temporária, particularmente no caso em estudo, poderia ser considerada aplicável até mesmo à luz do referencial teórico adotado, da *teoria garantista* de Ferrajoli.

Para o autor, ainda que seja necessária a proteção da liberdade dos investigados, é possível que seja determinada sua reclusão, em sede de cautelar, de forma a proteger a higidez

288 Ver notas 82 e 83.

dos elementos de informação que poderiam ser contaminados pela atividade ilícita do investigado que, ativamente, tentar manipulá-las indevidamente[289].

Da mesma forma, a previsão efêmera da prisão temporária, inclusive limitada pelo texto legal ao montante total de cinco dias, demonstra ainda mais a sua transitoriedade e caráter de acautelamento processual passageiro. Não é voltada e nem poderia ser, justamente pela própria exiguidade de sua duração, à caráter de antecipação de pena, restringindo o poder público a uma aplicação parcimoniosa desta medida de violência, caracterizada pela restrição à liberdade dos cidadãos. Em um sistema hígido de proteção a garantias individuais por meio do processo penal daquele cidadão subjugado pelos órgãos de repressão do Estado, é negada à prisão temporária qualquer característica que exceda a sua essencial funcionalidade de instrumentalizar a proteção aos elementos de informação que deverão ser colhidos.

Com relação à jurisprudência brasileira, também se encontra interpretação favorável no sentido de, tendo o investigado agido ativamente, seja pessoalmente ou por intermédio de outros, com o intuito de manipular a colheita de informações, é permitida a sua segregação cautelar[290].

Assim, levando-se em consideração o material já anteriormente abordado na presente pesquisa, bem como a análise fática e legal apresentada na decisão em análise, possível afirmar que, principalmente diante do referencial teórico adotado, a prisão temporária de Paulo Roberto Costa poderia ser ilegal – pela inadequação e falta de fundamentação dos incisos da Lei n. 7.960/1.986 – porém poderia ser considerada legítima, uma vez que aplicada de forma adequada ao caso concreto.

4.3.2 Prisão preventiva de 24 de março de 2014

Em 24 de março de 2014, adveio decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba, convertendo a prisão provisória em preventiva. A conversão foi justificada pelo juízo no fato de que o investigado ainda apresentaria risco às investigações, bem como por fato novo superveniente

289 "Mais plausível, quando se tratar de crimes particularmente graves e complexos, é a exigência instrutória de que antes do interrogatório o imputado não seja colocado em condição de alterar o estado das provas e de apresentar falsas defesas." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 513.

290 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 102.732**. Distrito Federal.

de que a sua esposa teria transferido expressivo valor da conta conjunta do casal para conta da qual era única titular[291].

O juízo indica, de forma a fundamentar a prisão preventiva, que haveria prova de materialidade e autoria suficientes para justificar a medida cautelar, uma vez que presentes elementos de informação bastantes a fazer crer, em juízo de cognição sumária, na existência de crime de corrupção passiva praticado pelo investigado.

Em tese, estaria desta forma presente na decisão o requisito do *fumus comissi delicti*, abordado na primeira parte do presente trabalho, materializado pela razoável probabilidade de existência de um delito, traduzida pela sistemática do Código de Processo Penal na prova de existência do fato delituoso qualificado por indícios suficientes de autoria daquele contra o qual será dirigida a prisão preventiva.

O acervo fático que embasa a decisão diz respeito a conexões encontradas entre Paulo Roberto Costa e o doleiro Alberto Youssef, como consultorias que teriam sido prestadas pelo primeiro ao segundo, além de documentos que evidenciariam a existência de conta corrente conjunta entre ambos e relatórios mensais de pagamentos do doleiro a Paulo Roberto Costa e ainda pagamentos a terceiros[292].

Mas para a decretação da prisão preventiva é essencial que, além da presença do *fumus comissi delicti*, também exista o requisito do *periculum libertatis*, conceito também já abordado em momento oportuno e classificado como a razoável probabilidade na existência de um perigo que a liberdade do investigado traria à instrução processual. Na sistemática adotada pelo Código de Processo Penal, o *periculum libertatis* também se encontra previsto no art. 312. No caso concreto, o fundamento utilizado para justificar a prisão preventiva do investigado diz respeito justamente à conveniência da instrução criminal.

Conforme indica novamente a decisão analisada, além do fato anterior de que familiares do investigado teriam retirado documentos de seu endereço comercial, em um momento posterior até mesmo à sua prisão temporária, a esposa de Paulo Roberto Costa teria retirado valores de conta conjunta do casal. Tal ação justificaria, portanto, a conversão da

291 Ver nota 268

292 “Os documentos retratados na representação sugerem a existência de uma conta corrente dele com o doleiro, contas comuns no exterior e a entrega de relatórios mensais da posição dele com o doleiro e com pagamentos em haver para ele e para terceiros, alguns deles também relacionados a negócios envolvendo a Petrobras (v.g.: Fernando Soares, vulgo 'Fernando Baiano', apontado como envolvido em intermediações de negócios da Petrobrás).” **Anexo II.**

prisão temporária em preventiva, pois a retirada do dinheiro constituiria ocultação de montante passível de sequestro judicial, que poderia inclusive ser fruto de suposta atividade ilícita realizada por Paulo Roberto Costa[293].

Assim, analisando o contexto fático, bem como a disciplina processual penal definida em lei e o referencial bibliográfico utilizado ao longo da presente pesquisa sobre as prisões cautelares, entende-se que existem elementos hígidos a fundamentar a constrição cautelar do investigado, ante as reiteradas ações que poderiam indicar a intenção de contaminar a colheita de elementos de informação no âmbito do inquérito. Na própria perspectiva do marco teórico utilizado, vislumbra-se a possibilidade de prisão preventiva do investigado nos casos em que tal medida seja estritamente necessária ao acautelamento provisório das provas de forma a evitar sua modificação pelo acusado.

Entretanto, nesta mesma perspectiva, deve-se ressaltar a evidente provisoriedade da prisão preventiva, que deve ser tão reduzida quanto possível, sob pena de se tornar constrição cautelar desnecessariamente gravosa ao investigado ou acusado, ultrapassando o seu fim de resguardo a elementos processuais e adquirindo características de cumprimento antecipado de pena.

4.3.3 Prisão preventiva de 24 de abril de 2014

Nova decisão de prisão preventiva, "complementar" àquela anteriormente decretada contra Paulo Roberto Costa, foi proferida pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, por ocasião do recebimento da denúncia em seu desfavor. Desta vez, não apenas reitera os fundamentos anteriormente apresentados, mas também indica novos elementos da razão de manutenção da prisão.[294]

Já abordados os fundamentos anteriormente apresentados, desnecessária sua repetição neste momento, fazendo-se necessário apenas explanar o novo argumento utilizado pela decisão que ora se analisa.

---

293 "Reforça o quadro de interferência com a instrução probatória e com a medidas judiciais, a informação superveniente, prestada pela autoridade policial com base em relatório do COAF (evento 40), de que, em 21/03/2014, ou seja depois da busca, a esposa 'do investigado Paulo Roberto Costa, Marici da Silva de Azevedo Costa, resgatou 1,5 milhões em aplicações que mantinha em conta conjunta com seu marido, tendo transferido tais valores para conta individual da referida'. Medida da espécie implica em ocultação de valores relevantes para o processo, eventualmente produto do crime, evitando a sua descoberta e o seu possível sequestro pela ação da Justiça." **Anexo II.**

294 Ver nota 275.

Aponta a decisão que o acusado continuou recebendo valores de origem ilícita mesmo quando já não mais compunha a diretoria de abastecimento da Petrobrás, o que indicaria a continuidade delitiva de Paulo Roberto Costa[295]**.** Além disso, apontaria também a continuidade delitiva o fato de que o acusado teria, em parceria com Alberto Youssef, adquirido ou ao menos tentado adquirir, empresas que firmaram contratos com a Petrobrás por um valor bem abaixo inclusive do valor dos contratos[296]**.**

Desta forma, de acordo com a decisão, seria necessária a constrição cautelar com o intuito de se resguardar a ordem pública, ante a possibilidade de reiteração delitiva do acusado. A prisão cautelar teria por fim, então, interromper a atividade ilícita protegendo, desta forma a ordem pública conforme prevê o art. 312 do Código de Processo Penal.

