XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

DANI RUDNICKI

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Érika Mendes de Carvalho; Matheus Felipe de Castro; Dani Rudnicki. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-717-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO III

Apresentação

Entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018, o CONPEDI-Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito, realizou o seu XXVII Congresso Nacional na cidade de Porto Alegre, nas luxuosas instalações da UNISINOS/POA. A quantidade de artigos de excelência submetidos ao grande Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição" levou à necessidade de seu desmembramento em três subgrupos de mesmo nome, medida salutar para garantir a apresentação desse universo de pesquisas realizadas nas mais diversas universidades brasileiras. No Subgrupo Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, tivemos uma amostra significativa da diversificação da pesquisa brasileira em nosso campo, com artigos que abordaram desde a necessidade de novas (e responsáveis) hipóteses de criminalização, até os impactos que o vetusto sistema inquisitorial ainda continua a provocar na processualística penal brasileira; as grandes modificações que as novas modalidades de colaborações premiadas vem efetivando no Sistema Penal; a política criminal de drogas; a situação da mulher frente ao grande encarceramento; a vitimologia; a situação das crianças e adolescentes frente ao sistema processual penal e a produção de provas; os impactos da diversificação de percepções sobre identidade de gênero na teoria penal; a arte, o cinema, a psicologia e muitos outros assuntos que enriquecem sobremaneira o conhecimento sobre os crimes e as penas e que tornaram o encontro verdadeiramente instigante, revelando uma excelente amostra do significativo amadurecimento das pesquisas realizadas nos programas de pós-graduação que, primando por um lado pela tradição do rigor técnico, estão incorporando cada vez mais conhecimentos transdisciplinares, vindos da Criminologia Crítica, da Filosofia, da Sociologia, da História, considerando mais de perto e seriamente os problemas brasileiros e a necessidade de uma teoria penal a eles conectados. Enfim, desejamos a todas e a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Érika Mendes de Carvalho – UEM

Prof. Dr. Dani Rudnicki – UNIRITTER

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ENTRE A ÉTICA E A EFETIVIDADE JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

BETWEEN ETHICS AND JURISDICTIONAL EFFECTIVENESS: AN ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE PLEA BARGAINING INSTITUTE IN DEMOCRATIC RULE OF LAW

Evelyn Pinheiro Tenório de Albuquerque

Resumo

Este trabalho tem por objetivo discutir se o Estado, na persecução penal, deve manter condutas que são consideradas éticas, ainda que essas possam ser um obstáculo à efetividade jurisdicional. Para tanto, foi feita uma análise do instituto da colaboração premiada, perpetuado em nosso ordenamento por meio da Lei nº 12.850/2013. Pretendeu-se verificar se o referido instituto deve encontrar acolhida no ordenamento jurídico vigente. O método de pesquisa utilizado foi a revisão bibliográfica, com foco em recentes julgados do STF e de bibliografias relevantes sobre o tema, tendo como marco teórico a teoria do garantismo penal.

Palavras-chave: Verdade processual, Colaboração premiada, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to discuss if the State, in criminal prosecution, must maintain conduct that is considered ethical, even if it may be an obstacle to judicial effectiveness. An analysis was made of the plea bargaining institute, perpetuated in our legal system by the Law nº. 12.850 / 2013. The intention was to verify if that institute must find support in the current legal system. The research method used was the bibliographical review, focusing on recent STF judgments and relevant bibliographies on the subject, having as theoretical framework the theory of criminal guaranty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Truth in the process, Plea bargaining institute, Constitutionality

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.850/2013, conhecida como Lei das organizações criminosas, está prestes a completar cindo anos de vigência. No entanto, parte do seu teor ainda causa certa estranheza e divide opiniões entre os estudiosos. Isto porque, ao dispor sobre a investigação criminal e os meios de obtenção da prova, a referida lei perpetuou em nosso ordenamento o instituto da delação premiada[1], ou, como é agora denominada com a redação dada pela referida lei, a colaboração premiada.

Neste contexto, o que se busca discutir é se o Estado, na persecução penal, deve manter condutas que são consideradas éticas, ainda que essas possam ser um obstáculo à efetividade jurisdicional. Deste modo, o problema ora enfrentado é: o instituto da colaboração premiada é compatível com os princípios de um Estado Democrático de Direito?

