A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA RENÚNCIA AO DIREITO AO SILÊNCIO. REDAÇÃO DO ARTIGO 4º, §14, DA LEI 12.850/2013 – LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF WAIVER OF THE RIGHT TO SILENCE. WRITING OF ARTICLE 4, §14, OF LAW 12.850/2013 – CRIMINAL ORGANIZATIONS LAW

Henry Romano Cardoso[1]

RESUMO: O presente artigo analisa a disposição contida na Lei de Organizações Criminosas que, ao disciplinar o instituto da colaboração premiada, inseriu disposição condicionando a celebração do acordo a renúncia por parte do colaborador de seu direito fundamental ao silêncio. O objetivo é verificar se a norma é constitucional ou não. Após uma breve análise acerca das características dos direitos fundamentais, dados foram trazidos a respeito do direito fundamental de não produzir provas contra si mesmo, cujo direito ao silêncio constitui um de seus desdobramentos. Além disso, invocamos as possíveis razões que levaram o legislador ordinário a redigir o dispositivo objeto de estudo. Passamos, ainda, pelo estudo da doutrina que advoga a tese da inconstitucionalidade do dispositivo e da doutrina que defende a constitucionalidade da norma. Por fim, pode se concluir que o dispositivo objeto de estudo é constitucional, desde que fixadas algumas premissas, sendo, inclusive, sugerida uma adequação da norma a Constituição.

ABSTRACT: This article analyzes the provision contained in the Criminal Organizations Law that, When disciplining the institute of rewarded collaboration, inserted a provision conditioning the conclusion of the agrément to the resignation by the collaborator of his fundamental right to silence. The objective is to verify if the norm is constitutional or not. After a brief analysis of the chacacteristics of fundamental rights, data were brought about the fundamental right not to produce evidence against oneself, whose right to silence is one of its developments. In addition, we invoque the possible reasons that led the odinary legislator to write the device under study. We also went through the study of the doctrine that advocates the tehsis of the unconstitutionality of the device anda the doctrine that defendes the constitutionality of the norm. finally, it can be concluded that the device object of study is constitutional, provided that some premises are stablished, and na adequacy of the norm to the Constitution is even suggested.

[1] Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2016) e pós-graduado em Direito Penal pela Faculdade Damásio (2018). Advogado com experiência na área de Direito Penal e Direito Público. Contato: henry_romano10@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Constitucionalidade. Direitos fundamentais. Organizações criminosas. Silêncio.

KEYWORDS: Award-winning collaboration. Constitutionality. Fundamental rights. Criminal organizations. Silence.

DATA DE RECEBIMENTO: 20/06/2022
DATA DE APROVAÇÃO: 28/11/2022

INTRODUÇÃO

Dentre os diplomas legais que tratam, de alguma forma, do instituto da colaboração premiada, a exemplo da previsão encontrada na Lei de Drogas, certamente é a Lei das Organizações Criminosas que aborda o tema de forma mais completa e minuciosa.

Após a formalização do acordo de colaboração premiada entre o colaborador, e o Estado (Ministério Público ou Delegado de Polícia), dispõe a Lei 12.850/2013, em seu artigo 4º, §14, que àquele renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

É sabido que o direito ao silêncio constitui um direito fundamental previsto no artigo 5º, LXIII da Constituição Federal e que uma das características dos direitos e garantias fundamentais consiste em sua irrenunciabilidade.

Em regra, o compromisso legal de dizer a verdade aplica-se aos depoimentos prestados por testemunhas, não se aplicando aos depoimentos prestados pelo réu, que não está sujeito à responsabilização pelo delito de falso testemunho, previsto no artigo 342, do Código Penal, eis que não é compromissado a dizer a verdade, estando suas ações protegidas pelo direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo.

Tendo em vista tais fatos, há discussão na doutrina no sentido de ser constitucional ou não o disposto no artigo 4º, §14 da Lei 12.850/2013.

O presente artigo tem por finalidade justamente expor os fundamentos constitucionais, penais e processuais penais aplicáveis ao estudo, para que se

chegue a uma conclusão a respeito dessa questão, sugerindo uma solução para viabilizar a devida e constitucional aplicação do dispositivo.