Devem ser analisados em conjunto, portanto, dois fundamentos para a decretação da prisão preventiva. O primeiro argumento é o de que haveria perigo à instrução criminal, reiterado na nova decisão[297]. O segundo argumento é que bem como o a prisão cautelar seria o meio adequado para impedir a continuidade da prática delitiva[298]**.**

Iniciando pela análise do perigo à instrução criminal, já foi explanada anteriormente a existência do *fumus comissi delicti*, bem como do *periculum libertatis*. Pela análise dos fatos narrados na decisão estudada, continua presente a razoável probabilidade de prática de delito pelo acusado. Entretanto, no decorrer das investigações, ocorre a superveniente ausência do *periculum libertatis*.

Na decisão anterior**,** de 24 de março de 2014, fundamentou-se que perigo de se manter o acusado em liberdade estava materializado pelas reiteradas tentativas de influenciar a colheita de elementos de informação pela retirada de documentos do seu endereço comercial, bem como pela retirada de valores de conta conjunta que mantinha com sua esposa.

Entretanto, passado um mês de cárcere preventivo, não houve notícia de nova interferência do acusado nas investigações, o que por si só já justificaria a concessão da liberdade provisória justamente para se evitar o caráter antecipatório de eventual pena. Além disso, a decisão em análise também recebe a denúncia e põe fim à fase inquisitorial do

295 Ver nota 272

296 Ver nota 273

297 Ver nota 271.

298 Ver nota 274

procedimento. Em tese, os elementos de informação que deveriam integrar a ação penal já se encontram juntados aos autos, não havendo mais sentido o acautelamento de elementos de informação, modalidade pela qual o acusado se encontrava preso, já que não teria praticado nenhuma outra ação que permitisse a constrição cautelar baseada na conveniência da instrução criminal.

Ainda que, por um exercício argumentativo existisse fundamento adicional a favor da prisão preventiva do acusado pela conveniência da instrução, a decisão que viesse a implementar a constrição cautelar não poderia ser proferida nos autos da ação penal onde, presume-se, já foram colhidos todos os elementos de informação capazes de embasar a sua propositura e eventual sentença condenatória.

Por isso, seja pela dilatação prolongada da restrição cautelar à liberdade, seja por inexistirem novos elementos que indiquem manipulação dos elementos de informação e ainda por já ter sido encerrada a fase de colheita de provas do processo, não pode ser reconhecida como fática e legalmente válida a prisão preventiva com base na conveniência da instrução criminal.

Também fundamenta a decisão que haveria perigo de se manter o acusado em liberdade por perigo de lesão à ordem pública caracterizada pela possibilidade de reiteração delitiva[299]**.** A razão para tal seria que o acusado teria continuado a receber valores indevidos de Alberto Youssef mesmo quando não mais diretor de abastecimento da Petrobrás, tendo recebido também um veículo supostamente a título de pagamento de propina, além da compra, ou tentativa de fazê-lo, de empresa que prestava serviços à Petrobrás conjuntamente com o doleiro[300]**.**

Entretanto, observados os fundamentos utilizados no caso concreto, não é factível o argumento de continuidade da atividade delitiva até o momento em que foi decretada a prisão preventiva por aquela razão. A suposta compra, ou tentativa de compra, das empresas que tinham firmado contratos milionários com a Petrobrás teria ocorrido em setembro de 2013, mais de meio ano antes da decretação da prisão. Além disso, este fato por si só não indica concretamente nenhuma atividade delituosa, mesmo porque a compra não se efetivou, como indicado na própria decisão.

299 Ver nota 275.

300 Ver nota 273.

Da mesma forma, o veículo que foi apreendido na residência do acusado e que, em tese, teria sido utilizado como elo entre as atividades ilícitas de Alberto Youssef e o suposto pagamento de propina a Paulo Roberto Costa havia sido adquirido em maio de 2013, antes ainda que o episódio da compra das empresas.

Certo é que não existem critérios definidos pela legislação sobre o lapso temporal exato de forma a determinar o *quantum* que caracterizaria a continuidade delitiva entre um ato ilícito e aquele que o segue. Mas, ainda assim, não se vislumbra a existência de continuidade delitiva pelo contexto fático do caso concreto, não sendo presumível o *periculum libertatis*[301] somente pelo recebimento de um veículo quase um ano antes da deflagração da operação.

Não faz sentido aceitar que lapso temporal de mais de seis meses entre o suposto último ato delituoso documentado pela acusação e a prisão preventiva do acusado configure, no caso concreto, a continuidade delitiva. Ressalte-se que este lapso de seis meses faria referência apenas ao suposto fato de que Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef teriam adquirido ou tentado adquirir empresa que firmara contratos com a Petrobrás – e necessário frisar que nesta pesquisa se utiliza esta construção neste sentido justamente porque nem as decisões que decretam a prisão do acusado afirmam concretamente se houve ou não a compra.

Caso utilizado como último marco delitivo conhecido a aquisição de automóvel por Alberto Youssef com faturamento em nome de Paulo Roberto Costa, fato dotado de maior concretude justamente pela apreensão do veículo na residência do último, ter-se-ia passado mais de um ano entre o último ato ilícito e a prisão preventiva do acusado.

À luz do referencial teórico adotado, a restrição de liberdade do acusado em sede de cautelar deve observar critérios bastante rigorosos para não extrapolar a sua finalidade como instrumento de proteção à produção de provas e apenas caso a manutenção do investigado em liberdade venha a impor riscos a esta colheita.

Entretanto, com nova decretação de prisão preventiva, ainda que fundamentada na suposta proteção à instrução processual, a medida cautelar ultrapassaria em muito seu limite, sugerido pelo autor em algumas horas ou quando muito em alguns poucos dias. Mais atenção ainda seria recomendada justamente pelo fato que a instrução criminal na fase do inquérito já se encontrava encerrada uma vez que a denúncia fora recebida, não devendo existir novas provas, ainda não encontradas, passíveis de contaminação por atos do acusado.

---

301 Ainda que se possa afirmar razoável a eventual presunção do *fumus comissi delicti* nesta situação

Também impossível vislumbrar a possibilidade de constrição cautelar com o intuito de garantir a integridade da ordem pública. Como ilustrado nos capítulos anteriores, a medida cautelar no processo penal deve ter como fim a proteção ao processo e não à "ordem pública", já aqui criticada por sua abrangência e ausência de previsão pormenorizada.

Ressalta ainda o autor que a manutenção da prisão preventiva de um acusado por tempo indeterminado, uma vez já esgotada a extrema necessidade processual de acautelamento das provas, só interessa àquele que repute como inoportuna a articulação da defesa e o exercício do contraditório, tomando como faceta primordial do processo penal não o modelo acusatório derivado da própria Constituição brasileira, mas sim como *ratio* de inquisição da parte[302].

4.3.4 Liberdade provisória de 18 de maio de 2014

A próxima decisão estudada é aquela proferida pelo ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal. O ministro relator defere monocraticamente o pedido da defesa de forma a suspender o curso das ações penais em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba, inclusive dos mandados de prisão expedidos naqueles processos, o que resulta na colocação de Paulo Roberto Costa em liberdade.

A decisão foi fundamentada no art. 14, II, da Lei n. 8.038/1.990, dispositivo posteriormente revogado pelo novo Código de Processo Civil, que dispunha sobre a possibilidade de o relator, quando despachando reclamação dirigida ao tribunal, suspender o processo ou o ato impugnado. Baseia-se ainda no art. 158 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com dispositivo semelhante ao do artigo de lei referido.

Desta forma, nota-se que a atuação jurisdicional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do ministro relator, limitou-se, neste primeiro momento, apenas a apreciar o mérito da liminar pleiteada nos autos da reclamação n. 17.623. O tribunal não emitiu, portanto, juízo de valor acerca do mérito propriamente dito, sobre os requisitos da prisão preventiva, ou ainda sobre a existência de fundamentos para sua decretação.