A necessidade da adoção de estratégias legais para a efetividade jurisdicional é inquestionável, sobretudo no que tange aos crimes praticados pelas organizações que comumente fazem uso de extrema violência para a consecução dos seus objetivos. Contudo, o recorte metodológico ora proposto não abrange tal problemática, atendo-se à análise da institucionalização pelo Estado de ações que não podem ser consideradas éticas.

Dessa forma, o objetivo traçado para a presente pesquisa é verificar se o instituto da colaboração premiada é compatível com um Estado Democrático de Direito.

A pesquisa justifica-se pela atualidade do tema, em função das reformas processuais em busca da efetividade da tutela jurisdicional e de uma melhor resposta à tormenta da criminalidade organizada e violenta que assola a toda a sociedade, bem como pela necessidade de estudos que propiciem uma melhor interpretação e aplicação das normas que regem a colaboração premiada.

Para tanto, o segundo capítulo se ocupará da análise da busca da verdade e da definição do conceito de verdade, a fim de se elucidar qual é, de fato, a finalidade do processo. Já no terceiro capítulo se buscará demonstrar como o instituto da delação premiada vem sendo utilizado como uma forma de se estimular a busca da verdade no processo penal. O quarto capítulo cuidará de abordar a colaboração premiada, apresentando, para tanto, um breve relato histórico do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O último capítulo será

[1] Embora a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.3850/2013) tenha feito uso da expressão colaboração premiada, o termo delação premiada ainda vem sendo amplamente utilizado pela doutrina e jurisprudência, razão pela qual, ambas serão utilizadas como sinônimo no presente estudo.

dedicado à análise do objeto de estudo propriamente dito, abordando-se a colaboração premiada sob o aspecto processual e ético, de modo a se responder ao problema inicialmente apresentado.

1. A BUSCA DA VERDADE E O CONCEITO DE VERDADE

Necessário se faz descobrir a verdade para que a lei possa ser aplicada corretamente. E descobrir a verdade é oferecer conhecimentos capazes de convencer alguém (no caso, o julgador) da existência ou inexistência de determinado fato, isto é, uma relação de identidade, de adequação ou de acordo entre nosso pensamento e as coisas que constituem seu objeto.

Entretanto, a busca da verdade não é o fim a que o processo se destina e não se pode concluir que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. De acordo com a visão moderna, o processo é um instrumento que se destina a assegurar a efetividade do Direito. Tal Direito não pode ser confundido com o direito subjetivo da parte, visto que no curso do processo criminal o juiz faz incidir normas jurídicas que pouco ou nada têm a ver com direitos subjetivos. Assim, a finalidade do processo tem sido identificada sob uma nova ótica na qual é verdadeira garantia de liberdade e não mais um mero instrumento de aplicação do direito penal. Por isso, a conclusão feita em concordância com o entendimento de grandes expoentes da doutrina, é no sentido de que a descoberta da verdade é meio e não fim do processo.

Desta forma, a finalidade principal do processo é a de produzir justiça. E para que a justiça seja efetivamente produzida é necessário que o juiz se convença de que a verdade foi desvendada mediante a reconstituição formal dos fatos. No entanto, efetivamente, o que vem a ser a verdade?

Inúmeros estudiosos e filósofos destinaram grande parte de seus estudos e pesquisas a tentar responder essa pergunta, aparentemente simples. Consequentemente, surgiram diversas correntes filosóficas sobre o assunto. Dentre as doutrinas mais importantes, Barros (2002) enumera as seguintes: a doutrina aristotélica escolástica, a platônica, a de Santo Agostinho, a dos filósofos idealistas como Kant e Hegel, a dos pragmatistas Ortega e Gasset, e as dos semânticos modernos como Tarski, Bertrand, Russell. Adverte o mesmo autor que essas doutrinas “são de tal maneira complexas que não somente é difícil expô-las como inclusive compreendê-las” (BARROS, 2002, p. 14). De todo modo, apesar de tanta dissensão filosófica, para efeitos do presente trabalho, é necessário tentar estabelecer um conceito acerca da verdade, uma vez que a mesma constitui a espinha dorsal do tema aqui desenvolvido.