1 A CARACTERÍSTICA DA IRRENUNCIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Também é possível encontrar direitos e garantias fundamentais em outros dispositivos da Constituição que não os previstos no artigo 5º. Além disso, também é possível reconhecê-los em tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

Dentre as diversas características dos direitos e garantias fundamentais, para o nosso estudo, merece especial atenção a característica da irrenunciabilidade.

A irrenunciabilidade significa dizer que não há possibilidade de que o destinatário da norma renuncie ao direito fundamental. O que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca a sua renunciabilidade.

Isso decorre do fato de que os direitos fundamentais possuem uma eficácia objetiva, uma vez que não importam apenas a uma pessoa, mas sim a toda a coletividade, surgindo aí outra característica dos direitos fundamentais, que é a universalidade, que significa que os direitos fundamentais se destinam a todos os seres humanos, sem qualquer distinção.

Dessa forma, resta claro que a renúncia aos direitos fundamentais não é possível de ocorrer, o que pode acontecer é o seu não exercício.

O Próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu em alguns casos a possibilidade do não exercício de direitos fundamentais, como é o caso da participação de pessoas em Reality Shows, em que, por um período de tempo, não há o exercício do direito fundamental à intimidade.

2 PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*. O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO COMO UM DOS SEUS DESDOBRAMENTOS

Dispõe o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O direito ao silêncio constitui um dos desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que significa que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Muito embora o dispositivo constitucional faça menção a pessoa do “preso”, é pacífico o entendimento na doutrina e na jurisprudência que o direito ao silêncio, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo abrange, também, aquele que está solto, bem como qualquer pessoa que possa vir ser responsabilizada de alguma.

Neste sentido, segundo Renato Brasileiro de Lima “o titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é, portanto, qualquer pessoa que possa se autoincriminar”.[2]

Dessa forma, resta demonstrado que o direito ao silêncio constitui um desdobramento do direito de não produzir provas contra si mesmo, consistindo em uma autodefesa passiva, por meio da inatividade do indivíduo.

Para além da previsão Constitucional, o legislador inseriu um tipo penal na Lei 13.859/2019, que trata dos crimes de abuso de autoridade, especialmente para criminalizar a conduta de quem viola o direito ao silêncio constitucionalmente assegurado.

Se, após o acusado manifestar a intenção de permanecer calado, a autoridade responsável pelo seu interrogatório continuar a lhe perguntas, há crime previsto no artigo 15, parágrafo único, inciso I, da Lei 13.859/2019: “Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo: Pena - detenção, de 1 a 4 anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório: I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio”.

Antes de analisarmos o dispositivo objeto do presente artigo, se faz necessário expor os fundamentos que levaram o legislador a prever um mecanismo para afastar o direito ao silêncio nos acordos de colaboração premiada.

[2] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 73.

3 OMERTÀ – A LEI DO SILÊNCIO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Omertà nada mais é do que a “lei do silêncio.

O termo, usado na Itália, designa o temor que as pessoas têm de testemunhar a respeito das práticas criminosas perpetradas pelas organizações mafiosas.

No Brasil também é possível verificar como a lei do silêncio rege determinado território.

Basta verificarmos, a título de exemplo, o temor existente nas comunidades carentes, em que o vácuo deixado pelo Estado fora ocupado pelas organizações criminosas, onde vige a “lei” e os serviços impostos, forçadamente pelas organizações criminosas.

É comum a prática de crimes, principalmente o tráfico de drogas, de forma aberta, com todos os moradores da comunidade presenciando sua prática. Contudo, são poucas as pessoas que falam abertamente a respeito dessas práticas ou que testemunham em depoimentos perante a Polícia ou o Poder Judiciário, tudo em razão do temor de que algo de ruim a elas aconteça.

Dessa forma, prefere-se o silêncio, fingir que “nada viu”, a testemunhas a respeito de fatos criminosos que presenciou, sob pena de pagar com a própria vida.

Nesse sentido, nos ensina o Ilustre Jurista Wálter Fanganiello Maierovitch:

> A omertà sempre estará presente quando a criminalidade de matriz mafiosa obtém, no vácuo deixado pelo Estado, o controle territorial e o social. Nas comunidades dominadas, a lei do Estado cede à “lei” do crime organizado. Junto, vem o medo[3].