---

302 "E, afinal, se a prisão preventiva como admite BENTHAM, não deve servir para isolar o imputado após o primeiro interrogatório, o que resta de sua função processual? Sob esse aspecto, em suma, a custódia preventiva depois do interrogatório pode ser considerada favorável somente por quem considere o papel da defesa como obstáculo inoportuno e a investigação como inquisição de parte. Contrariamente, dentro de uma concepção cognitiva e acusatória de processo ela não só não é necessária, mas prejudicial à averiguação da verdade por meio do livre contraditório." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 514.

A decisão é limitada, e não poderia deixar de ser em âmbito de liminar, sob risco, inclusive, de prejulgamento, a suposta afronta à competência do Supremo Tribunal Federal. Assim, diante do questionamento sobre a competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processamento do feito, suspendeu-se o cumprimento do mandado de prisão contra Paulo Roberto Costa. Limita-se neste ponto, portanto, à mera análise processual da legalidade da prisão preventiva apenas no que se refere ao fato de a mesma poder ter sido exarada por autoridade incompetente.

Entretanto, atento à necessidade de acautelamento processual ainda que em proporção mais comedida, o relator impôs medida cautelar diversa da prisão a Paulo Roberto Costa, determinando a proibição que se ausente da comarca onde reside, bem como efetue a entrega do passaporte em até vinte e quatro horas.

Neste ponto, utiliza como fundamento para a aplicação das referidas medidas cautelares diversas da prisão a necessidade daquelas para o regular desenvolvimento da instrução penal e para a aplicação da lei penal. Aqui, entretanto, deve ser tecido breve comentário sobre como, ainda que tacitamente, houve manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do mérito da prisão preventiva.

O ministro relator, analisando os fatos narrados na reclamação, bem como as informações que lhe foram encaminhadas pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, verificou que estariam presentes os requisitos necessários ao implemento de medida cautelar diversa da prisão[303]. Não seria cabível no caso concreto a manutenção da prisão preventiva, concedendo naquele momento medida cautelar diversa da prisão do investigado[304].

Com base no que foi exposto, nota-se que a decisão que impõe as referidas medidas cautelares diversas da prisão a Paulo Roberto Costa limitou-se ao mínimo necessário no sentido de acautelar o processo. Da mesma forma, as medidas cautelares são utilizadas cumprindo os requisitos do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis* previstos na legislação

303 "Importante sublinhar que não se trata de usar tais medidas quando não estiverem presentes os fundamentos da prisão preventiva. Nada disso. São medidas cautelares e, portanto, exigem a presença do *fumus comissi delict*i e do *periculum libertatis*, não podendo, sem eles, serem impostas." LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 674.

304 "Como medidas cautelares alternativas (arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal), recomendadas em benefício da instrução criminal e da aplicação da lei penal, ficam com os imputados até então detidos proibidos de se ausentar da comarca onde declaradamente residem, devendo entregar os respectivos passaportes no prazo de 24 horas." **Anexo IV**.

de regência, limitando-se ao mínimo a violência à liberdade do acusado, mas ainda assim protegendo o fim processual almejado.

4.3.5 Prisão preventiva de 11 de junho de 2014

Sobreveio posteriormente nova decisão determinando a prisão preventiva de Paulo Roberto Costa. Nesta decisão, o juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba aponta os mesmos fundamentos das prisões anteriores adicionando ainda, ante novos fatos narrados pelo Ministério Público Federal, que o acusado teria diversas contas no exterior, com significativas quantias ali depositadas.

Por fins didáticos, uma vez que diversos dos fundamentos que integram a decisão que ora se discute já foram enfrentados nos subtópicos anteriores, bem como inexistem alterações fáticas ou de fundamento que ensejem nova discussão das mesmas, a argumentação será limitada apenas ao novo fundamento apresentado. Aplicam-se com relação aos demais, portanto, as conclusões já esboçadas anteriormente.

Assim, afirma o juízo novo fundamento, e novo fato trazido pelo Ministério Público Federal, que o acusado mantinha, em segredo, diversas contas no exterior, com aplicações em quantias consideráveis, superiores a vinte milhões de dólares[305]**.** A existência de tais contas passaria a indicar também a possibilidade de fuga do acusado, havendo risco à aplicação da lei penal uma vez que Paulo Roberto Costa poderia evadir-se do país e ainda assim usufruir, no exterior, dos frutos da atividade ilícita praticada[306]**.** Desta forma, em tese, estariam presentes o *fumus comissi delicti*, pelos motivos já anteriormente apresentados, bem como o *periculum libertatis*, caracterizado pelo risco de evasão do acusado, o que frustraria a aplicação da lei penal.

Os fundamentos apresentados na decisão se adequariam ao permissivo legal do art. 312 do Código de Processo Penal. Entretanto, não há correspondência e adequação dos requisitos legais ao conjunto fático do caso concreto. A fundamentação no sentido de que o acusado poderia sair do país e usufruir do produto de eventuais crimes cometidos não encontra guarida, pelo fato inclusive exposto pela própria decisão, de que as referidas contas

305 Ver notas 282 e 283.

306 Ver nota 282.

já estavam bloqueadas[307]**.** Ora, não seria razoável conjecturar que com as contas bloqueadas pudesse o acusado fazer qualquer proveito dos valores ali depositados.

Também não faz sentido usar como razão de existir da prisão preventiva a afirmação de que o acusado ocultou do juízo a informação de que tinha contas no exterior. No direito processual penal brasileiro, o acusado não é obrigado a esclarecer todo e qualquer fato pelo qual seja questionado, sendo que, inclusive, não está vinculado ao compromisso de dizer a verdade que se impõe, por exemplo, às testemunhas. Cabe à investigação, com os meios e métodos de que dispõe, trazer a tona, como o fez, inclusive, todos os fatos que possam comprovar a prática do crime pelo acusado que, no exercício de seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo, não pode ser forçado a auxiliar nas investigações, nem sofrer punições pelo exercício do referido direito.

Além disso, não é ilustrado pela decisão quais os elementos concretos fizeram crer que o acusado tenha demonstrado o mínimo indício de interesse em se ausentar do país. Justificável seria, afinal, caso ele já tivesse tentado levar a cabo a fuga, como quando ativamente tentou modificar o acervo fático probatório, resultando em sua adequada constrição cautelar.

Outro elemento que deve ser levado em consideração ao analisar a decisão que ora se discute diz respeito ao fato de o acusado, por quase um mês, ter permanecido em liberdade provisória por força da decisão do Supremo Tribunal Federal analisada no subtópico anterior. Entendeu ali o ministro relator que duas medidas cautelares diversas seriam bastante para acautelar o processo.

Desde que posto em liberdade por aquela decisão, também não mencionou o juízo da 13ª quais os atos teria o acusado praticado durante o período de liberdade que justificassem novo decreto de prisão preventiva. Não estando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, materializados pela necessidade de acautelamento processual ou proteção da ordem pública diante de atos praticados pelo investigado, não se justifica a prisão preventiva, principalmente quando aplicável medida cautelar diversa que, a que tudo consta, era suficiente ao fim proposto.

Desta forma, e ainda que aparentemente exista previsão legal para a prisão preventiva com base nos fundamentos ali apresentados, o caso concreto não parece permitir a aplicação das hipóteses ali descritas, sendo a constrição cautelar medida inadequada ante o próprio

307 Ver nota 283.

contexto fático do caso, já que enquanto cumprindo medida cautelar diversa da prisão imposta pelo Supremo Tribunal Federal, inexistem relatos de que o acusado teria trazido qualquer prejuízo ao processo.

Ademais, observando pela ótica do referencial teórico adotado, o novo fundamento apresentado pela decisão – no sentido de ser necessária a prisão para evitar a fuga do acusado, o que consequentemente impossibilitaria a aplicação da lei penal – também não se admitiria a decretação da prisão preventiva.