Nos dizeres de Marco Antônio de Barros (2002, p.15), a verdade é,

> [...] na sua definição comum, a adequação ou conformidade entre o intelecto e a realidade. O intelecto é a inteligência, o entendimento, a razão, o conhecimento intelectual. A realidade é o ser. Na correspondência entre o intelecto e o ser firma-se a adequação de ideias constitutivas do objeto (*adaequatio intellectus et rei*). Assim sendo, a verdade exige só a adequação (*adaequatio*) ao objeto formal considerado em cada caso.

Encontra-se ainda a conceituação de verdade como sendo a concordância de uma enunciação com o seu objeto. Heidegger *apud* Barros (2002, p. 16), acrescenta ainda que "a essência da verdade 'em si' reina acima do homem. Ela é tida pela metafísica como eterna e imperecível, e jamais poderá ser edificada sobre a instabilidade do frágil ser humano".

Nessa mesma linha de raciocínio, há também quem afirme ser impossível atingir a verdade suprema, transcendental, que está fora do alcance humano. Este é o pensamento do autor Chimenti (1995, p.49).

No campo do Direito, pode-se vislumbrar como definição da verdade que mais se aproxima do enfoque jurídico, aquela que, analisada do ponto de vista da atividade jurisdicional, é classificada em "verdade de fato" e "verdade de direito". Como bem explica Barros, (2002. p.17)

> [...] a primeira consolida-se quando o juízo de valor que o julgador forma acerca de certo caso, ou acontecimento, está inteiramente conforme com as provas existentes ao seu respeito. A segunda (verdade de direito) se verifica ao tempo da aplicação da lei ao caso concreto, isto é, quando o juiz declara a regra que dá o verdadeiro sentido ao fato, em conformidade com o pensamento que apreende do legislador.

Continua o referido autor explicitando que existe na doutrina a chamada "verdade histórica", definida como sendo aquela em que se procura obter com o propósito de assegurar a realidade de certos acontecimentos, de certos fatos realizados no tempo e no espaço (BARROS, 2002). Assim, temos como exemplo as "verdades científicas", que não são absolutas, mas sim relativas, uma vez que todas estão impregnadas de um conteúdo concreto, determinado pelas épocas históricas em que foram proclamadas.

Diante do exposto, adota-se para efeitos do presente trabalho, a partir de uma visão que se restringe ao tema, o conceito de verdade como sendo esta, primeiramente, fruto de um juízo de valor, e, no processo penal, como sendo tão-somente a "verdade processual", que é assimilada com base nas provas produzidas no curso do procedimento.

A verdade só é considerada válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Significa dizer que a verdade deve ser moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico. Não há dúvida de que o conhecimento é subjetivo, uma vez que cada pessoa raciocina, reflete e tira suas conclusões sobre o mundo exterior e gera a verdade de tal modo que julga ser a real. No entanto, a composição da verdade no processo submete-se ao preenchimento de requisitos próprios do devido processo legal.

2. A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FORMA DE ESTÍMULO À BUSCA DA VERDADE

No meio doutrinário mais tradicional, durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que a prova tem como finalidade suprema e substancial a verificação da verdade. Como consequência, a prova foi equiparada a um meio com que a verdade consegue atingir o espírito do julgador, sendo ela a única que pode nele gerar, legitimamente, a convicção racional da criminalidade. No entanto, tal posicionamento já não mais se adequa à doutrina moderna.

Atualmente, cresce o entendimento doutrinário no sentido de se ter incorrido em grande confusão, para não dizer equívoco, no passado, principalmente ao se assinalar a verdade como finalidade essencial da prova processual, visto que tal concepção traz para o âmbito do direito processual todos os problemas de natureza filosófica que nascem em torno do conceito de verdade. Além disso, deve-se reconhecer que nem sempre se consegue atingir a verdade em seu sentido filosófico. Sendo assim, a finalidade da prova passa, então, a ser predominantemente examinada sob o prisma da formação da convicção do juiz sobre a exatidão das afirmações formuladas pelas partes no processo (BARROS, 2002).