Contudo, a “lei do silêncio” não vige apenas fora da estrutura da organização criminosa, através da difusão do medo que ela provoca nas pessoas de fora. Ela também ocorre dentro de suas próprias estruturas, pela difusão do medo entre membros de uma mesma organização criminosa, através da “lei do mais forte”.

Para fins deste artigo, denominamos de “difusão do medo externo”, o temor que a organização criminosa causa nas pessoas que não integram as estruturas da organização. E, por outro lado, chamamos de “difusão do medo interno”, o temor que a organização criminosa provoca entre os próprios membros da organização.

[3] MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Máfia, Poder e Antimáfia**: um olhar pessoal sobre uma longa e sangrenta história. São Paulo: UNESP, 2019. p. 90.

Do mesmo modo que a pessoa que não faz parte da organização criminosa tem medo de testemunhar a respeito dos fatos criminosos cuja ocorrência presenciou, há um temor de retaliação dos próprios membros da organização criminosa caso venham, uma vez presos, prestar informações às autoridades sobre a estrutura da organização criminosa, seus membros e as atividades ilícitas por eles desenvolvidas.

Principalmente nas organizações do tipo mafioso, a omertà era a regra, não havendo, até meados de 1.980, relatos de membros de máfias que haviam delatado outros criminosos, ou mesmo revelado a estrutura da organização, com o detalhamento de suas atividades ilícitas.

O primeiro mafioso a romper com o omertà e expor os meandros da máfia Siciliana, foi o mafioso Tommaso Buscetta, que, em depoimentos prestados ao Juiz Italiano Giovanni Falcone, forneceu informações detalhadas sobre a estrutura da organização criminosa com a identificação de seus membros, bem como as atividades ilícitas por eles desenvolvidas.

Após os depoimentos de Buscetta, outros membros de organizações mafiosas sentiram-se mais seguros para delatar à Justiça informações a respeito das organizações criminosas do qual pertenciam, em troca de sua liberdade ou de redução de pena. Muitos foram mortos, posteriormente, pelas mãos de membros da organização criminosa de que fizeram parte.

Veja que, para estimular o membro da organização mafiosa a deletar outros membros, auxiliando em sua identificação, expor sua estrutura e as atividades ilícitas desenvolvidas, rompendo com a forte lei do silêncio que vigia, fora necessário oferecer acordos mais vantajosos do que o medo de retaliação.

Assim também acontece nas organizações criminosas brasileiras. Há uma forte lei do silêncio em razão do medo que a difusão do medo interno provoca nos seus membros, que é o medo da própria organização da qual o delator pertence.

As organizações criminosas possuem uma estrutura muitas vezes refinada, com hierarquia e divisão de tarefas, de modo que, a identificação dos lideres da organização, de sua estrutura mais alta e das atividades ilícitas por eles desenvolvidas não teria como ser conhecida pelas autoridades de persecução penal senão através do relato de alguém de dentro da própria organização criminosa.

Sabendo do medo que existe e da lei do silêncio que impera, o legislador verificou que, para romper com essa “tradição”, seria necessário, em primeiro lugar,

oferecer prêmios ao colaborador que sejam mais atrativos que o medo de retaliação que ele possa vir a ter e, para isso, seria também necessário a previsão legal de não exercício do direito ao silêncio caso queria se beneficiar dos prêmios mencionados.

É neste sentido que nasce a redação do dispositivo objeto do presente artigo.

4 A RENÚNCIA AO DIREITO A0 SILÊNCIO PREVISTO NO ARTIGO 4º, §14 DA LEI 12.850/2013

Dispõe o artigo 4º, §14: "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade".

Em verdade, a intenção do legislador era genuína, embora não tenha se valido da melhor técnica para redigir o dispositivo em comento.

O correto teria sido prever que nos depoimentos que prestar, o colaborador não exercerá o seu direito ao silêncio.

Conforme explicado nas linhas acima, uma das características dos direitos fundamentais é a irrenunciabilidade.

Dessa forma, como compatibilizar o dispositivo acima, que prevê renúncia ao direito ao silêncio com a Constituição Federal que prevê o direito ao silêncio como garantia fundamental cuja caraterística é a irrenunciabilidade? Seria tal disposição constitucional ou inconstitucional?

Entendemos que seja o caso de dar ao dispositivo, interpretação conforme à Constituição, a fim de que se adequar o texto da norma aos princípios constitucionais.