Ferrajoli questiona a necessidade de prender cautelarmente o acusado também quando a prisão tiver como fundamento a possibilidade de fuga, já que a evasão do criminoso não indica, de pronto, um perigo tão grande. Elenca como desnecessária tal preocupação por diversos argumentos: primeiro, pela própria facilidade de comunicação do mundo atual, uma fuga definitiva é de difícil concepção; também, após a fuga, o acusado conviveria com eterna insegurança, ante a possibilidade de ser apanhado a qualquer momento, o que constituiria por si só grave pena; e por fim, ainda que o acusado desaparecesse sem deixar rastros, estariam cumpridos os fins da pena, uma vez que restituída a tranquilidade por ele anteriormente perturbada[308]. Assim, também pela lógica apresentada pelo referencial teórico, impossível a decretação de prisão preventiva fundamentada na possibilidade de evasão do acusado.

Por fim, é possível encontrar na jurisprudência posicionamento permissivo no sentido de ser decretada a prisão preventiva do acusado que, tendo contas no exterior, possa evadir-se do país. Ressalta-se, entretanto, que o contexto fático do caso concreto não permite tal conclusão, pela impropriedade absoluta no sentido de que as contas encontradas em nome do acusado no exterior já haviam sido bloqueadas.

308 "Tal perigo não é realmente um grande perigo. Primeiramente é bem difícil, em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada como a atual, uma fuga definitiva; e talvez bastasse para desencorajá-la uma vigilância mais intensa ao imputado sobretudo nos dias precedentes à sentença. Em segundo lugar, a opção de fuga pelo imputado, forçando-o à clandestinidade e a um estado de permanente insegurança, é já por si só normalmente uma pena gravíssima, não muito diversa da antiga acqua et igni interdictio prevista pelos romanos como pena capital. Em terceiro lugar, supondo que da fuga não restassem rastros do imputado, ela teria alcançado, na maior parte dos casos, o efeito de neutralizá-lo para a tranquilidade das finalidades de prevenção do direito penal." FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 515.

4.3.6 Homologação do acordo de delação premiada em 29 de setembro de 2014

Paulo Roberto Costa foi novamente posto em liberdade após decisão do ministro Teori Zavascki, que homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre o primeiro e o Ministério Público Federal.

Paulo Roberto Costa foi novamente posto em liberdade após decisão do ministro Teori Zavascki que homologou o acordo de colaboração premiada firmado entre o primeiro e o Ministério Público Federal. Mais uma vez, a decisão do Supremo Tribunal Federal não analisa diretamente o mérito da prisão do acusado, limitando-se a reconhecer a legalidade, *prima facie*, do negócio jurídico ali firmado, já que, como indica a Lei n. 12.850/2013, os benefícios serão concedidos pelo juiz quando da análise da delação premiada no momento da sentença.

Assim, e como os fundamentos da decisão limitam-se à análise da legalidade do acordo de colaboração, necessário adentrar em alguns detalhes do próprio acordo, de forma a melhor esclarecer como a prisão preventiva do acusado foi substituída por prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica, bem como tentar extrair detalhes sobre a forma como os benefícios ali previstos teriam influenciado a decisão de Paulo Roberto Costa.

Como primeira linha de análise do acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa, necessário falar conjuntamente sobre as cláusulas 3ª e 4ª do referido instrumento negocial[309]. Na cláusula 3ª, são listados os nomes de Paulo Roberto Costa e diversos outros familiares contra os quais estariam pendentes investigações ou processos criminais no âmbito da "operação lavajato", referentes a diversos crimes, dentre eles lavagem de dinheiro, organização criminosa, peculato e outros. Já na cláusula 4ª, indica o texto do acordo que as investigações seriam relacionadas às supostas atividades delituosas de Paulo Roberto Costa enquanto Diretor de Abastecimento da Petrobrás.

309 "Cláusula 3ª. Paulo Roberto Costa, sua esposa Marici da Silva Azevedo Costa e seus parentes Ariana Azevedo Costa Bachmann, Márcio Lewkowicz, Shanni Azevedo Costa Bachmann e Humberto Sampaio de Mesquita estão sendo investigados e/ou processados criminalmente no âmbito da Operação LavaJato, por diversos crimes tais como corrupção, peculato, lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública, formação de organização criminosa e obstrução da investigação de organização criminosa.

Cláusula 4ª. Essas apurações estão relacionadas à atividade do réu Paulo Roberto Costa que, enquanto Diretor de Abastecimento da Petrobrás e mesmo após, atuou como líder de organização criminosa voltada ao cometimento de fraudes em contratações e desvio de recursos em diversos âmbitos e formas, totalizando dezenas de milhões de reais, tendo sido a vantagem distribuída entre diversos agentes, públicos e privados, em grande parte ainda não identificados." **Anexo VI**.

Levando-se em consideração tudo o que já foi apresentado no curso da presente pesquisa sobre o instituto da delação premiada, bem como sua forma de aplicação não apenas no Brasil, mas também em outros países, impossível não notar semelhança com o acordo ora estudado e o *overcharging* utilizado pela promotoria norte-americana.

Da leitura da cláusula 3ª, nota-se que diversos familiares do acusado estão sendo investigados por diversos crimes, inclusive o crime de organização criminosa. Nos diversos elementos de informação que foram encontrados e mencionados pelas decisões, não se encontram presentes quaisquer menções ao fato de que familiares do acusado poderiam integrar a organização criminosa da qual faria parte Paulo Roberto Costa. A atuação de uma de suas filhas está limitada a suposta retirada de documentos da empresa na qual trabalhava com o pai, e a atuação de sua esposa à retirada de valores mantidos em conta conjunta do casal. Nas planilhas de pagamento de Alberto Youssef, ou ainda no contato telefônico que manteve com o doleiro Carlos Habib Chater, menciona apenas o nome de Paulo Roberto Costa, nunca o de quaisquer de seus familiares. Nenhum deles é réu nas ações penais principais, o que permite a conclusão de que não integravam a organização criminosa investigada.

Desnecessário ainda dizer que, ao contrário do imaginário popular, não necessariamente os membros da família participarão da empreitada criminosa do acusado. Talvez nem ao menos tenham conhecimento de seus atos ilícitos, o que é razoável de se concluir ao analisar o caso concreto justamente pelo fato de que, aparentemente, os supostos desvios e recebimento de valores eram destinados apenas a Paulo Roberto Costa, sem menção a seus familiares.

Conforme já abordado anteriormente, à promotoria norte-americana é conferida maior liberdade acerca da propositura da ação penal uma vez que o exercício de tal direito-dever é dotado de caráter discricionário. Entretanto, não é o caso da atividade do Ministério Público no Brasil, que tem sua atividade regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal e deve observar, como toda a Administração Pública, o princípio da estrita legalidade.

Desta forma, não é possível vislumbrar no direito brasileiro a aplicação do instituto do *overcharging* já que o Ministério Público não poderia oferecer denúncias com acusações mais pesadas que aquelas devidamente tipificadas e que se amoldam ao caso concreto apenas com o intuito de forçar eventuais colaborações premiadas. O poder-dever do Ministério Público se

limita a apresentar as acusações de acordo com os fatos delituosos praticados pelos acusados, nunca em excesso como "moeda de troca" para obter a delação premiada.

Continuando na análise do acordo de delação premiada, nota-se nas cláusulas 5ª, VII e VIII, "d"[310], que o Ministério Público oferece ao acusado verdadeiro aproveitamento de sua delação em favor de terceiros, no caso, seus familiares. A eles será oferecida a realização de acordo de delação premiada e ainda a possibilidade de o Ministério Público interceder de forma a sobrestar processos que pesem contra eles, a depender da efetividade de suas delações ou ainda da efetividade da delação de Paulo Roberto Costa.

Também neste momento é possível vislumbrar a utilização de outro instituto, já anteriormente estudado, e amplamente utilizado pela promotoria estadunidense, o *package deal*. Estas formas de acordo são caracterizadas pelo oferecimento do acordo para um número amplo de acusados, vinculando o aceite da promotoria à submissão de todos os acusados aos termos do acordo. Assim, para que todos se beneficiem, os diversos acusados que já aceitaram os termos exercem pressão contra aqueles que ainda não aceitaram, em uma verdadeira manipulação psicológica da maioria contra a minoria ainda resistente.

No Brasil, e ante à exígua aplicação da Lei n. 12.850/2013, que integrava o ordenamento há pouco mais de um ano quando firmado o acordo de delação premiada, necessário fazer análise sobre a legalidade da utilização do *package deal* na ritualística processual brasileira.

