

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
JÚLIA PAIVA KIRCHERMAIR**

**PRISÃO PREVENTIVA E DELAÇÃO PREMIADA: RESQUÍCIOS
INQUISITORIAIS NA OPERAÇÃO LAVA JATO?**

**Juiz de Fora
2017**

JÚLIA PAIVA KIRCHERMAIR

**PRISÃO PREVENTIVA E DELAÇÃO PREMIADA: RESQUÍCIOS
INQUISITORIAIS NA OPERAÇÃO LAVA JATO?**

Artigo apresentado à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora, como requisito
parcial para obtenção do grau em
Bacharel, sob orientação do Prof.
Ms. Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO
JÚLIA PAIVA KIRCHERMAIR

PRISÃO PREVENTIVA E DELAÇÃO PREMIADA: RESQUÍCIOS
INQUISITORIAIS NA OPERAÇÃO LAVA JATO?

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientador: Prof. Ms Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 23 de junho de 2017.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a investigar a decretação de prisões preventivas na Operação Lava Jato como forma de coação visando a ocorrência de delações premiadas, em claro retrocesso ao sistema inquisitivo. Realiza-se uma análise desta prática a partir de comentários e pareceres de diversos juristas. Com isso, busca-se, em primeiro lugar, clarificar as noções acerca dos sistemas processuais penais. Em segundo lugar, diante da importância do tema para o trabalho ora em estudo, expõe-se brevemente acerca do instituto da delação e colaboração premiada. Na sequência busca-se demonstrar a inconsistência na decretação de prisões preventivas tendo como fundamento, mesmo que indireto, a possibilidade de ocorrência de delação premiada. Por fim, realiza-se uma análise das prisões decretadas na Operação Lava Jato e a relação destas com o instituto da delação premiada, chegando-se a conclusão de que a prisão como coação para ocorrência de delação premiada é claro retrocesso ao sistema inquisitivo, o que é inadmissível na Constituição Federal da República Brasileira de 1988, que impõe observância ao sistema acusatório e aos direitos fundamentais do indivíduo.

Palavras-chave: delação premiada; prisão preventiva; sistema inquisitivo; coação.

ABSTRACT

The purpose of this study is to investigate court orderings of provisional detention in “Operação Lava Jato” (Car Wash Operation) as a form of coercion, targeting the occurrence of a plea bargain, in a clear retreat to the inquisitive system. An analysis of this practice was carried out based on comments and opinions by several jurists. The goal, in the first place, is to clarify the notions around criminal procedural systems. Secondly, in view of the relevance of the theme for the subject of this study, we briefly outline the institute of plea bargaining. Following, it is attempted to demonstrate the inconsistency that exists in the ordering of provisional detention based on, even if indirectly, the possibility of occurrence of a plea bargain. Finally, an analysis was made of the arrests ordered in Car Wash Operation and the relation of these with the institute of plea bargaining, arriving at the conclusion that the provisional detention as a coercion method aimed at the occurrence of a plea bargain is a clear retreat to the inquisitive system, which is inadmissible under the Federal Constitution of the Brazilian Republic of 1988, which imposes observance of the accusatory system and of the fundamental rights of the individual.

Key words: plea bargain; protective custody; inquisitive system; coercion.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 7 |
| 2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS | 8 |
| 3 NOÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA..... | 11 |
| 4. OPERAÇÃO LAVA JATO E INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DA PRISÃO PREVENTIVA COM BASE NA DELAÇÃO PREMIADA | 13 |
| 5. ANÁLISE DO CASO CONCRETO: PRISÕES PREVENTIVAS DECRETADAS NA OPERAÇÃO LAVA JATO | 17 |
| 6. POSSÍVEIS SOLUÇÕES..... | 24 |
| 7. CONCLUSÃO | 26 |
| REFERÊNCIAS | 28 |

1. INTRODUÇÃO

O instituto da delação premiada, embora antigo no ordenamento jurídico brasileiro¹, recentemente se popularizou, principalmente em decorrência de sua utilização nas operações investigativas denominadas “Mensalão” e “Operação Lava Jato”.

Nesse contexto, inúmeros são os temas a serem tratados sobre o assunto, diante de sua abrangência e relevância no cenário em que o Brasil se encontra. Porém, em razão da necessidade de delimitação temática a este trabalho, buscou-se realizar um estudo especificamente acerca das prisões preventivas ocorridas na Operação Lava Jato e sua eventual relação com o instituto da delação premiada.

Frise-se que a Operação Lava Jato tornou-se uma das maiores operações investigativas de crimes contra o sistema financeiro já existentes no Brasil. Inegavelmente o deslinde das investigações ocorreu devido às delações premiadas realizadas por diversos integrantes das organizações criminosas, que passaram a indicar e esclarecer como funcionava todo o esquema delituoso.

Porém, juristas começaram a observar e criticar a possível utilização de prisões preventivas como forma de coação visando à colaboração dos acusados com as investigações. Em verdade, não há estudos qualitativos que indiquem a relação existente entre imposição de custódia cautelar e a celebração de colaboração premiada na Operação Lava Jato, mas neste trabalho foi proposta uma releitura, a partir de pareceres contrários e favoráveis, sobre a possível vinculação entre a prisão processual e a colaboração premiada. Concluiu-se ser inviável qualquer relação direta entre tais institutos.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar, a partir de uma análise do sistema inquisitivo e de suas características, que eventual vinculação entre decretação de prisão preventiva com fundamento na possibilidade de realização de acordos de delação premiada, é medida que remonta tal sistema, sendo, pois, inconcebível no Estado Democrático de Direito em que vivemos, que prima pelo modelo de sistema acusatório e respeito às garantias fundamentais do cidadão.

¹ A origem da delação premiada no Brasil remonta a época em que o Brasil ainda era colônia de Portugal e vigoravam as Ordenações Filipinas, cujo Livro V, que tratava sobre assuntos criminais, vigorou de 1906 até a edição do Código Criminal de 1830.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Os sistemas processuais refletem os valores e as formas de punição elegidas pela sociedade em determinada época conforme exigências do Direito Penal e do Estado. Conforme ensinamentos de Aury Lopes Junior², a classificação entre sistema acusatório, inquisitório e misto deve levar em conta que, na prática, não existem sistemas puros: os tipos são históricos, o que significa dizer que predomina, segundo o núcleo informador, ou o sistema inquisitório ou o acusatório.

Especificamente quanto ao sistema inquisitorial, tem-se que este foi adotado a partir do Direito Canônico, com o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício (século XIII). Possuía como característica principal a reunião de funções de acusar, defender e julgar na figura do juiz, denominado *juiz inquisidor*³.

Neste sistema, a gestão da prova estava concentrada nas mãos do juiz, que detinha ampla iniciativa probatória. Além disso, vigorava a denominada prova tarifada, já que as provas eram valoradas conforme grau de importância, sendo que a confissão era a “rainha das provas” ou prova máxima⁴.