Outra possibilidade de solucionar o caso, é se levarmos em conta a natureza do acordo de colaboração premiada, que decorre justamente da celebração de um negócio consensual entre as partes, através de uma análise global do instituto.

Entretanto, antes de explicarmos como se dariam as possíveis soluções para compatibilizar o dispositivo em comento com a Constituição Federal, devemos expor os argumentos daqueles a favor da inconstitucionalidade do dispositivo e àqueles que defendem a constitucionalidade da norma.

5 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, §14 DA LEI 12.850/2013

Há quem advogue a inconstitucionalidade do dispositivo, a exemplo de Gabriel Habib. Nas suas palavras:

> Trata-se de dispositivo flagrantemente inconstitucional por violação do princípio ao silêncio [...]. O agente colaborador tem a posição de investigado ou réu, e não de testemunha. Se ele é investigado ou réu, tem constitucionalmente assegurado a si o direito ao silêncio, não podendo o legislador ordinário impor a sua renúncia[4].

Em sentido oposto, advogando pela constitucionalidade do dispositivo, Renato Brasileiro de Lima:

> A colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*. É fato que os benefícios legais oferecidos ao colaborador servem como estímulo para a sua colaboração, que comporta, invariavelmente, a autoincriminação. Porém, desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com a prévia advertência quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao direito de não produzir provas contra si mesmo [...]. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal[5].

Há, ainda uma posição intermediária, situando-se entre as duas posições apresentadas acima.

Nessa corrente, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem que a obrigatoriedade de prestar depoimentos verdadeiros só será exigida do colaborador que não se tornar réu. Para os autores, a lei não pode exigir a renúncia ao direito ao silêncio do réu. Se denunciado o colaborador acabaria se tornando, simultaneamente, réu e testemunha, havendo incompatibilidade[6].

O principal argumento levantado por aqueles que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo, ao nosso ver, relaciona-se à ausência de dever do investigado de prestar o compromisso de dizer a verdade, não se sujeitando, portanto, à prática do crime de falso testemunho, eis que estaria protegido pelo direito fundamental ao silêncio.

O compromisso legal de dizer a verdade, vem previsto no artigo 203 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

---

[4] HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais.** 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 45.
[5] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal.** 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 394.
[6] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado:** comentários à nova lei sobre crime organizado. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 75-78.

> Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Apesar de o artigo 203, referir-se apenas a testemunha, há aplicação do dever de dizer a verdade também ao perito, contador, tradutor ou intérprete, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal, que assim dispõe: “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Contudo, quando explicamos a respeito do direito de não produzir prova contra si mesmo, cujo direito ao silêncio é decorrência, não só o preso, o investigado ou o réu podem ficar em silêncio, a titularidade do direito ao silêncio é de todos aqueles que possam, de alguma forma, se autoincriminar, abrangendo até mesmo às testemunhas que prestam compromisso de dizer a verdade.

Ademais, outro argumento utilizado por quem advoga a inconstitucionalidade do dispositivo, refere-se ao fato de que, por ser réu ou investigado, teria o colaborador assegurado para si o direito ao silencio, não podendo o legislador ordinário impor sua renúncia.

Entretanto, se de um lado há de se reconhecer o direito ao silêncio ao investigado, ao réu, ao preso ou a qualquer outro que possa se autoincriminar, há, de outro lado, o direito de qualquer pessoa de confessar os fatos a ela imputados.

A confissão é um ato livre e espontâneo daquele que, protegido pela garantia do direito ao silêncio, decidiu falar e confessar os fatos a ele imputados.

Dessa forma, o que acontece é que não há, diferentemente do que alegam aqueles que advogam pela inconstitucionalidade do dispositivo, uma imposição legal de renúncia ao direito ao silêncio. O que ocorre é a oportunidade de o investigado optar por não exercê-lo, de forma livre e espontânea, sem qualquer tipo de coação.

Em outras palavras, da mesma forma que não há um dever ao silêncio quando do interrogatório, podendo o acusado confessar os fatos a ele imputados, também não há um dever de silêncio quando do depoimento prestado pelo

colaborador em sede de acordo de colaboração premiada, podendo ele optar por não exercer o direito ao silêncio e confessar os fatos que são objeto de investigação.