---

310 "Cláusula 5ª. Em vista disso, salvaguardada a necessidade de retificação e homologação judicial deste acordo, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas adiante, neste acordo, para o recebimento dos benefícios, bem como no caso haver efetividade da colaboração, o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado os seguintes benefícios legais, cumulativamente:

(...)VII. O MPF ofertará aos parentes do colaborador, mencionados na Cláusula 3, os quais tenham praticado ou participado da atividade criminosa que é objeto deste acordo, proposta de acordo de colaboração premiada acessória e individual. Cada um destes acordos acessórios seguirá a sorte deste acordo principal no caso de rescisão, não homologação ou inefetividade deste último, exceto se o Ministério Público entender qua a colaboração de cada beneficiário foi suficiente para garantir-lhe, independentemente, os benefícios, no todo ou em parte, adiante listados.

VIII. Em tais acordos acessórios o Ministério Público oferecerá os seguintes benefícios, na hipótese de cumprirem exigências idênticas às deste acordo (as quais incluem aquelas deste item II, §§ 8º a 10, assim como as condições da proposta do item III a XII, seguintes, adequadas a cada caso, ressalvado que há desnecessidade de pagamento de indenização adicional), incluindo necessariamente a renúncia a bens e valores que são produto e proveito de atividade criminosa ou valor equivalente:

(...)d) o Ministério Público poderá, a depender da efetividade da colaboração principal e/ou acessória, segundo sua avaliação, pedir o sobrestamento, de inquéritos e outros procedimentos pré-judiciais ou judiciais;". **Anexo VI**

Analisando friamente a lei, pode-se perceber que o art. 4º, *caput*, diz que serão concedidos ao delator os benefícios listados nos incisos do mesmo artigo quando colaborar com as investigações e de sua colaboração advier um ou mais dos resultados ali listados. Em nenhum momento a lei estende a eficácia ou efetividade da colaboração premiada de forma a criar benefícios a terceiros. Na verdade, em seu texto o benefício pode até mesmo ser entendido como direito personalíssimo do delator pois ele, e apenas ele, se beneficia das próprias ações, assim como ele e apenas ele é atingido pela pena que venha a sofrer.

Assim, o acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa faz vislumbrar uma situação em que, pelo *overcharging*, membros da família do acusado sofreram com acusações de crimes dos quais da existência nada sabiam. Além disso, criou-se situação de *package deal* em que, caso a delação do ex-diretor da Petrobrás fosse efetiva, sua família seria beneficiada, mesmo nem ao menos tendo legitimidade para firmar o acordo pois, em princípio, não se vislumbra a existência de crime de organização criminosa. Isto é, estendeu-se aparentes benefícios a acusados que não integravam a organização criminosa investigada. E a lei somente prevê a sua própria incidência para acusados de atuação delitiva em organizações criminosas ou em crimes transnacionais – o que não é o caso dos familiares do principal acusado deste caso.

Ainda que impossível afirmar com precisão científica que o acusado sofreu coação emocional neste sentido, importante fazer menção ao fato de que em entrevista quando não mais em prisão domiciliar afirmou que teria firmado o acordo pensando em sua família[311]. Somado aos elementos acima descritos, também pode ser citado o fato de que Paulo Roberto Costa se encontrava preso quando firmou o acordo de delação premiada. Analisando o caso, nota-se inclusive que fora preso, posteriormente solto e depois preso novamente, só tendo sido liberado do cárcere após a homologação do acordo de delação premiada.

Neste contexto, surge outro questionamento, desta vez sobre a *voluntariedade* no aceite do acordo de delação premiada. Além do fato de tentar proteger sua família, o que, como elemento de influência psicológica já levanta questionamento sobre o assunto, também necessário avaliar se as prisões cautelares foram utilizadas como elemento de influência na decisão do acusado em realizar o acordo de delação premiada.

311 " 'Fechei a delação por orientação da minha família, a coisa mais valiosa que tenho hoje', conta, sem confirmar que os policiais ameaçaram prender suas filhas, mulher e genros, beneficiários de contas da Suíça". FOLHA DE SÃO PAULO. **Em primeira entrevista após deixar a prisão, delator diz se sentir "leproso"**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1703489-em-primeira-entrevista-apos-deixar-a-prisao-delator-diz-se-sentir-leproso.shtml>

Ao homologar o acordo de delação premiada, deve o juiz, em sua inderrogável função de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, avaliar de forma ainda mais criteriosa se a prisão do acusado foi utilizada como "moeda de troca" para a celebração do acordo. Presumível o sentimento humano de descontentamento e incapacidade ante a restrição de sua liberdade. Observada a fragilidade do acusado ante a violência estatal contra a qual se levanta – no caso concreto, sobretudo quando o acusado é posto em liberdade para, menos de um mês depois, ser novamente recolhido ao cárcere – impossível não efetuar vinculação de causa e efeito entre a prisão e o acordo de delação premiada. Há uma lógica presunção de detrimento da sua *voluntariedade* conduzida pelo desespero diante às desacreditadas instituições e a necessidade humana própria de estar em liberdade e proteger a sua família.

Desta forma, e mais uma vez ainda que baseado em conjecturas pela impossibilidade da certeza científica, nota-se que diante do caso concreto, consistentes questionamentos surgem sobre a *voluntariedade* do acordo de delação premiada, colocando em xeque, por conseguinte, a própria validade do negócio firmado entre as partes. Contudo, este aspecto específico será ainda melhor articulado nas conclusões desta pesquisa.

Por fim, último cotejo deve ser desenvolvido em relação à previsão, no acordo de delação premiada, da pena que será imposta ao acusado, bem como sua forma de cumprimento.

É notório que o sistema processual penal brasileiro optou por um critério trifásico para a individualização da pena do acusado, devendo o juiz especificar todas as etapas antes de fixar a pena ao acusado. Ressalte-se que o juiz, ao fim do processo, analisando todas as provas e em um juízo equidistante, determina a pena que se adequa ao caso concreto, fazendo-o, inclusive, exercendo a jurisdição enquanto efetivo integrante do Poder Judiciário.

Entretanto, em diversos momentos, na cláusula 5ª[312] do acordo de delação, o Ministério Público Federal estipula não apenas o *quantum* da pena do acusado, mas também inova na forma de cumprimento de pena, criando regimes jurídicos estranhos à sistemática processual brasileira.

Em nenhum momento a Lei n. 12.850/2013 faz menção a tais novações. Na verdade, o rol de benefícios previstos pelo texto legal é extenso e de caráter taxativo, não sendo possível que o órgão acusatório crie as medidas que reputa como razoáveis ao caso concreto. Haveria,

312 Cf. Anexo VI

portanto, ilegalidade[313] nas previsões do acordo em que o Ministério Público oferece estes benefícios aos acusados.

Desta forma, também é questionável a legalidade do acordo de delação premiada firmado entre Paulo Roberto Costa e o Ministério Público Federal, seja por utilizar-se de práticas não permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro – *package deal* e *overcharging* – seja por trazer benefícios incompatíveis com o texto legal, ou seja ainda pela ausência de *voluntariedade* do acusado.

Pelo ponto de vista do referencial teórico adotado, sequer se admite a realização de acordo de delação premiada. O próprio fato de o Estado utilizar-se da delação premiada já constituiria, por si só, uma violência desmedida contra o acusado que, ante a iminência da condenação, vê o acordo como uma saída para as duras penas que a ele podem ser impostas, tudo isso às escuras, em um procedimento conduzido pela própria acusação[314].

À guisa de encerramento deste capítulo, por tudo o quanto se analisou, percebe-se que a utilização de instituto jurídico tão novo – e talvez mais afeito a outros sistemas jurídicos que não os continentais – e principalmente nos moldes conferidos pela Lei n. 12.850/2013, pode acabar por criar problemas quanto a sua aplicação no dia a dia, por não haver balizas próprias estabelecidas para a sua estabilização. Sem referências práticas de procedimento e utilização do instituto, sua aplicação pode perfazer caminhos interpretativos bastante tortuosos no Brasil

Medidas implementadas por analogia de sistemas alienígenas, nos quais a aplicação é permitida unicamente por seguir uma lógica penal, processual penal e até mesmo

313 “Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos.” BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal**: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lavajato". In: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI,, 2016, Montevidéu. Criminologias e política criminal I. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 41-61.