No entanto, sob outro aspecto, somente o que está provado pode ser tido, em regra, como verdadeiro. Daí dizer-se que a busca da verdade constitui atividade que converge para a integral apuração do fato. Destarte, descobrir a verdade processual é o meio e modo de comprovação da situação concreta em que deve incidir a norma penal. Em outros termos, podemos dizer que as provas compõem o instrumento do qual se vale o direito para reproduzir a verdade.

Lado outro, é pacífica na doutrina a afirmação de que o objetivo supremo do processo é a efetivação da justiça. Mas não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade, pois que esta é o elemento essencial da justiça.

Sendo assim, o direito e a verdade se complementam na medida em que o primeiro constrói regras ou formas legais de verificação da infração penal, entre as quais se encontram aquelas que visam esclarecer s segunda. Por conseguinte, pode-se dizer que "a verdade é um elemento fundamental que o direito persegue e visa atingir (BARROS, 2002, p.23). No entanto, nem sempre esse objetivo é alcançado, principalmente nos dias de hoje. Com o atual estágio de desenvolvimento e sofisticação das organizações criminosas, o crescimento praticamente incontrolável da criminalidade violenta e com o temor que esta espalha entre as vítimas e as testemunhas, o descobrimento da verdade resta extremamente prejudicado. Em outras palavras, desvendar a verdade tornou-se uma operação de difícil concretização nos processos criminais.

Diante de tal quadro, há quem sustente que a reconstrução dos fatos de modo que corresponda efetivamente à realidade é simplesmente impossível, concluindo-se forçosamente que somente se pode construir a "verdade processual" ou a verdade judicial, e esta, quando muito, representa a certeza judiciária, ou a "verdade provável", senão a "verdade possível" (GOMES FILHO, 1997).

No entanto, se a "verdade processual" obtida é insuficiente para formar o convencimento do juiz no sentido de este efetuar uma condenação, é de se concluir que o julgador, de fato, não logrou descobrir a verdade e terá de absolver o réu. É neste ponto que se insere uma questão de grande relevância social e deveras problemática aos olhos da sociedade, principalmente se esta dita "verdade", que não foi capaz de convencer, tiver sido resultado do comodismo dos órgãos que estão incumbidos de executar a persecução penal estatal.

Tal pressão exercida pela opinião pública faz com que o legislador procure criar novos instrumentos processuais ou estabelecer novas políticas criminais que facilitem a produção da verdade no processo. Dentre essas inovações, se é que assim podemos chamar, está o instituto da colaboração premiada, com o intuito de minimizar a sensação de insegurança que toma conta da sociedade brasileira, bem como dificultar o incremento da impunidade.

Na lição de Capez (2002, p. 362), a colaboração premiada consiste na "afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia. Além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa".

Para Lavorenti e Silva (2000, p.52), "ocorre a delação quando o acusado confessa a prática do crime e também o imputa a terceiros, facilitando a descoberta de delitos e de seus autores".

No julgamento do HC 127483, o STF trouxe a seguinte definição para o instituto ora analisado:

> A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração (BRASIL, 2015)

Deve-se esclarecer que não se cuida de instituto inovador, pois o nosso Direito anterior conheceu o sistema da colaboração premiada no tempo da aplicação das chamadas Ordenações Filipinas, que vigoraram de janeiro de 1603 (período do Brasil Colônia) até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. Através de tal sistema, concedia-se o perdão aos malfeitores que colaborassem com a prisão de outros.

Era o Título CXVI, do Livro V das Ordenações do Reino, também conhecido por Código Filipino, que cuidava especificamente da delação premiada. Intitulado "Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão", ele assim declarava:

> Qualquer pessôa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artifício mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Principe meu filho, ou em falsar sinal de algum Védor de nossa fazenda, ou Dezembargador, ou de outro nosso Official Mór, ou de outros Officiaes de nossa Caza, em cousas, que toquem a seus Officios, ou em matar, ou ferir com besta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em a dar, ainda que morte della se não siga, em matar atraiçoadamente, quebrantar prisões e cadêas de fóra per força, fazer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo acinte para queimar fazenda, ou pessôa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo Carcereiro, em entrar em Mosteiro de Freiras com propósito deshonesto, em fazer falsidade em seu officio, se Tabelião, o scrivão; tanto que assi dér á prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse que o assi deu à prisão, participante em cada um dos ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que eh preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte. (PEIRANGELI, 1980, p. 104)

Em função de sua questionável ética, tendo em vista que o legislador incentivava uma traição, a delação acabou sendo abandonada em nosso ordenamento, reaparecendo em tempos recentes.