Este sistema possuía como fundamentação uma série de verdades absolutas que se fundamentavam em um arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época⁵. Trabalhava-se, assim, com a premissa de que “*atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade*”⁶.

A concentração de funções pelo magistrado e seu atuar como acusador acabava, inevitavelmente, por macular sua imparcialidade. Não havia respeito ao contraditório e o acusado perdeu a condição de sujeito processual para se tornar mero objeto do processo. O procedimento era escrito, formal e secreto, e não havia coisa julgada⁷.

O *Manual dos Inquisidores (Directorium Inquisitorum)* escrito por dois dominicanos, Nicolau Eymerich (século XIV) e Francisco Peña (século XVI), peritos em jurisprudência e teologia, era um documento com todas as informações necessárias para o

² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 90.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume Único. 4ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed...,ob. cit.p.88;

⁵ KHALED JR. Salah Hassan. O Sistema Processual Brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. Porto Alegre: Civitas, 2010. 293-308p, v 10. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607>> Acesso em: 15/04/2017.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún...,ob. cit, p. 13;

⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed...,ob.cit., p. 88.

bom exercício da Inquisição. Conforme informações constantes no Prefácio do Manual dos Inquisidores, escrito por Leonardo Boff⁸, durante a Inquisição todos os questionamentos já estavam respondidos pela instância suprema e divina, não cabendo dúvidas ou indagações face à verdade absoluta trazida pelo Magistério (papas e bispos). Nesse contexto, o único perigo existente eram os hereges, aqueles que se recusavam a repetir o discurso da consciência coletiva e estavam voltados para a criatividade e para o futuro. Estes inimigos da verdade, portanto, deveriam ser perseguidos e exterminados.

Não se pode descurar do fato, conforme leciona Aury Lopes Junior⁹, que praticamente todos os acusados eram alvos de torturas para que confessassem a prática do delito. Diante dessa realidade, a prisão cautelar tornou-se regra geral, pois o inquisidor necessitava dispor do corpo do herege para que, por meio da tortura e visando a busca da verdade real, possa conduzir a confissão. Sendo obtida a confissão, por esta ser a prova máxima, a condenação estava garantida.

Leonardo Boff¹⁰ ainda esclarece que no Manual da Inquisição *Nicolau Eymerich* discorre acerca da utilidade da defesa apenas para acelerar a confissão do acusado e fazê-lo se arrepender do erro, além de pedir a pena pelo crime cometido. Desse modo, a *concessão* ao direito de defesa apenas era necessária quando o acusado não confessava a prática do crime.

Ademais, durante este período a denúncia anônima passou a ser permitida e as delações incentivadas, estas por se fazerem obedientes à fé divina, em busca da punição do pecado e da heresia¹¹.

Este sistema, nos moldes acima mencionados, perdurou até final do século XVII, início do XIX, quando os postulados da Revolução Francesa repercutiram no processo penal e acabaram por remover as principais características do sistema inquisitório¹².

No que tange ao sistema acusatório tem-se que sua origem remonta ao Direito Grego. Nas lições de Renato Brasileiro Lima¹³ este sistema, enquanto contraposto ao inquisitório, é marcado pela perfeita separação de funções entre acusação, defesa e

⁸ BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: *Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores*, p. 9 e ss. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html>>. Acesso em: 10/04/2017.

⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed...,ob. cit.p.88.

¹⁰ BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir...,ob.cit.,p.9ss.

¹¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed...,ob. cit.p.88.

¹² LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed...,ob. cit.p.89.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 14.

juízo (dialecricidade processual). Não cabe ao juiz a iniciativa probatória, sendo tarefa das partes provar suas alegações.

Em contraposição à busca da verdade absoluta presente no sistema inquisitório, vigora no sistema acusatório o princípio da busca da verdade, devendo a prova ser produzida com fiel observância ao contraditório e à ampla defesa¹⁴.

Neste sistema o acusado deixa de ser mero objeto do processo para assumir a posição de sujeito de direitos possuindo, pois, a garantia de que seus direitos serão respeitados. Ademais, é assegurada a imparcialidade do juiz¹⁵ que irá sentenciar evitando a ocorrência de abusos por parte do magistrado.

No tocante às regras de procedimento, o sistema acusatório preconiza a oralidade e a publicidade dos atos processuais. Em regra, o acusado permanece solto durante o processo, vez que se aplica o princípio da presunção de inocência.¹⁶

Por fim, quanto ao sistema misto, tem-se que este sistema possui características do sistema acusatório e do sistema inquisitivo. O processo neste sistema se desdobra em duas fases distintas: a primeira delas possui caráter inquisitorial, enquanto a segunda possui caráter acusatório. Na primeira fase busca-se apurar autoria e materialidade do delito, sendo uma fase investigativa. Nela prevalecem as características do sistema inquisitório, sendo escrita, secreta e marcada pela ausência de contraditório. Já na segunda fase há nítida separação entre o órgão acusador, órgão de defesa e órgão julgador, sendo o processo marcado pela oralidade, publicidade e respeito às garantias processuais¹⁷.

No Brasil, quando do início de vigência do Código de Processo Penal prevalecia o entendimento de que o sistema adotado era o misto. Porém, a partir da análise do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal¹⁸ (separação de funções) e do rol de garantias do artigo 5º da Carta Magna, é possível concluir que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pretende que o sistema seja acusatório¹⁹.

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 15.

¹⁵ Conforme leciona Aury Lopes Jr, “a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado”. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 14.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 16.

¹⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 18.

Em verdade no sistema processual brasileiro o juiz ainda detém ampla iniciativa probatória durante a fase processual²⁰, o que impede dizer que o sistema seja efetivamente misto. Aury Lopes Jr afirma ser o modelo brasileiro (neo) inquisitório.²¹

Porém, torna-se imperioso que haja uma releitura de todas as normas infraconstitucionais (dentre elas o Código de Processo Penal), de modo que sejam interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988²².

3. NOÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

A expressão *delação*, segundo o dicionário Aurélio²³ significa denunciar, revelar. Este mesmo dicionário define a palavra premiar como sendo ato de recompensar, remunerar²⁴. Assim, tem-se que o termo ora em conceituação significa, em resumo, à concessão de premiação àquele que denunciar.

A Delação Premiada possui como fato gerador a conduta do acusado de determinado crime em fornecer informações relevantes acerca da prática de um delito em que tenha participado, visando o desenvolvimento da solução investigativa e do processo, sendo que em contrapartida recebe um prêmio por esta participação.

A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus 90.962-SP²⁵, definiu a delação premiada da seguinte forma:

O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime (STJ, HC 90.962).

O professor e doutrinador Guilherme de Souza Nucci²⁶ entende serem sinônimos os termos delação premiada e colaboração premiada. Nesse sentido faz a seguinte definição do instituto:

“*colaborar* significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o

²⁰ Tem-se como exemplo os artigos 156, 311 e 385, todos do Código de Processo Penal.

²¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed...,ob. cit.p.89.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 17.

²³ FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. Minidicionário Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Frontera S.A, 1977, p. 142.

²⁴ FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. Minidicionário Aurélio..., ob. cit, p. 381.

²⁵ HC 90.962, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, *Lex*- STJ.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Comentadas. vol 2. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 728.

significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração pena, no tocante à materialidade ou autoria. Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, de *delação premiada*”.

Entendimento diverso adota o doutrinador Renato Brasileiro Lima²⁷ ao defender que a delação premiada é espécie do gênero colaboração premiada. Para este doutrinador a colaboração ocorreria quando o acusado assumisse a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo informações sobre a prática delituosa, enquanto na delação, o acusado, além de colaborar com a investigação e confessar, também delataria outras pessoas.

Desde já é importante mencionar que, apesar da discussão acerca dos conceitos em estudo, no presente trabalho serão as expressões delação premiada e colaboração premiada utilizadas de forma ampla, adotando-se, pois, o entendimento acima mencionado de Guilherme de Souza Nucci. Assim, não serão feitas maiores diferenciações técnicas acerca dos termos ao tratar da utilização destes institutos na Operação Lava Jato.

No que tange à natureza jurídica do instituto ora em análise, a despeito das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, prevalece o entendimento de que este instituto é um meio de obtenção de prova. O Supremo Tribunal Federal inclusive entende que a delação premiada somente poderá ser utilizada quando houver outras provas capazes de respaldar este instituto. Assim, não pode a delação ou a colaboração subsidiar, exclusivamente, uma condenação.²⁸

Importante mencionar que, a despeito da previsão da delação premiada em diversas legislações, o presente trabalho voltará à análise para a Lei nº 12.850/13 (Lei da Organização Criminosa), tendo em vista que os acordos de colaboração premiada ocorridos na Operação Lava Jato tiveram como base esta lei. Em seu artigo 3º, inciso I, a Lei nº 12.850/2013 define que a colaboração é meio de obtenção de prova e poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal.²⁹

Ademais, nos termos da Lei nº 12.850/13, os benefícios concedidos aos colaboradores poderão ser o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 1033.

²⁸ Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado: HC 127.483/PA, Rel. Min. Dias Toffoli. *Lex-STF*. Ademais, este também é o entendimento constante no artigo 4º, §16º, da Lei 12.850/13: “§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

²⁹ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
I - colaboração premiada;

2/3 ou sua substituição por restritiva de direitos³⁰ sendo que, se a colaboração for posterior à sentença, poderá a pena ser reduzida pela metade ou será admitida a progressão de regime³¹.

Por fim, deve-se mencionar, conforme disposto nesta lei, que o juiz não participará das negociações para formalização do acordo de colaboração, mas deverá homologar o acordo após verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade³² e, além disso, o colaborador deverá ser assistido por defensor em todos os atos de colaboração³³.

4. OPERAÇÃO LAVA JATO E A INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS JUSTIFICADORES DA PRISÃO PREVENTIVA COM BASE NA DELAÇÃO PREMIADA

O excerto abaixo foi retirado do Parecer do Ministério Público Federal³⁴ enviado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que este órgão se manifestou acerca da impetração de *habeas corpus* em favor de Ricardo Ribeiro Pessoa (executivo da empresa UTC Engenharia), contra ato MM. Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, na denominada “Operação Lava Jato”.

A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que os investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso dos pacientes, que lidam com o pagamento a vários agentes públicos, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos.

Com efeito, à conveniência da instrução processual, requisito previsto artigo 312 do Código de Processo Penal, deve-se acrescer a possibilidade real de o infrator colaborar com a apuração da infração penal, como se tem observado

³⁰ 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:

³¹ § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

³² § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

³³ § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

³⁴ CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Consultor Jurídico, 27/11/2014. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 10/05/2017.

ultimamente, diante dos inúmeros casos de atentados contra a administração e as finanças do país.

Nesse propósito, por razões óbvias, as medidas cautelares alternativas à prisão são inadequadas e impróprias aos fins previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal³⁵.

Neste ponto, inicialmente, é importante situar a Operação Lava Jato como razão para aprofundamento do estudo da colaboração premiada e sua relação com as prisões preventivas ocorridas nesta operação.

Conforme informações constantes no sítio eletrônico do Ministério Público Federal³⁶, a Operação Lava Jato foi deflagrada em março de 2014 e recebeu este nome devido ao alvo inicial da operação: postos de combustíveis e lava jato de automóveis que movimentavam ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas.

Porém, a despeito do inicial objetivo, a Operação Lava Jato acabou por descobrir a formação de outras organizações criminosas e se tornou a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro já existente no Brasil. Com este avanço, a operação se voltou para investigação de doleiros (operadores de mercado paralelo de câmbio) e, a partir disso, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobrás, políticos de vários partidos e as maiores empreiteiras do Brasil³⁷.

Dada a indicação de envolvimento de agentes públicos detentores de cargos com foro por prerrogativa de função, os processos distribuíram-se no Supremo Tribunal Federal e, em primeira instância, nas seções judiciárias da Justiça Federal em Curitiba, Rio de Janeiro e Brasília³⁸.

Deve-se ressaltar que a Operação Lava Jato foi desenvolvida principalmente com base nas delações premiadas dos envolvidos, sendo os colaboradores doleiros, políticos, agentes públicos e empreiteiros. Em razão do auxílio das colaborações premiadas ao deslinde das investigações, este meio de obtenção de provas passou a ser sobrevalorizado pelos membros do órgão acusador.

³⁵ Importante frisar que existem outros pareceres com mesmo teor. Nesse sentido: <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>.

³⁶ ENTENDA o Caso. Disponível em: < <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em 29/03/2017.

³⁷ Operação Lava Jato. Folha de São Paulo. Disponível em:<<http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>>. Acesso em: 29/04/2017.

³⁸ CANÁRIO, Pedro. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. Consultor Jurídico, 27/11/2014. Disponível em< <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 10/05/2017.

³⁸ ENTENDA o Caso. Disponível em: < <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em 29/03/2017.

De acordo com o parecer do Ministério Público Federal, neste tópico inicialmente mencionado, a possibilidade de o infrator colaborar na persecução criminal inclusive passou a ser defendida como uma hipótese justificadora da prisão preventiva, tendo como fundamento a conveniência da instrução criminal.

Nesse ponto impende mencionar que os pressupostos da prisão preventiva estão presentes no artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo eles o *fumus comissi delicti* (provas de materialidade do delito e indícios de autoria) e *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou garantia de aplicação da lei penal)³⁹.