314 “A transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso. No confronto desigual com a acusação, o que pode dar o imputado ou indiciado, em troca da redução da pena senão a própria declaração de culpabilidade ou a chamada de corréu, embora infundada, de outros imputados? (...) É evidente que por meio destes procedimentos é de fato introduzido no nosso ordenamento o discutido instituto da colaboração premiada com a acusação. Com o agravante de que ela não foi codificada abertamente, mediante a previsão de uma circunstância atenuante, mas de forma sub-reptícia, por meio de um mecanismo idôneo a incentivar os procedimentos acordados e desencorajar o juízo ordinário, com todo o seu sistema de garantias; que ela não é mais uma medida excepcional, conjuntural e limitada a determinados tipos de procedimentos, mas sim um novo método processual codificado para todos os processos; que, enfim, o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um processo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 691.

constitucional diversa da brasileira tende a criar distorções interpretativas, como, no caso concreto, a coação moral representada pelo *overcharging*, ou ainda o oferecimento indevido de *package deals*, ambos conceitos de origem norte americana, não aplicáveis ao caso concreto.

5 CONCLUSÃO

"Quid est veritas"

(O que é a verdade? – Evangelho segundo São João)

Na introdução e no roteiro descritivo dos métodos utilizados nesta pesquisa foi apresentada sua problemática, por meio de quatro perguntas, as quais serão respondidas, em seguida:

a) as prisões cautelares de Paulo Roberto Costa se apresentam de forma adequada à luz da teoria do garantismo penal *de Luigi Ferrajoli?*

A resposta é negativa.

Como exposto no capítulo 2 desta pesquisa e também argumentado no capítulo 4, a *teoria do garantismo penal* somente admitiria a prisão cautelar como forma de proteção do processo, mas por prazo curto o suficiente para que os órgãos de investigação procedam à colheita dos elementos de informação necessários à instrução processual[315].

Em um primeiro momento, a prisão temporária, como fundamentada pelo próprio juízo, encontra-se em absoluta conformidade com a *teoria garantista* de Ferrajoli, na medida da ocorrida intromissão ilegítima de familiares do investigado no cenário onde se deveria colher os elementos de informação necessários à instrução processual. Neste sentido, pode-se afirmar que é adequada a prisão preventiva.

Contudo, apesar de haver motivos fáticos justificáveis o suficiente para a prisão temporária decretada em desfavor de Paulo Roberto Costa naquele momento, sua prisão preventiva se torna desnecessária, *a posteriori*, segundo o marco teórico aqui utilizado.

Conforme exposto no capítulo 4, o quadro fático da ação penal já estava delimitado aquela altura, já tendo sido colhidos todos os elementos de informação a serem utilizados na instrução processual. Um dos decretos de prisão preventiva ocorre, inclusive, em decisão de

315 "Mais plausível, quando se tratar de crimes particularmente graves e complexos, é a exigência instrutória de que antes do interrogatório o imputado não seja colocado em condição de alterar o estado das provas e de apresentar falsas defesas. Mas uma exigência semelhante pode ser satisfeita, em lugar da custódia cautelar, pela simples condução coercitiva do imputado à presença do juiz e por sua detenção durante o tempo estritamente necessário – por horas ou no máximo dias, mas não por anos – para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas" FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 513.

recebimento da denúncia, onde não há mais possibilidade de se alterar o quadro dos fatos postos em desfavor do acusado naquela ação penal.

Se não houve qualquer situação fática concreta de tentativa do acusado em fugir do país, de ameaçar testemunhas, não há porque garantir o processo neste aspecto. Não faz sentido, nesta perspectiva, após assegurado o processo, pois não mais havia situação de cautelaridade suficiente para, naquele momento, a manutenção ou conversão da prisão temporária em prisão preventiva.

Nem mesmo a alegação de eventual cautelaridade ocorrida em função das contas mantidas pelo acusado no exterior procede, como se disse no capítulo anterior. Afinal, o próprio juízo deixa claro que as contas no exterior estão bloqueadas, impossível sua conseguinte movimentação financeira, extinta a cautelaridade do processo neste particular.

Portanto, à luz da *teoria do garantismo penal* de Ferrajoli, tendo em vista o caso concreto, não seriam adequadas as prisões cautelares de Paulo Roberto Costa, com exceção da sua prisão temporária e, até certo ponto, da primeira prisão preventiva.

b) As prisões cautelares de Paulo Roberto Costa possuem fundamento jurídico válido, observando-se a base factual utilizada pela decisão e os requisitos legais necessários à sua implementação no caso concreto?

A resposta aqui também é negativa.

Conforme observado anteriormente, a decisão que decretou a prisão temporária do acusado não tem suficiente fundamentação para decretar a custódia cautelar, pois não observa os pressupostos legais, não se adequando ao caso concreto, sobretudo quanto à ausência dos requisitos previstos na lei de regência.

Poder-se-ia ainda cogitar a possibilidade da implementação direta da prisão preventiva pelo juízo, diante do quadro de cautelaridade ínsito ao caso naquele momento específico, ainda que não pudesse advir da conversão da prisão temporária inicialmente decretada[316]. Contudo, esta prisão preventiva direta jamais poderia se estender no tempo após a colheita de provas e bloqueio de ativos no exterior[317], pois, na concretização destes atos procedimentais, já se encontrava afastada a ameaça à ordem pública e garantida a aplicação da lei penal, caso houvesse no processo final condenação e decretação da perda de bens em favor da União.

316 Por ser absolutamente nula, pela deficiência de sua fundamentação, conforme exposto no capítulo 4.

317 Ver nota 283.

Muito menos poderia ser mantida a prisão preventiva após recebida a denúncia, diante quadro fático-probatório já definido na ação penal pela própria acusação.

Ainda que o juízo tenha demonstrado aparente prudência[318] na aplicação das medidas cautelares – inicialmente autorizou somente a busca e apreensão nos endereços do acusado, para um segundo momento decretar a provisória e, após o fim de seu prazo, convertê-la em preventiva – como já exposto, com o fim do requisito do *periculum libertatis*, cessam-se as razões fáticas para a subsistência dos fundamentos jurídicos da prisão cautelar.

Portanto, também não houve fundamento jurídico válido para a prisão preventiva do acusado, não observando adequadamente o juízo, no caso concreto, os requisitos legais necessários – se não à sua inicial implementação, diante do quadro fático de subtração de elementos de informação e valores – da sua própria manutenção *a posteriori*.

c) Se Paulo Roberto Costa foi colocado em prisão domiciliar após a celebração do acordo de delação premiada, poderia ser preso preventivamente stricto sensu *anteriormente?*

A resposta é negativa, a partir do fim da prisão temporária.

E aqui ainda cabe a pergunta de outras formas: após a assinatura do acordo de delação premiada, exaure-se, automaticamente, a cautelaridade em relação ao acusado? Se Paulo Roberto Costa foi posto em prisão domiciliar depois de celebrar o acordo de delação premiada, não poderia ter sido anteriormente posto em prisão domiciliar?

Como já exposto, diante dos fundamentos utilizados nas decisões analisadas, havia razões de cautelaridade do processo até a colheita dos elementos de informação. Todavia, após o oferecimento da denúncia, não mais havia motivos para a prisão preventiva, sobretudo, como já argumentado, diante do bloqueio de ativos no exterior, nos termos do fundamento utilizado na decisão da segunda prisão preventiva[319].

Se o acusado decide "colaborar" com as investigações, isso não interfere em eventual situação de cautelaridade do processo, contanto que não interfira na obtenção dos elementos de informação do inquérito, na legítima forja das provas na instrução processual, ou ameace a aplicação da lei penal ou o trâmite regular do inquérito ou processo. Raciocínio contrário –

318 Em um juízo de valor permitido pelo que normalmente se observa na prática judiciária

319 Ver nota 283.

em caso de o acusado não "colaborar" com as investigações – poderia levar ao entendimento, por exemplo, da prisão preventiva automática em caso de silencio diante de seu interrogatório.