Tal reaparição, na opinião Barros (2002, p.279), deve-se muito mais à experiência demonstrada pelo Direito norte-americano (*bargain system*) e pelo sistema processual italiano (*pattegiamento*) do que pela existência desse precedente histórico em nosso país. Esses países adotaram a figura da delação premiada como forma de combate às máfias que proliferaram segunda metade do século passado por verem nela uma forma eficaz de desestruturar o crime organizado.

Além disso, temos também como motivo determinante dessa reaparição da colaboração premiada, o atual quadro interno do nosso país, no qual a violência e a criminalidade organizada atingem níveis alarmantes. Diante de tal quadro, tornou-se necessária a realização de uma avaliação crítica do sistema normativo estatal, indagando sobre medidas de implantação de melhores normas sobre a criminalidade.

É nesse contexto que ressurge a delação premiada, que, na expressão de Coutinho (2006, p.7), "é típica de momentos de crise". Entretanto, não se pode deixar de considerar o caráter questionável desta medida, seja sob o ponto de vista da ética, seja sob o ponto de vista estritamente jurídico.

3. A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A denotar o primeiro registro da reinserção da delação premiada em nosso ordenamento jurídico, temos a Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Em seu art. 25, §2º, ela assim dispõe: "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de um a dois terços".

Ressalte-se que essa é a redação do artigo alterado pela Lei 9.080/95. Doutrinariamente, existe diferença entre o ato voluntário e o ato espontâneo, sem que haja, no entanto, um consenso para a mesma.

Desse modo, não faria jus ao prêmio quem, sugerido por terceiros (autoridades públicas ou não), delatasse seus comparsas em crimes praticados contra o Sistema Financeiro[2]. Contudo, com base na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99), dado o seu caráter geral

[2]Os crimes são os previstos pelos arts. 2º a 23 da Lei 7492/86.

e ao fato de ela mencionar a voluntariedade da colaboração prestada (art.14, da Lei 9.807/99), pode-se conceder o perdão judicial ou a redução da pena para os delitos tratados pela Lei 7.492/86, desde que preenchidos os requisitos dos arts. 13 e 14 da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas.

O próximo registro que temos da reinserção da delação premiada encontra-se na Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072, de 25 de julho de 1990), no art. 8º, parágrafo único, que prevê redução da pena nos crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo para os participantes e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento.

Frise-se, ainda, que não é qualquer informação que conduz à aplicação do benefício, mas tão somente aquela que permita o seu desmantelamento, cujo conceito é impreciso, sendo necessário, nesse particular, construção jurisprudencial.

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, também prevê como premiada, com idêntica redução de pena à prevista pela lei supracitada, a delação feita pelo co-autor ou partícipe que, confessando espontaneamente, revelar à autoridade policial ou judicial, toda a trama delituosa dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, cometidos em quadrilha ou co-autoria (art. 16, parágrafo único, acrescentado pela Lei 9.080/95).

Aponta-se ainda a revogada Lei 9.034/1995, que fazia referência à delação premiada em seu Art. 6º, o qual previa redução de pena nos crimes praticados em organização criminosa quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

A mencionada lei dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, tendo sido revogada pela Lei 12.850/2013.

A próxima lei que, na ordem cronológica a que nos propomos seguir, traz em seu bojo dispositivo a premiar a delação é a Lei 9.613, de 03 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. No art. 1º, § 5º, da referida lei, com redação dada pela lei 12.683/2012, o legislador foi mais além do que as leis supramencionadas, ampliando os benefícios da delação para o autor, o co-autor e o partícipe dos crimes de lavagem, que colabore espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização

dos bens, direitos ou valores que tenham sido objeto dos crimes, ficando o juiz autorizado a reduzir a pena de um a dois terços (a ser inicialmente cumprida em regime aberto ou semiaberto), ou deixar de aplicá-la (ou seja, aplicar o perdão judicial), ou substituí-la por pena restritiva de direitos.