Neste sentido é o entendimento de Cleber Masson:

> Com efeito, todo e qualquer réu/investigado pode espontaneamente confessar os fatos que lhe são imputados por meio da denúncia ou que sejam objeto de investigação, circunstância esta inclusive fomentada com o abrandamento da pena pela legislação (art. 65, III, "d", do CP). Disso resulta evidente que não há entre nós um dado dever ao silêncio[7].

No mesmo sentido são os ensinamentos de Eugênio Pacelli:

> O dever de dizer a verdade na hipótese, tal como previsto no referido dispositivo, decorreria unicamente de ato voluntário do colaborador e não como imposição da norma legal! Se antes dessa decisão pessoal ele não era obrigado a depor – direito ao silêncio – não se pode dizer que ele tenha renunciado a esse direito, mas sim, que resolveu se submeter às consequências de sua confissão[8].

Quanto aos que defendem uma posição intermediaria, entendendo ser constitucional a renúncia ao direito ao silêncio apenas do colaborador que não se tornar réu, sendo, lado outro, inconstitucional a renúncia ao direito ao silêncio do agente colaborador denunciado no processo, algumas considerações também devem ser feitas para afastar tal entendimento.

Os depoimentos do colaborador podem ser feitos em dois sentidos: (i) se autoincriminando (autoincriminatórios) ou; (ii) incriminando terceiros (heteroincriminatórios).

Fixadas essas diferenças de conceitos, para o entendimento capitaneado por Rogério Sanches e Ronaldo Batista, apenas a renúncia ao silencio de quem incrimina terceiros (heteroincriminação) seria constitucional.

Os efeitos que afastam essa teoria são bem explicados pelo Ilustre Pedro Jorge do Nascimento Costa:

> Efetivamente, ainda que o colaborador se limite a incriminar terceiros em um depoimento específico, pode ocorrer de conhecer os fatos sobre os quais depõe somente por integrar a organização criminosa. Sobre tais fatos seroa obrigado a prestar depoimento com o compromisso de dizer a verdade. Esse depoimento a respeito de fatos que dificilmente chegariam ao conhecimento de quem não compusesse a organização criminosa seria usado em seu desfavor. Ao fim e a cabo, o colaborador produziria provas em seu desfavor[9].

---

[7] MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 285-286.
[8] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 864-865.
[9] COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 272.

Expostos os argumentos daqueles que advogam pela inconstitucionalidade do dispositivo e daqueles que entendem ser a norma constitucional, apenas em relação ao colaborador que não se torna réu no processo, resta fixar as premissas e expor o entendimento daqueles que entendem ser constitucional o dispositivo.

Tendo em vista ser a constitucionalidade do dispositivo a posição majoritária da doutrina e ser, também, o nosso entendimento, optamos por exprimir as ideias em capítulo próprio, cujos fundamentos passaremos a expor a seguir.

6 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, §14 DA LEI 12.850/2013

Em primeiro lugar, cabe reforçar a ideia de que, se numa ação penal comum, ao réu que esteja protegido pelo manto do direito fundamental ao silêncio, é possível o seu não exercício, optando por confessar os fatos a ele imputados, porque seria diferente com àquele que celebra um negócio jurídico, um acordo, de livre e espontânea vontade, devidamente assistido por defesa técnica?

O direito fundamental ao silêncio é uma garantia fundamental à disposição daqueles que possam se autoincriminar. Como o próprio instituto diz, é um direito, não um dever.

Muito embora não seja possível sua renúncia, é incontroversa a possibilidade de não exercício do direito fundamental.

Dessa forma, se ao colaborador fora dada a oportunidade de, assistido por defesa técnica, trabalhar ao lado do Estado na elaboração do acordo de colaboração premiada, bem como, ciente dos prêmios legais a que o Estado está obrigado a pleitear em seu favor, sendo necessário, para isso, que opte por não exercer o seu direito fundamental ao silêncio, nada de inconstitucional há neste procedimento.