Porém, a despeito do Parecer do Ministério Público Federal, o entendimento dominante⁴⁰ é de que a conveniência instrução criminal apenas deve ser invocada quando o réu estiver impedindo a livre produção probatória, intimidando ou aliciando testemunhas ou peritos, suprimindo ou alterando provas ou documentos, ou turbando, de qualquer forma, a apuração dos fatos, como forma de garantir o bom andamento da instrução criminal. Nas palavras de Renato Brasileiro Lima: “Na verdade, embora o acusado não possa obstruir a atividade probatória, não se admite que sua prisão seja decretada com o objetivo de obrigá-lo a contribuir para a apuração do fato delituoso”⁴¹.

A conveniência da instrução criminal não pode e nem deve ser analisada sob a perspectiva da acusação. Não pode este fundamento se tornar justificativa para que a prisão seja decretada com base em *mera conveniência*. Assim, não pode servir como fundamento da decretação de prisões objetivando delações premiadas.

Também não pode a garantia da ordem pública ser capaz de justificar a utilização da prisão preventiva como estímulo para colaboração. Não obstante a subjetividade e vagueza da expressão “garantia da ordem pública”, prevalece na doutrina e jurisprudência que ela está ligada ao risco considerável de reiteração delitiva diante da periculosidade do agente e a gravidade do delito⁴². Assim, a pretendida colaboração premiada do acusado não se enquadra no conceito jurídico de ordem pública.

O mesmo raciocínio é aplicável à garantia da ordem econômica que exige a demonstração concreta do risco de reiteração de ações delituosas por parte do investigado ou

³⁹ 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.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 1306.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 1306.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal.v.ún,...ob. cit, p. 1297.

acusado de infrações penais que perturbem a situação econômica de instituições financeiras, seu livre exercício e até do próprio ente estatal⁴³.

Nem mesmo a garantia de aplicação da lei penal poderia justificar a decretação da prisão preventiva visando à delação premiada. Isso porque, nos termos dos ensinamentos de Aury Lopes Junior, este fundamento relaciona-se ao risco concreto, calcado em fundado temor, de evasão do custodiado⁴⁴. Assim, a preocupação, nesse caso, é com a concretização do poder de punir do Estado e não com a construção do acervo probatório.

Não se pode descurar do fato de que a prisão preventiva é considerada medida cautelar de natureza processual penal que tem por finalidade dar efetividade ao exercício da jurisdição, garantindo o normal desenvolvimento do processo.

Pode-se dizer que se trata um dos institutos mais drásticos de intervenção estatal no plano das liberdades individuais. Nesse contexto, segundo Eugenio Pacelli de Oliveira⁴⁵, diante das consequências por ela trazidas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tal medida se justifica apenas enquanto puder realizar a proteção da persecução penal e for a única maneira de satisfazer tal necessidade. Fala-se, pois, em medida excepcional⁴⁶.

O próprio artigo 282, §6º do Código de Processo Penal determina que a prisão preventiva somente deverá ser decretada quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares diversas da prisão:

Art. 282 (...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).⁴⁷

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 561.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10ed...,ob. cit.p.853.

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal.18ªed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 550.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli chega inclusive a defender a abolição da prisão preventiva, sob a justificativa de que presunção de inocência impõe a ilegitimidade e inadmissibilidade da prisão preventiva do imputado antes da condenação, além do fato de que admissão da prisão *ante iudicium*, qualquer que seja sua finalidade, contradiz o princípio de submissão à jurisdição. Conforme entendimento de Ferrajoli a pergunta a ser suscitada é se a custódia preventiva realmente é uma *injustiça necessária*, como pensava Carrara, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma *concepção inquisitória de processo*, que almeja a inferioridade do acusado em relação a acusação. (FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

⁴⁷ Na mesma linha, o art. 310, inciso II, do CPP, autoriza a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, *e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão*.

Nesse sentido, a excepcionalidade da prisão deve ser vista juntamente com princípio da presunção de inocência de modo com que as prisões sejam efetivamente a *ultima ratio* do sistema.

5. ANÁLISE DO CASO CONCRETO: PRISÕES PREVENTIVAS DECRETADAS NA OPERAÇÃO LAVA JATO

No Brasil, nos termos do Parecer colacionado no tópico anterior, bem como diante de práticas ocorridas na Operação Lava Jato, teme-se que a prisão cautelar se desvirtue de seu objetivo e possa tornar instrumento de coação para obtenção das delações premiadas.

O sítio eletrônico *Consultor Jurídico*⁴⁸ realizou levantamento acerca das prisões preventivas, e temporárias convertidas em preventivas, decretadas na Operação Lava Jato, desde seu início até o dia 31 de janeiro de 2017 e, de acordo com o levantamento, as “preventivas da Lava Jato” duraram em média 281 dias, ou cerca de 9 meses.

Além disso, dos 86 presos durante o período de análise, só 16 ficaram detidos por menos de 81 dias; dos 58 delatores cujos acordos não estão protegidos por sigilo, 25 estiveram presos e todos foram soltos logo depois de assinar o termo de colaboração ou pouco antes. Entre os que não foram presos, estão familiares de delatores abarcados pelos acordos. Por fim, restou apurado pelo Consultor Jurídico que nenhum acusado que fez delação continua preso⁴⁹.

No que se refere ao tempo da prisão, Lênio Streck⁵⁰ defende que o padrão dogmático que antes vigorava, a saber, limite de 81 dias para prisão provisória, foi superado e atualmente a prisão encontra-se sem limites. Em verdade, “o limite é o dia em que o preso confessar ou fazer delação premiada”⁵¹.

Ainda que as prisões não tenham em vista, imediatamente, a realização de delações, alguns doutrinadores, entre eles Aury Lopes Junior e Alexandre de Moraes da Rosa⁵² têm observado essa tendência⁵³, consubstanciada no fato de várias pessoas presas

⁴⁸ CANÁRIO, Pedro. Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram em média 9,3 meses. In: Consultor Jurídico, 07.02.2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/criticadas-preventivas-lava-jato-duram-media-93-meses>>. Acesso em: 02/05/2017.

⁴⁹ CANÁRIO, Pedro. Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram em média 9,3 meses..., cit.

⁵⁰ CANÁRIO, Pedro. Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram em média 9,3 meses..., cit.

⁵¹ CANÁRIO, Pedro. Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram em média 9,3 meses..., cit.

⁵² LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre de Moraes. No jogo da delação premiada prisão cautelar é trunfo fora do fair play. Consultor Jurídico, 07/11/2015. Disponível em< <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>> Acesso em: 10/04/2017.

cauteladamente serem soltas logo após realizarem a delação. Nesse sentido, a título de exemplo tem-se os casos dos executivos da empresa Andrade Gutierrez (ex-presidente Otávio Marques de Azevedo e ex-diretor Elton Negrão), do lobista Fernando Moura, do empresário que atuava junto à Engevix, Milton Pascowitch, e do ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa.⁵⁴

Em verdade não há um estudo estatístico completo que ateste a concreta e real existência de uma relação de causa e efeito entre prisão e colaboração premiada, já que, como visto, no plano jurídico, tal vínculo não é admissível. Porém, apesar de não ter havido, até então, nenhuma prisão com fundamento na possibilidade de ocorrência de delação premiada, questiona-se: se o acusado foi preso por ser concretamente um risco para sociedade, para instrução criminal, por haver risco considerável de reiteração delitiva ou por necessidade de aplicação da lei penal, instantaneamente, em todos os casos acima mencionados, após a delação, somem todos estes os riscos de modo a ser concedida liberdade provisória?