Em um passo adiante e com o intento de eleger novos instrumentos que possam desvendar a verdade e serem úteis à repressão que cabe ao Estado desenvolver no combate que diariamente trava contra a criminalidade crescente, o legislador, conforme já dito, investe no expediente da delação premiada e passa a dar proteção a acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração em investigações policiais e processos criminais, relativos a crimes dolosos em geral, permitindo que lhe seja concedido o perdão, consoante norma inserida na lei que versa sobre a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. Cuida-se da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999.

De acordo com esse diploma legal, sopesadas a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, está o juiz autorizado a conceder, de ofício ou a requerimento das partes, o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa da ação criminosa; a localização da vítima com a sua integridade física preservada; a recuperação total ou parcial do produto do crime (art. 13, incisos I a III, e parágrafo único, da Lei 9.807/99). Além disso, consoante o art. 14 da referida lei, ainda quando não atingidos tais resultados no processo, no caso de condenação, o juiz reduzirá a pena, de um a dois terços, sempre que o indiciado ou acusado colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Necessário, ainda, elencar neste rol a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que em seu art. 41 estabelece que “o acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no cão de condenação, terá a pena reduzida de um terço a dois terços”. Aqui, restringiu o legislador o prêmio dado ao delator à redução da pena.

No que tange às infrações contra a ordem econômica, consta no art. 86 da Lei 12.529/2011 a figura do acordo de leniência, podendo ele ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica. Uma vez cumpridos os requisitos estabelecidos por essa lei, segundo seu art. 87, poderá ocorrer a suspensão do prazo prescricional e o oferecimento da denúncia poderá ser impedido em relação ao agente beneficiário da leniência. Uma vez cumprido o acordo pelo delator, sua punibilidade nos referidos crimes será extinta.

A mais recente aparição do instituto da delação premiada ou, nos termos da lei, da colaboração premiada, se deu com a publicação no dia 2 de agosto de 2013 da Lei 12.850. O referido diploma legal foi por muito tempo aclamado pelos doutrinadores e aplicadores do direito, uma vez que não se podia falar, até então, em uma definição legal para crime organização criminosa. Além de outras providências, a lei ora em comento, concedeu ao juiz a faculdade de conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetivamente e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal (art. 4º). Além disso, pela primeira vez o legislador cuidou de estabelecer um procedimento a ser observado em relação à colaboração premiada.

Não obstante o avanço jurídico que a chamada Lei da organização criminosa significa para nosso ordenamento e, não obstante também as críticas que surgiram à sua redação, como se verá, andou mal o legislador ao perpetuar o instituto da delação premiada entre nós. O método de investigar com premiação não pode contar com a nossa inteira aprovação. Vale relembrar um antigo brocardo romano: *non omne quod licet honestum est*, ou seja, nem tudo o que é permitido é honesto.

Nota-se que a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.3850/2013) instituiu figura que até então não existia, qual seja, o acordo de colaboração premiada celebrado entre o Estado e o colaborador a fim de que este faça jus à sanção premial, passando a ter uma maior segurança em relação aos benefícios aos quais terá direito. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Edson Fachin ao proferir seu voto no julgamento da ADI 5508:

> A novidade instituída pela Lei 12.850/13 reside no oferecimento de maior garantia ao candidato a colaborador de que os benefícios decorrentes de sua colaboração efetivamente lhes serão atribuídos. Antes da regulamentação do acordo, um imputado que desejasse colaborar não contava com a estipulação prévia, por parte do Estado, dos benefícios a que teria direito caso optasse por descortinar os fatos nos quais se achasse

> envolvido numa amplitude maior. Restava ao investigado colaborar e aguardar para que os benefícios abstratamente previstos na lei lhes fossem concretizados no momento da sentença (BRASIL, 2017).