Compartilhando desse entendimento, temos o entendimento de Cleber Masson:

> Além do mais, se o acordo de colaboração premiada depende de ato voluntário do colaborador; se, ainda, a obtenção de qualquer prêmio legal carece da eficácia das declarações por ele prestadas, não há de se cogitar em ‘renúncia’ do direito ao silêncio. Tem-se, isso sim,

> mera opção pelo seu não exercício. O réu/investigado, assistido por seu defensor, escolhe falar em troca de um benefício.[10]

Dessa forma, a renúncia ao direito ao silêncio não é uma imposição da legislação infraconstitucional, assim como defende aqueles que entendem ser o dispositivo inconstitucional. Na verdade, é uma opção colocada ao pretenso colaborador.

Caso ele queira se beneficiar dos prêmios legais previstos no *caput* do artigo 4º, deve ele, voluntariamente optar por não exercer o direito ao silêncio, comprometendo-se a dizer a verdade, tudo sob a orientação de defesa técnica.

Por outro lado, se não quiser abrir mão do seu direito ao silêncio, basta não celebrar o acordo de colaboração premiada.

A propósito a própria lei trouxe mecanismos para averiguar se a opção pela celebração do acordo, com a consequente "renúncia" ao direito ao silêncio fora exercida sem qualquer coação por parte do Estado.

O artigo 4º, §7º, dispõe que o juiz deverá ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de seu defensor, a fim de analisar, dentre outros aspectos, a legalidade do acordo, bem como a voluntariedade da manifestação de vontade.

Ainda no que tange aos mecanismos de proteção, homologado o acordo, ainda será possível que o colaborador venha a se retratar.

É o que autoriza o artigo 4º, § 10 ao dispor que as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Quanto a esse último dispositivo, são as palavras de Renato Brasileiro:

> Tanto é verdade que não há renúncia ao direito ao silêncio que o próprio art. 4º, §10, da Lei nº 12.850/12, prevê que, na hipótese de retratação da proposta de colaboração premiada pelas partes, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Como se percebe, ante a possibilidade de ser beneficiado por um dos prêmios legais previstos na nova Lei de Organizações Criminosas, o colaborador opta pelo não exercício do direito ao silêncio, sujeitando-se às consequências de sua confissão... Frustrada a proposta em virtude da retratação por uma das partes, seria no mínimo injusto que todo esse acervo probatório fosse contra ele utilizado. [11]

[10] MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 286.
[11] LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal.** 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 762-763.

Sendo assim, expostos os fundamentos de que a colaboração premiada é um negócio jurídico, que pressupõe a celebração de um acordo, cuja característica fundamental para sua celebração é a voluntariedade, de forma que não há imposição legal determinando a renúncia ao direito ao silêncio, tratando-se de livre escolha do colaborador, não há falar em inconstitucionalidade do dispositivo.

No mais, o colaborador livre e voluntariamente opta por não exercer o direito ao silêncio em virtude de se beneficiar de um dos prêmios legais previstos na Lei. Caso não queira abrir mão de seu direito fundamental, basta não celebrar o acordo.

Além disso, há mecanismos de proteção, cuja finalidade é evitar a violação à voluntariedade na celebração do acordo, dentre elas a mencionada necessidade de assistência por defensor, a audiência em que o juiz ouvirá o colaborador, analisando sua voluntariedade e, a possibilidade de se retratar do acordo.

Dessa forma, a primeira premissa para afastar de vez o entendimento pela inconstitucionalidade do dispositivo fora fixada: a própria lei de organização criminosa, interpretada em seu conjunto, de forma global, não tem por escopo a violação de direitos fundamentais.

Entretanto, não nos esquecemos de que o legislador não empregou a melhor técnica legislativa ao prever que o colaborador renunciará ao direito ao silêncio.

Sendo assim, a fim de se afastar de vez a alegação de inconstitucionalidade, entendemos que também seria o caso de se aplicar a técnica de interpretação conforme a constituição, conforme passaremos a expor.

7 DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Essa solução por nós apresentada fora inspirada na decisão do Eminente Ministro Teori Zavascki que, ao homologar o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Público Federal e o ex Senador Delcídio do Amaral, se opôs a um ponto do acordo: a expressão "renuncia" à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silencio, constante no Título VI do documento. Na visão do ministro, tal redação pode ser interpretada como renúncia a direitos e garantias fundamentais, algo que ninguém pode fazer. Para corrigir isso, ele recomendou que tal cláusula fosse

interpretada "com a adição restritiva 'ao exercício' da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins".