Importantíssimo mencionar ainda que, nos termos da legislação brasileira, não há previsão acerca da inclusão no acordo de delação premiada de cláusulas concernentes às medidas cautelares de cunho pessoal e, assim, não se pode estabelecer no acordo à concessão de liberdade provisória ao acusado que se encontre preso preventivamente. Isso porque, na dicção do art. 4º, da Lei 12850/2013⁵⁵, a extensão do acordo de colaboração limita-se a aspectos relacionados com a imposição de pena futura, isto é, alude-se à matéria situada no campo do direito material, e não do processo.

Porém, concretamente, no Recurso em Habeas Corpus 70.026 - RS⁵⁶ impetrado em favor de Fernando Antônio Guimaraes Hourneaux de Mora, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o descumprimento do acordo de delação premiada pode ser motivo ensejador do restabelecimento de prisão preventiva. Em tal decisão, a despeito de o Ilustre Relator Ministro Felix Fisher ter mencionado a impossibilidade de relação entre prisão preventiva e acordos de delação premiada, concluiu contraditoriamente seu voto nos seguintes termos:

⁵³ FACCIOLLA, Alexandre. BORBA, Juliana. Sergio Moro mantém preso quem não quis confessar Consultor Jurídico, 18/11/2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/sergio-moro-mantem-presos-que-nao-quis-confessar-acusa-advogado>> Acesso em: 02/04/2017.

⁵⁴ Nesse sentido: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1737252-apos-acordo-com-procuradoria-executivos-da-andrade-deixam-prisao.shtml>; <http://epoca.globo.com/tempo/filtro/noticia/2015/11/lobista-fernando-moura-e-solto-pela-justica.html>; <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/06/suposto-operador-da-lava-jato-deixa-carceragem-para-prisao-domiciliar.html>; <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2014/09/ex-diretor-da-petrobras-deve-ser-solto-ate-segunda-e-pode-usar-tornezeira.html>; <http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000707744/lava-jato-advogado-de-doleiro-e-solto-apos-acordo-de-delacao.html>.

⁵⁵ 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:

⁵⁶ Recurso em HC nº 76.026, Relator Ministro Felix Fisher, *Lex- STJ*.

Nos casos porém, em que a intensidade do descumprimento mostrar-se relevante, como sucedeu na espécie, a frustração da expectativa gerada com o comportamento túbio do colaborador permite o revigoramento da segregação cautelar, mormente quando seu precedente afastamento deu-se pelo só fato da promessa homologada de colaboração. (STJ, HC 76.026).

Nada obstante, o Superior Tribunal Federal⁵⁷, após interposição de recurso da decisão acima mencionada, entendeu por bem revogar a prisão de Fernando Antônio Guimaraes Hourneaux de Mora, já que, segundo entendimento unânime da Turma julgadora, não há relação direta, do ponto de vista jurídico, entre acordo de colaboração premiada e prisão preventiva. Assim, seria necessário que estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva para sua decretação, não podendo o decreto prisional ter como base apenas a quebra do acordo.

Em decisão do Habeas Corpus 127.186 - PR⁵⁸ impetrado por Alberto Zacharias Toron, o Ilustre Ministro Relator Teori Zavaski chegou a tratar como *medievalesca* a conduta de manter a prisão preventiva como forma de extração de colaboração premiada, deixando claro não haver qualquer relação entre os institutos. Nesse sentido:

Cumprir enfatizar, outra vez, que, no caso, a substituição da prisão por outras medidas cautelares específicas pode, de igual modo, resguardar a ordem pública com a mesma eficiência. O próprio magistrado de primeiro grau aplicou medidas cautelares diversas da prisão para outros investigados que apresentavam situação análoga à do paciente. Assim ocorreu, por exemplo, em relação aos corréus Eduardo Hermelino Leite e Dalton dos Santos Avancini, dirigentes da empresa Camargo Correa, com atuação ao menos similar à do paciente no suposto cartel e cuja prisão preventiva se dera por fundamentos praticamente idênticos. Esses corréus - com situação processual significativamente assemelhada à do ora paciente, tanto que foram denunciados conjuntamente na mesma ação penal -, após firmarem acordo de colaboração premiada, tiveram a prisão preventiva substituída por outras medidas cautelares. Tendo sido eficaz, nesses casos, a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas, não há razão jurídica justificável para negar igual tratamento ao ora paciente. É certo que não consta ter o paciente se disposto a realizar colaboração premiada, como ocorreu em relação aos outros. Todavia, essa circunstância é aqui absolutamente irrelevante, até porque seria extrema arbitrariedade – que certamente passou longe da cogitação do juiz de primeiro grau e dos Tribunais que examinaram o presente caso, o TRF da 4ª Região e o Superior Tribunal de Justiça – manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a Lei, deve ser voluntária (Lei 12.850/13, art. 4º, caput e § 6º). Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais

⁵⁷ Descumprimento de colaboração premiada não justifica nova prisão preventiva, decide 2ª Turma, 25/04/2017. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341572>> Acesso em 10/05/2017.

⁵⁸ HC 127.186, Relator Ministro Teori Zavaski, *Lex-STF*.

fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada. (STF, HC 127.186).

Para Aury Lopes Junior⁵⁹, o Parecer do Ministério Público Federal defendendo a decretação de prisões preventivas, com base na conveniência criminal, diante da possibilidade de a segregação influenciar os acusados na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade (Tópico 4 deste trabalho), seria a demonstração de que prisões vêm sendo usadas como “meio de constrangimento situacional para obtenção de confissões ou delações premiadas que posteriormente serão usadas como prova”. Assim, para este doutrinador e advogado, tal prática seria uma “releitura do modelo medieval, em que se prendia para torturar, com a tortura se obtinha a confissão, e, posteriormente usava-se a confissão como a rainha das provas”⁶⁰.

No mesmo sentido, ao tratar do mencionado parecer, Lênio Streck⁶¹ defende ter havido inserção de nova hipótese ao artigo 312 do Código de Processo Penal, o que acabou por violar o princípio constitucional da presunção de inocência. Para ele, a utilização da prisão como ferramenta de estímulo para a colaboração consistiria em verdadeira inversão do ônus da prova, incompatível com o sistema processual penal. Nesse sentido, levanta intrigantes questionamentos: “a polícia e o MP não conseguem provas sem delação? Querem inverter o ônus da prova? Caímos na república da responsabilidade objetiva-penal?”.