Se o acusado colabora ou não com as apurações que se fazem em seu desfavor, isso não influencia na cautelaridade do processo. Em termos normativos, para que não haja prisão cautelar em seu desfavor, basta que não estejam preenchidos os requisitos legais neste sentido. Isto é, não há fundamento legal, ou não se esgota a cautelaridade do processo pela simples formalização de um acordo de delação premiada entre acusação e acusado – como ocorreu no caso concreto. Também não consta no art. 312 ou em outro dispositivo do Código de Processo Penal, ou mesmo na Lei n. 12.850/2013 nenhum comando normativo específico neste sentido. E, como exposto no capítulo 3, neste particular, não se pode invocar, por exemplo, a *teoria dos poderes implícitos* ou alegar que "quem pode o mais, pode o menos", diante do próprio princípio da legalidade estrita em matéria penal.

Assim, não há qualquer previsão legal que admita o exaurimento automático do quadro de cautelaridade do processo com a simples homologação do acordo de delação premiada. E, no caso concreto, isso sequer seria admitido, pois efetivamente não houve nenhuma mudança neste quadro de cautelaridade do processo após a formalização do acordo de delação premiada.

E se após a homologação a medida cautelar definida como a adequada para o processo foi a prisão domiciliar com o uso de tornozeleira eletrônica, esta medida seria a adequada, pelo menos, desde o momento da segunda decisão, quando reconheceu o juízo estarem bloqueadas as contas em nome do acusado no exterior.

d) É possível afirmar que as prisões cautelares de Paulo Roberto Costa foram utilizadas com o fim de pressioná-lo a realizar o acordo de delação premiada (e ferir o requisito legal imprescindível da voluntariedade*)?*

Diante de tudo o que foi analisado na presente pesquisa, não é possível afirmar, com absoluto aspecto de cientificidade, que as prisões cautelares de Paulo Roberto Costa foram feitas utilizando-se de instrumentos de coerção ilegítimos, de forma a pressioná-lo a realizar seu acordo de delação premiada, em desconformidade com o requisito da *voluntariedade* imposto pela Lei n. 12.850/2013. Entretanto, todos os elementos analisados nesta pesquisa, bem como tudo aquilo que consta das razões fáticas de decidir, levam à presumível conclusão de que o requisito legal da *voluntariedade* foi vulnerado em alguns aspectos.

Se poderia ser imposta medida cautelar menos gravosa – a prisão domiciliar com tornozeleira – desde o momento do oferecimento da denúncia, pode-se, aos poucos, chegar à conclusão que o uso indevido da prisão preventiva foi, também aos poucos, vulnerando o requisito legal da *voluntariedade.* Afinal, pode-se especular que, se Paulo Roberto Costa estivesse em prisão domiciliar com tornozeleira desde o momento processual do recebimento da denúncia, talvez o deslinde de sua delação premiada fosse outro.

E se as prisões fizeram sentido em um primeiro momento, pela suposta cautelaridade do processo, perderam este sentido *a posteriori*, servindo como provável instrumento de coação que culminou por indevidamente influenciar a realização da delação premiada de Paulo Roberto Costa – hipótese esta absolutamente impossível para a *teoria do garantismo penal* e, da mesma forma, absolutamente inadequada pelos requisitos da lei no caso concreto.

Pode-se aqui inclusive argumentar que a medida cautelar diversa da prisão, deferida pelo ministro Teori Zavascki na reclamação n. 17.623 do Supremo Tribunal Federal, foi a medida cautelar mais adequada para o caso – e não a prisão preventiva – tendo em vista que, durante aproximadamente um mês em liberdade, nada foi apontado em desfavor do acusado, não alterado o quadro de cautelaridade do processo neste ínterim.

Com efeito, a prisão preventiva não tem vocação de instrumento de tortura, seja na *teoria do garantismo penal*, seja pela ótica da Constituição. E a utilização da prisão preventiva não se deu no caso concreto como meio de acautelamento do processo, mas como questionável meio inquisitivo de forçar por parte do acusado a sua delação premiada, a confissão e incriminação alheia. Neste sentido, mais uma vez é a previsão, quase visionária, de Ferrajoli[320]:

> *A segunda função hoje assumida pelo cárcere preventivo é aquela diretamente inquisitória. De forma cada vez mais comum a captura é ordenada, e sobretudo mantida, para constranger o imputado a confessar ou a colaborar. Este uso do cárcere como meio de intimidação e de pressão sobre o imputado é tipicamente policialesco.*
>
> *Os métodos "de polícia" no sentido pejorativo – forçar o suspeito torturando-o e impondo-lhe sofrimentos e expiações – entram através dele no costume judiciário. E o processo novamente se rebaixa a uma relação de força com o imputado, induzido à confissão e à delação pelo temor do cárcere e pela esperança de liberdade, e a acusação pública, que autorreflexivamente experimenta in corpore vili, como na antiga tortura, as suas hipóteses acusatórias. Agregue-se a distorção já acenada dos tempos e das fases do processo: o debate fica diminuído e, por assim dizer, esvaziado*

320 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 717.

> *em relação à simultânea expansão, seja penal que processual, de um lado da fase de investigações, na qual se prejulga o juízo e se pré-pune o imputado; de outro, na fase executiva, na qual se pós-julga o condenado e se (re)determina concretamente a pena. Similar convergência encoraja a defesa a frequentemente fazer acordos tendo como base uma pena injusta, mas reduzida, rápida e ulteriormente negociável e que pode ser ainda mais reduzida em sede executiva tomando a forma de benefícios e medidas alternativas, tudo isso para se evitar a manutenção por anos do pesado regime da detenção preventiva.*

As idas e vindas de Paulo Roberto Costa ao cárcere geram uma presunção – quase que absoluta – de instrumento a forçar e alcançar a realização de uma delação premiada midiaticamente tratada e esperada. Depois de deixar a esperança do lado de fora, em especial pela segunda prisão preventiva – a coação em seu desfavor se completou com a realização da negociação do acordo, que envolvia não somente a sua, mas a liberdade de sua esposa, filhas e genros, também de modo questionável.

Conforme se verificou no capítulo anterior, foram incluídas no inadequado *package deal*[321] da delação premiada de Paulo Roberto Costa sua mulher, suas filhas e seus genros, em nítido e ilegítimo *overcharging*, pois não havia contra os demais acusação específica de integrar a suposta organização criminosa da qual o principal acusado, em tese, fazia parte.

Para Von Liszt, *voluntariedade* pode ser definida como a isenção de coação mecânica ou psicofísica de um sujeito[322] – o que, naturalmente, é afastado nas situações em que alguém se encontra, ou está na iminência de se encontrar, preso preventivamente ou privado de sua liberdade pelo Estado, independentemente da forma. Neste sentido, para Joao Francisco Neto e Guido Ferolla, não há o requisito da *voluntariedade* para os acusados que estão presos ou que temem ser encarcerados[323].

---

321 Inadequado por não haver qualquer indício que as referidas pessoas integrassem a suposta organização criminosa de Paulo Roberto Costa, nem que tivessem parte com os crimes a ela relativos, somente pesando contra eles acusações sobre condutas delituosas após a deflagração da operação, todas inseridas em contexto da supressão de elementos de informação.

322 LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I, Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 220.

323 FRANCISCO NETO, João e FEROLLA, Guido. **Delação premiada – estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio.** (Org. Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira). 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016, p. 186. E ainda completam os autores: "quem se vê atemorizado pela possibilidade de decretação de medidas constritivas de liberdade sofre, ainda que indiretamente, espécie de coação moral que vicia seu livre convencimento, não sendo possível falar em ato voluntário de colaboração firmado como única saída para evitar ou não a limitação do direito de ir e vir.

Vários outros acusados vieram a fazer, como que sistematicamente, delações premiadas na "operação lavajato" após a decretação de suas prisões preventivas. Contudo, evidentemente, nem a Lei n. 12.850/2013, nem qualquer legislação processual no Brasil jamais previu a utilização de prisões cautelares como "moeda de troca" em acordos preliminares em delações premiadas ou institutos do gênero[324]. Do mesmo modo, como se viu no capítulo 4, isso também não poderia sequer ser importado do instituto do *plea bargaining*, ou do *pattegiamento*, pois também não podem ser realizados com qualquer espécie de vício de consentimento ou coação.