O princípio da interpretação conforme a constituição é aplicável diante de normas que possuem mais de uma interpretação.

Diante de tais normas, chamadas de plurissignificativas, deve-se adotar a interpretação que mais se aproxime da Constituição.

Pedro Lenza nos traz os parâmetros para que seja possível a aplicação da técnica de interpretação conforme a constituição:

> Percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade. O intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição. Não se aceita a interpretação conforme à Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória[12].

Dessa forma, conforme o exposto no presente artigo, chegamos a conclusão de que o disposto no artigo 4º, §14 da Lei. 12.850/2013 não é inconstitucional. O que aconteceu foi uma redação do dispositivo em que o legislador não se valeu da melhor técnica.

Valendo-se dos parâmetros trazidos por Lenza, verificamos que, em tese, é possível aplicar ao dispositivo em comento a técnica de interpretação conforme a Constituição, uma vez que, de fato, há percepção de que a lei pode ser interpretada conforme a Constituição, de forma que a expressão “renúncia ao direito ao silêncio”, seja interpretada como “não exercício do direito ao silêncio”.

Lado outro, também não estamos contrariando o texto literal e o sentido da norma, nem tampouco obtendo uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador. Muito pelo contrário.

A intenção do legislador foi clara ao condicionar a obtenção dos prêmios legais ao não exercício do direito ao silêncio por determinado tempo, muito embora tenha usado a expressão “renúncia”. Também os mecanismos de proteção dispostos na lei, tais como assistência de defensor, audiência com o juiz para verificação da voluntariedade na celebração do acordo e a possibilidade de retratação, em uma interpretação conjunta da lei, nos leva a aplicação da

[12] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 177.

interpretação conforme a Constituição dentro de seus parâmetros, sem modificar a intenção do legislador ou contrariar a literalidade e sentido da norma.

Sendo assim, entendemos que há de se aplicar a técnica de interpretação conforme a Constituição ao artigo 4º, §14 da Lei. 12.850/2013, cuja redação é: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Propomos que o presente dispositivo seja interpretado da seguinte forma: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador não exercerá, na presença de seu defensor, o seu direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais possuem como característica a irrenunciabilidade. O que pode acontecer, em verdade, é o seu não exercício por determinado período de tempo.

A disposição do artigo 4º, §14, da Lei 12.850/2013, ao prever que o colaborador renunciará ao seu direito ao silêncio, não é inconstitucional.

Ainda que se reconheça que o legislador não empregou a melhor técnica ao redigir o dispositivo, uma interpretação em conjunto dos dispositivos da mencionada Lei que disciplinam o instituto da colaboração premiada nos leva a entender que não houve nenhuma tentativa de impor uma renúncia ao colaborador de seu direito fundamental de permanecer calado.

Há, em verdade, um acordo, firmado de livre e espontânea vontade, em que o colaborador, para se beneficiar de um dos prêmios legais, opta por não exercer, nos depoimentos que prestar relacionado os fatos objeto da colaboração, ao seu direito fundamental ao silencio.

O investigado é livre para optar por não abrir mão do seu direito ao silencio, de forma que a consequência será apenas a não celebração do acordo e colaboração premiada.

A própria lei criou mecanismo de proteção ao colaborador que opta por firmar o acordo de colaboração premiada, abrindo mão de seu direito ao silêncio, devendo ser ele, em todos os atos, devidamente assistido por defesa técnica.

Ademais, deverá o colaborador ser ouvido pelo Juiz, na presença de seu defensor, que analisará a sua voluntariedade.

Destarte, após todas essas etapas, o colaborador ainda pode se retratar da colaboração premiada, de forma que as provas produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Por fim, entendemos que, apesar de a interpretação da Lei em seu conjunto já nos levar ao entendimento pela sua constitucionalidade, e a fim de evitar maiores discussões sobre a questão, propusemos a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, substituindo o termo “renúncia” pela expressão “não exercício”, a fim de compatibilizar o dispositivo com a Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. **A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA, Rogério; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado:** comentários à nova lei sobre crime organizado. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais.** 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal.** 4ª. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Máfia, Poder e Antimáfia:** um olhar pessoal sobre uma longa e sangrenta história. São Paulo: Unesp, 2021.

MASSON, Cléber; MALÇAL, Vinícius. **Crime Organizado.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.