Assim, a utilização da prisão preventiva ou sua manutenção de forma desmoderada como instrumento para que seja o acusado forçado a confessar, inegavelmente faz com que haja o retrocesso ao sistema inquisitivo, usando-se da lógica inquisitória fundada no *Directorum Inquisitorum*, de Nicolau Eymerich (1376). O sujeito é preso para que, através da tortura (se não física, inegavelmente psicológica), confesse e delate todo o esquema praticado. Sobre o tema vale mencionar o seguinte trecho da obra *Directorum Inquisitorum* trazido em seu Prefácio, escrito por Leonardo Boff⁶²:

A regra básica é esta: “É bom lembrar, antes de proceder à tortura, de que sua finalidade é menos provar um fato do que obrigar o suspeito a confessar a culpa que cala...; a tortura serve apenas como paliativo na falta de provas” (parte III,F,28,7) (...) A confissão é tudo na Inquisição, não as provas, contrariamente ao senso do direito universal, pois, sabemos, a confissão pode ser extorquida sob coação. Os autores do Manual dos Inquisidores,

⁵⁹ CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada. Consultor Jurídico, 18/11/2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>> Acesso em 12/04/017.

⁶⁰ CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”..., cit.

⁶¹ CANÁRIO, Pedro. Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”..., cit.

⁶² BOFF, Leonardo. Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir...,ob.cit.,p.9ss.

num outro lugar, esclarecem: “Diante do tribunal da Inquisição basta a confissão do réu para condená-lo. O crime de heresia é concebido no cérebro e fica escondido na alma: portanto, é evidente que nada prova mais do que a confissão do réu. Eymerich tem razão (glosa do compilador e atualizador Peña) quando fala da total inutilidade da defesa” (parte II,G,31).

Nessa linha, Cezar Roberto Bitencourt⁶³ defende que a prisão para forçar a confissão é espécie de tortura psicológica e remonta à Idade Média, *in verbis*:

Prende-se para investigar, prende-se para fragilizar, prende-se para forçar a confissão e, por fim, prende-se para desgastar, subjugar, ameaçar e forçar a “colaboração premiada”! Aliás, a própria autoridade repressora reconhece, oficialmente, em seu parecer, que esse é o objetivo maior das prisões e tem sido exitoso: arrancar a confissão e forçar a “delação”! Retornamos à Idade Média, quando às *ordalhas* e a tortura também tinham objetivo de arrancar a confissão, e também eram cem por cento exitosas! Só falta torturar fisicamente, por que psicologicamente já está correndo!
Essa admissão oficial do fundamento das prisões escancara a sua ilegalidade, a sua arbitrariedade e a sua ilegitimidade! Certamente, não resistirá ao crivo dos tribunais superiores! Ao menos, é o que se espera em um Estado Democrático de Direito, que consagra a prisão como última *ratio*!

Em realidade, conforme demonstrado em tópico anterior, não possui (ou ao menos não deveria possuir) a delação premiada e a prisão preventiva qualquer relação/vinculação jurídica. Ao contrário do que opinou o Procurador da República no parecer enviado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, entende-se que não pode a delação premiada ser utilizada como fundamento para que haja prisão preventiva.

Porém, sabe-se que as prisões ocorridas até então na Operação Lava Jato não foram diretamente decretadas tendo como fundamentação a possibilidade de ocorrência de colaboração premiada. Nesse contexto, o receio existente é de que a coação estaria sendo feita de forma velada e, com isso, os fundamentos apresentados para a prisão serviriam apenas para camuflar a real finalidade da prisão, qual seja, coagir o acusado ou investigado a colaborar.

A transformação da prisão em instrumento de constrangimento para forçar a delação é uma proposta que repugna a própria natureza do Estado de Direito, servindo como espécie de tortura. Não há dúvidas de que a prisão visando a delação é um instrumento de coação característico do sistema inquisitivo e tal sistema é incompatível com estado de garantias presentes na democracia em que vivemos.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. “Delação premiada na ‘Lava jato’ está eivada de inconstitucionalidades”. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>> Acesso em: 10/04/2017.

É inegável que o cerceamento da liberdade sem a devida fundamentação e o receio da manutenção da prisão preventiva, acabam por incentivar a colaboração por parte do acusado que se encontra preso e vulnerável.

O Ministro Marco Aurélio de Mello⁶⁴, do Supremo Tribunal Federal, em palestra proferida no 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados, em São Paulo, afirmou que a colaboração premiada do réu preso seria um “ato de covardia”. Segundo o Ministro:

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

Porém, conforme tratado em tópico supra, a Constituição Federal do Brasil adotou o sistema acusatório ao prever a separação das funções de acusar, defender e julgar, bem como ao assegurar a observância dos princípios constitucionais, dos quais é possível mencionar o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal), a presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), sendo a liberdade (e não a prisão) regra no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Não se pode descuidar que a dignidade do ser humano é fundamento da República Federativa do Brasil e prisões arbitrárias e desmedidas acabam por violar este princípio. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet⁶⁵ expõe que a “liberdade e igualdade formam os dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais”.

Uma Constituição democrática, social e dirigente, como é a Carta Constitucional de 1988, prioriza a liberdade do indivíduo em todos os seus aspectos e, por isso, a prisão cautelar torna-se uma exceção.

Nesse sentido, o ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinícius Coêlho, enviou ofício aos representantes da entidade no Conselho Nacional do Ministério Público instando o pronunciamento acerca da inconstitucionalidade de

⁶⁴ RODAS, Sérgio. Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio: coação ilegal. 16 ago. 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>> Acesso em: 01/05/2017.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263.

determinação de prisões provisórias com intuito de obtenção de delação premiada frente ao sistema constitucional brasileiro e todas as suas garantias:

Cumprimentando-os, venho à presença de V.Exas., de acordo com a deliberação do Plenário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, instá-los a pronunciarem-se sobre a inconstitucionalidade da determinação de prisão provisória com intuito de obtenção de delação premiada. A prisão provisória deve ser utilizada quando preenchidos todos os requisitos legais, não podendo servir como antecipação de pena nem como pressão psicológica para obtenção de delação (...) a todos é devido um julgamento justo, respeitando-se o devido processo legal e as demais garantias constitucionais, como a presunção da inocência e a utilização apenas de provas obtidas por meios lícitos (...) O descumprimento das garantias constitucionais pode determinar a anulação de investigações e processos⁶⁶.

Importante deixar claro que a despeito da excepcionalidade das prisões preventivas, não é pretensão argumentar neste trabalho que todas as prisões realizadas na Operação Lava Jato são desmedidas e visam à delação. Tal discurso generalista não deve ser firmado. É dizer: a prisão é medida excepcional, mas não é proibida. Não pode ser tratada de forma genérica como coação indevida praticada pelo Estado.