Diante disso, é de questionável legalidade a celebração de acordos de delação premiada quando o acusado se encontra preso cautelarmente, ou mesmo quando já tem ciência de que vem sendo investigado em apuração criminal prévia. Significa dizer que acordos de delação premiada celebrados nesta condição apresentam uma *voluntariedade simulada*, o que não está de acordo com as premissas da lei de regência, e muito menos com um processo penal que tem como objetivo, muito além da busca de verdade real, a proteção de direitos dos acusados. No dizer de Ferrajoli, na proteção do débil contra o mais forte – seja do cidadão ameaçado pelo delito, seja do acusado ameaçado pelo processo.

Portanto, mesmo que sem absoluta precisão metodológica do ponto de vista científico, por todos os elementos aqui tratados, é possível sim afirmar que o requisito legal da *voluntariedade* foi vulnerado no caso concreto, em especial porque não estava em jogo não somente a liberdade de Paulo Roberto Costa em seu acordo de delação premiada, mas também a de sua família.

O princípio constitucional da presunção de inocência pressupõe um dever de tratamento para com o acusado. A própria inteligência contida na Constituição, na teoria das prisões cautelares, bem como os requisitos rígidos do art. 312 do Código de Processo Penal indicam que a liberdade é a regra e a prisão a exceção no decorrer do processo. No presente caso, isso foi violado, em especial no implemento da segunda prisão preventiva de Paulo Roberto Costa, fato este a indicar a coação indevida – talvez o fator definitivo para a realização do acordo de delação premiada.

---

324 E se há todos estes elementos que poderiam levar a dúvida quanto a voluntariedade dos acordos de delação celebrados naqueles processos, ainda cabe o questionamento se o juiz poderia homologar o acordo, diante de sua posição de garantidor, em especial no que se refere à qualquer espécie de coação em desfavor dos delatores.

Se há previsão constitucional, ainda que implícita, do sistema acusatório, por outro lado, não há qualquer previsão na Constituição de direito penal negocial, salvo nos crimes de menor potencial ofensivo, que têm competência perante os juizados especiais, conforme se disse na introdução, sendo de questionável constitucionalidade a edição de leis infraconstitucionais dispondo sobre um instituto não previsto em nosso ordenamento neste prisma constitucional. Tanto pior quando o próprio requisito legal, apolíneo, da *voluntariedade* não é respeitado no jogo do submundo, dionisíaco, da *praxis* na condução das persecuções criminais estatais.

O enfrentamento da criminalidade de colarinho branco – ou de qualquer outro tipo, independentemente de definição criminológica – deve ser feito de acordo com a Constituição e as leis da República, sem a supressão ou "suspensão temporária" a depender do caso concreto, dos princípios constitucionais e garantias individuais consagrados em favor dos cidadãos. Ainda há força normativa e o princípio da presunção de inocência na Constituição, apesar de só haver juízes em Berlim, aparentemente.

Antes de o debate público atingir tais princípios, deveria questionar a atuação dos órgãos estatais de repressão e controle. Os órgãos de controle devem funcionar de maneira eficiente, antes de cogitar-se qualquer supressão de direitos fundamentais. Impressiona que por tanto tempo um estratagema operou ilicitudes de proporções inimagináveis e, mesmo com o pleno funcionamento de toda essa estrutura, isso somente foi detectado por meio de investigação alheia, em encontro fortuito, e desvendados alguns de seus meandros somente por meio de delação premiada de forjada *voluntariedade* de um ex-diretor da Petrobrás após vários anos de desvios. Os diversos órgãos de controle jamais encontraram qualquer "falha" na Petrobrás relativa à este caso, durante mais de uma década de desvios.

Todo esse contexto acaba por traduzir alguns aparentes déficits de legitimidade, em muitas esferas da vida pública: déficit de legitimidade dos próprios órgãos de controle, e sua cara e ineficaz funcionalidade; déficit de legitimidade da persecução penal, onde os fins parecem tentar fazer valer os meios de forma utilitarista, independentemente de custos e resultados; déficit de legitimidade do processo penal enquanto disciplina, porque se forma é garantia, seu descumprimento faz perder gradativamente o sentido do sistema de procedimentos; déficit de legitimidade política do próprio sistema penal, na medida em que se transformou a delação premiada em principal método de investigação, instrumento este pelo qual se enforcou o principal símbolo de nossa Independência.

Neste contexto, pós-moderno, de deslegitimação paulatina das várias conquistas históricas materializadas em nossos textos normativos e em nossa Constituição, delapidação esta muitas vezes realizada justamente por aqueles que mais deveriam protegê-la, parecemos também viver um *processo penal líquido* – ousadamente transposto o objeto desta pesquisa à inteligência conceitual de Zygmut Bauman. Afinal, é a cada dia mais atual a única pergunta não respondida nos evangelhos: *quid est veritas.*

6 REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: a impossibilidade de decretação de medidas atípicas. **Revista do Advogado: A Reforma do Processo Penal,** São Paulo, v. 31, n. 113, p.71-82, set. 2011.

BINDER, Alberto M.. **Introdução ao Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Tradução de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa:** Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. **Delação Premiada:** Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal**: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lavajato". In: V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI,, 2016, Montevidéu. Criminologias e política criminal I. Florianópolis: Conpedi, 2016.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 12 de dezembro de 1968. **Ato Institucional N. 5**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 13 dez. 1968. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=194620>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1981. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Lei N. 7.960, de 21 de Dezembro de 1989**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 22 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Lei N. 8.072, de 25 de Julho de 1990**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Lei N. 9.613, de 03 de Março de 1998**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 04 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Lei N. 11.343 de 23 de Agosto de 2006**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Lei N. 12.850 de 02 de Agosto de 2013**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 05 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 90.688**. Paraná.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 102.732**. Distrito Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.143**. Paraná.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 1. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Habeas Corpus N. 127.483**. Brasília, 04 fev. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares.** Campinas: Servanda, 2000. Tradução da edição italiana de 1936 por Carla Bassi.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6a edição, Almedina, 2004.

CAPEZ, Fernando: **Curso de Processo Penal**, 23 ed. editora saraiva, São Paulo, 2016.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar:** Dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016.

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS - DMF. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

ITALIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: <http://www.studiocataldi.it/codiceprocedurapenale/attivita-polizia-giudiziaria.asp>. Acesso em: 20 jan. 2017

ITALIA. **Constituzione Italiana**. Disponível em: <http://www.governo.it/costituzione-italiana/parte-seconda-ordinamento-della-repubblica/titolo-iv-la-magistratura/2855>. Acesso em: 20 jan. 2017

FRANCISCO NETO, João e FEROLLA, Guido. **Delação premiada – estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio.** (Org. Bruno Espiñeira e Felipe Caldeira). 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016, p. 186.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Caso Tiradentes e repressão penal: passado e presente.** Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=11>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Em primeira entrevista após deixar a prisão, delator diz se sentir "leproso"**. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1703489-em-primeira-entrevista-apos-deixar-a-prisao-delator-diz-se-sentir-leproso.shtml. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Org.). **Legislação Criminal Especial.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. (Ciências Criminais, Vol. 6).

LEORNARDO, Marcelo. **Troca de liberdade por delação premiada é forma coação.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/marcelo-leonardo-troca-liberdade-delacao-forma-coacao

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I, Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 220

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro::** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Como é possível ensinar processo penal depois da operação "Lava jato"?** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-jul-04/diario-classe-possivel-ensinar-processo-penal-depois-lava-jato. Acesso em: 20 de jan de 2017.

RUBENS, R. R. Casara. **Processo Penal do Espetáculo:** Ensaios sobre o Poder Penal, a Dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Célio Jacinto dos. **No Processo Penal quem pode o mais não pode o menos**. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/no-processo-penal-quem-pode-o-mais-n%C3%A3o-pode-o-menos>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016..

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada.** Salvador: Jus Podivm, 2016..

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990..

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal'.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El enemigo en el derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2009..