O que se critica é a possibilidade de a prisão preventiva ser justificada com base no discurso de que a corrupção sistêmica no Brasil, no caso desta operação, precisa ser investigada e para isso é necessário à prisão dos acusados a todo custo. Nesse contexto, entende-se que não podem os meios (próprios do sistema inquisitivo) serem utilizados arbitrariamente para obtenção de fins que supostamente beneficiariam toda coletividade. Esta lógica é perigosa e pode dar azo a posturas arbitrárias e inquisitórias por parte do Estado.

Por mais que eventual colaboração premiada possa trazer benefícios ao deslinde das investigações criminais e descoberta de organizações criminosas, não se pode descuidar do fato de que a Constituição Federal elencou diversas garantias fundamentais que se tornam claramente desrespeitadas com esta prática.

A luta contra a corrupção não legitima que se recorra ao veneno do arbítrio e se passe por cima dos princípios constitucionais informativos do processo penal e do Estado Democrático de Direitos. Assim, defende-se que devem ser analisados todos os requisitos e pressupostos da prisão diante das peculiaridades do caso concreto, conforme os ditames legais, em observância aos postulados do Estado Democrático de Direito.

⁶⁶ OAB protesta contra o uso de prisão para obter delação. Jornal do Brasil, 26.06.2015. Disponível em: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/06/26/oab-protesta-contr-uso-de-prisao-para-obter-delacao/?from_rss=rio> Acesso em 25/05/2017.

6. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Nesse ponto, impende fazer o seguinte questionamento: diante da possibilidade de utilização da prisão preventiva sem que seja possível desvendar o real propósito do órgão responsável pela persecução penal, a melhor solução seria proibir a celebração do acordo de delação premiada quando o acusado estivesse preso?

Essa é a ideia do Projeto de Lei nº 4.372/2016 proposto pelo Deputado Federal Wadiah Damous. Merece destaque a seguinte passagem da justificativa do projeto de lei⁶⁷:

Assim, a colaboração premiada pressupõe para sua validade ausência de coação, impondo uma clara e inafastável liberdade do colaborador para querer contribuir com a justiça. A voluntariedade exigida pela legislação desde 1999 e assimilada pelo legislador de 2013 é incompatível com a situação de quem se encontra com a liberdade restringida. É uma contradição em termos (BRASIL, 20106).

Entre outros pontos, a proposição estabelece como condição para a homologação judicial da colaboração premiada a circunstância de o acusado ou indiciado responder em liberdade à investigação ou ao processo instaurado em seu desfavor⁶⁸.

Porém, o Projeto obteve parecer desfavorável à sua admissibilidade e tramitação ao ser apresentado e discutido na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado da Câmara dos Deputados. Para Comissão não há relação entre o instituto da delação, que tem natureza penal e o da prisão, que tem caráter processual. O parecer ressalta, ainda, a diferença entre liberdade psíquica e liberdade de locomoção⁶⁹.

Em uma primeira análise, a proibição da celebração de acordos de colaboração premiada demonstra-se como forma de proteção aos investigados ou acusados que se encontram em um momento vulnerável. Porém, em realidade trata-se de medida extrema que acabaria por violar o princípio da isonomia entre os réus presos e àqueles que estão respondendo o processo em liberdade. Não se pode descurar ainda do fato de que réus presos possuem um grande interesse em realizar acordos de colaboração por recear a condenação no

⁶⁷ BRASIL. Justificação do Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016>. Acesso em: 15/05/2017.

⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4.372/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077165>> Acesso em: 15/05/2017

⁶⁹ BRASIL. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n. 4.372, de 2016. Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPCCO-22-08-2016> Acesso em: 7 set. 2016.

final da persecução penal e, com isso, estar-se-ia cerceando a possibilidade de realização de acordos em quaisquer hipóteses.

Assim, a solução a que se propõe o presente trabalho é a realização de filtragem constitucional⁷⁰ das normas de processo penal voltadas à decretação de prisões preventivas. Conforme mencionado, a Constituição Federal de 1988 prevê a observância dos postulados do sistema acusatório e neste sistema está assegurada a observância do princípio de não culpabilidade sendo a prisão, pois, medida excepcional. A liberdade não pode tornar-se exceção.

Ademais, tendo em vista que a liberdade é regra em nosso sistema processual penal, deve-se sempre privilegiar os meios menos gravosos e restritivos dos direitos fundamentais e, por isso, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, são sempre preferíveis. A prisão, como *ultima ratio*, apenas deverá ser decretada quando as demais medidas alternativas se mostrarem inadequadas.

Não é demais lembrar que as leis até então existentes possuem mecanismos que garantem a proteção dos acusados, porém conforme acima mencionado, a interpretação dada a elas deve se conformar com a Carta Magna.

É preciso, pois, garantir controle da aplicação das leis conforme as garantias constitucionais. Não há outra saída que não confiar nas instâncias estatais para submissão e supervisão de condutas aparentemente ilegais.

O Estado necessita fortalecer suas instituições para que sua ineficiência não precise ser suplantada por outros meios de obtenção de prova como, por exemplo, a delação premiada. Ou seja, tanto as instituições estatais determinadas a concretizar a persecução penal precisam desenvolver seus métodos de investigação, de modo que sejam realizadas investigações legais, conforme ditames constitucionais, quanto os órgãos de defesa necessitam ampliar o controle aos atos adotados e técnicas utilizadas no deslinde do processo penal.

A título de ilustração, temos no Brasil, atualmente, diversos órgãos de controle e de investigação, a saber: Polícia Judiciária Estadual e Federal, Ministério Público Estadual e Federal, Controladoria-Geral da União, Tribunais de Contas (Municipais, Estaduais e da

⁷⁰ Filtragem constitucional consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 28/05/2017).

União), Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, Receita Federal, Receita Estadual⁷¹.

Concluindo, resta salientar pela última vez: a liberdade e a presunção de inocência são garantias fundamentais que asseguram a própria dignidade da pessoa humana. Desse modo, por mais tentador que possa ser a descoberta de ilícitos que se consubstanciam em uma corrupção sistêmica, envolvendo a cúpula estatal, cabe às instâncias judiciárias atuar de modo imparcial e conforme ditames legais, pois em um Estado Democrático de Direitos, os fins não podem justificar os meios.

7. CONCLUSÃO

De todos os argumentos apresentados, procurou-se demonstrar que vários juristas e doutrinadores firmam críticas veementes à decretação de prisões preventivas na Operação Lava Jato ao defender que estas prisões estariam sendo utilizadas como meio de coação para obtenção de delações premiadas.

Em realidade, não há nenhum estudo estatístico completo que comprove esta prática, porém a partir de análises e dos Pareceres do Ministério Público Federal, buscou-se demonstrar que, caso realmente esteja ocorrendo, trata-se de um retrocesso ao sistema inquisitorial.

Nessa toada, objetivou-se trazer características do sistema inquisitivo (principalmente relacionada à tortura para obtenção de confissão), de modo a demonstrar que a prisão não pode servir como coação para decretação de delações. Isso porque tal prática vai de encontro ao previsto na Constituição Federativa do Brasil de 1988, violando os princípios e garantias fundamentais existentes em um Estado Democrático de Direito.

Assim, mostrou-se que não há qualquer vinculação entre delação premiada e prisão preventiva, sendo que, caso respeitadas as hipóteses de cabimento da prisão, não se pode reduzi-la a instrumento de coação visando interesses escusos.

Como visto, a prisão preventiva é medida excepcional em nosso ordenamento jurídico e somente pode ser decretada caso seja a *ultima ratio*, devendo sempre ser devidamente fundamentada e analisada, nos termos da legislação brasileira.

⁷¹ BERTI, Márcio Guedes. A (i)moralidade da colaboração premiada frente ao imperativo categórico kantiano – uma análise filosófica. Empório do Direito, 06.03.2016. Disponível em:< http://emporiiodireito.com.br/a-imoralidade-da-colaboracao-premiada-frente-ao-imperativo-categorico-kantiano-uma-analise-filosofica-por-marcio-guedes-berti/#_ftnref3> Acesso em 20.05.2017.

A liberdade deve ser sempre a regra e a prisão somente será cabível quando todas as medidas cautelares alternativas a ela se mostrarem inadequadas. Ou seja, no caso concreto deve-se primeiramente analisar a viabilidade de decretação das demais medidas alternativas à prisão.

Não se pode descurar do fato de que este trabalho não possuiu a intenção de generalizar ou mesmo defender que todas as prisões decretadas na Operação Lava Jato visam, mesmo que indiretamente, a ocorrência de delações premiadas. Em verdade, entende-se que a prisão não pode ser tratada de forma generalizada como ato condenável por parte do Estado. A prisão é medida excepcional, mas não proibida.

Porém, acredita-se que a “luta” contra corrupção sistêmica existente hoje no Brasil não pode ser capaz de justificar arbitrariedades que culminam na violação de garantias constitucionais. É dizer, por maior valor que possua as investigações e suas consequências para o país, deve-se primar sempre pela estrita observância dos direitos do indivíduo, de modo que não seja desrespeitada a Constituição Federal e que não haja retrocesso ao sistema inquisitivo, sistema este incompatível com Estado Democrático de Direitos.

Diante disso, se a Constituição Federal impõe como modelo do processo penal brasileiro o sistema acusatório, todas as demais regras do ordenamento jurídico necessitam ser analisadas conforme a Constituição e suas determinações, sendo necessária a realização de uma filtragem constitucional das leis infraconstitucionais.

Nessa toada, torna-se preciso confiar nas instâncias de supervisão e órgãos de fiscalização e submeter a eles condutas que contrariem as leis e a Constituição Federal. Se ainda subsistirem alegações no sentido de que as ilegalidades persistirão, teríamos, então, um cenário jurídico insolucionável: a falência do sistema. Porém, não é isso que se deve defender e acreditar.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 28/05/2017.

BITENCOURT, Cezar. **Delação premiada na ‘Lava jato’ está eivada de inconstitucionalidades.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>> Acesso em: 10/04/2017.

BOFF, Leonardo. **Prefácio. Inquisição: um espírito que continua a existir.** In: *Directorium Inquisitorum – Manual dos Inquisidores*, p. 9 e ss. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html>>. Acesso em: 10/04/2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Justificação do Projeto de Lei 4.372/2016.** Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1433188&filename=PL+4372/2016>. Acesso em: 15/05/2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.372/2016.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077165>> Acesso em: 15/05/2017

_____. Comissão de segurança pública e combate ao crime organizado. **Parecer pela rejeição do Projeto de Lei n. 4.372, de 2016.** Relator: Delegado Edson Moreira. Disponível em<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9B188C8C00057F8494AB5A8BDF3BB83A.proposicoesWeb2?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPCCO-22-08-2016>Acesso em: 7 set. 2016.

CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar.** Consultor Jurídico, 27/11/2014. Disponível em< <http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 10/05/2017.

CANÁRIO, Pedro. **Criticadas por Gilmar, preventivas da “lava jato” duram em média 9,3 meses.** In: Consultor Jurídico, 07.02.2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-07/criticadas-preventivas-lava-jato-duram-media-93-meses>>. Acesso em: 02/05/2017.

CANÁRIO, Pedro. **Professores criticam parecer sobre prisões preventivas na “lava jato”: delação forçada.** Consultor Jurídico, 18/11/2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/professores-criticam-parecer-prisao-preventiva-lava-jato>> Acesso em 12/04/017.

FEDERAL, Ministério Público. **Entenda o caso.** Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em 29/03/2017.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Descumprimento de colaboração premiada não justifica nova prisão preventiva,** decide 2ª Turma. 25/04/2017. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341572>> Acesso em 10/05/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Contra a corrupção, prisão preventiva**. In: *Folha de São Paulo*, Tendência e Debates, 20.02.2015. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/208908-contr-a-corrupcao-prisao-preventiva.shtml>>. Acesso em: 05/05/2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 4ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial>> Acesso em: 29/03/2017.

_____. **Delação premiada somente pode ser entendida no ambiente pragmático**. Consultor Jurídico, 10/10/2017. Disponível em< <http://www.conjur.com.br/2014-out-10/limite-penal-delacao-premiada-somente-entendida-ambiente-pragmatico>> Acesso em: 10/04/2017.

_____. **O delator que calculava e o que a delação premiada não compra**. Consultor Jurídico, 31/06/2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-31/limite-penal-delator-calculava-delacao-premiada-nao-compra>>.Acesso em: 07/04/2017.

_____. **No jogo da delação premiada prisão cautelar é trunfo fora do fair play**. Consultor Jurídico, 07/11/2015. Disponível em< <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/limite-penal-jogo-delacao-prisao-cautelar-trunfo-fora-fair-play>> Acesso em: 10/04/2017.

KHALED JR. Salah Hassan. **O Sistema Processual Brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?**. Porto Alegre: Civitas, 2010. 293-308p, v 10. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/6513/5607>> Acesso em: 15/04/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. vol 2. 8ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OAB protesta contra o uso de prisão para obter delação. *Jornal do Brasil*, 26.06.2015. Disponível em: < http://www.jb.com.br/pais/noticias/2015/06/26/oab-protesta-contr-a-uso-de-prisao-para-obter-delacao/?from_rss=rio> Acesso em 25/05/2017.

Operação Lava Jato. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em: 29/04/2017.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18^aed. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **“Prisão para pressionar confissão desfigura a delação premiada”.** In: *Folha de São Paulo*, Tendências e Debates, 08.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-08/miguel-reale-jr-prisao-delatar-desfigura-delacao-premiada>>. Acesso em: 10/05/2017.

RODAS, Sérgio. **Delação premiada é ato de covardia, afirma ministro do STF Marco Aurélio: coação ilegal.** 16 ago. 2016. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-12/delacao-premiada-ato-covardia-afirma-ministro-marco-aurelio>> Acesso em: 01/05/2017.