Com efeito, a complacência do Estado para com os criminosos que contribuem no esclarecimento da verdade traduz a implantação de política criminal que não leva em consideração e relega ao olvido a ética e a moralidade de que se deve revestir o ato público. Além disso, temos de levar em consideração o aspecto processual da questão, tendo em vista que a utilização da delação premiada ofende a princípios basilares do direito processual, bem como o próprio sistema acusatório.

Passe-se, portanto, a essa análise da delação premiada sob o aspecto processual e ético.

4. A COLABORAÇÃO PREMIADA SOB O ASPECTO PROCESSUAL E ÉTICO

O instituto da colaboração premiada é amplamente utilizado na Itália e nos Estados Unidos e, nada obstante não se saiba a que preço, tem alcançado bons resultados. Contudo, recebe sérias críticas doutrinárias quando de sua análise no nosso ordenamento jurídico. A fim de melhor demonstrar a veracidade de tal afirmação, vejamos a posição adotada Prado (2006, p.10):

> Enquanto são inúmeras as vozes a clamar pela difusão ainda maior deste método – de delação premiada – instrumento supostamente bem sucedido em outros Estados, penso que estamos nos aproximando de perigosa senda, que atravessa o Estado de Direito e recupera para o Direito Penal e para o Processo Penal a racionalidade autoritária pré-moderna, que se pensava haver sido expurgada com a consagração do processo em contraditório, sob a direção do juiz imparcial.

Previamente, antes da análise do aspecto processual da delação premiada, torna-se necessário relembrar que, de modo direto, não há previsão no Brasil, para a transação penal, exceto no caso das denominadas infrações de menor potencial ofensivo ou para certos delitos tipificados no Código de Trânsito Brasileiro.[3] No entanto, existem portas abertas ao acordo sobre a pena, em situações mais graves, mas que não podem levar o juiz a reduzir

[3]Art. 291, da Lei n.º 9503/97. Há também infrações de menor potencial ofensivo definidas na Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9605/98).

automaticamente a sanção com a dispensa do devido processo legal e ampla atividade probatória. Dessa forma, o prêmio concedido pela delação não importa em transação sobre a pena, embora envolva a disponibilidade sobre o processo, no caso de deferimento judicial do perdão.

Há ainda que se levar em consideração a confissão, que já não é mais considerada como a "rainha das provas" e é tomada como relativa no processo penal brasileiro, devendo ser analisada em conjunto com as demais provas constantes nos autos. Além disso, é assegurado ao réu, constitucionalmente, o direito de ficar em silêncio, conforme estabelecido no Art. 5º inciso LXIII da Constituição Federal vigente.

Deve-se ressaltar, também, que a posição processual do imputado (indiciado ou acusado) é de quem poderá resistir à pretensão do acusador, pessoalmente ou por intermédio de seu defensor. A lei veda ao réu atuar como assistente do Ministério Público, interessado na condenação de outro acusado, conforme previsto no art. 270 do Código de Processo Penal. Sendo assim, caso admita a prática da conduta delituosa, assumindo a responsabilidade pelo fato, a rigor, o réu tem direito à redução de sua pena, uma vez que a confissão espontânea funciona como atenuante genérica para qualquer infração penal.

Para Prado (2001, p.11),

> [...]o entrelaçamento entre estas diversas regras de Direito e Processo Penal demonstra, basicamente, duas coisas: desde 1988, com o advento da nova ordem constitucional, o comportamento processual do acusado não é mais (nem menos) que exercício de autodefesa; daí a conclusão segunda, não está sujeito ao contraditório.

Sabe-se que a atuação em contraditório pressupõe a possibilidade de o ato praticado por uma parte ser contrariado pela outra. Continua o referido autor, dizendo que "embora o confronto de argumentos integre o contraditório, o réu tem o direito de não produzir provas contra si mesmo e, portanto, pode calar ou mentir, o que leva ao esvaziamento de um possível debate entre o co-réu delatado e o delator" (PRADO, 2001, p.11).

Neste mesmo sentido, veja-se a posição de Capez (2002, p.363), que questiona se:

> [...] ao atingido pela delação não é possível interferir no interrogatório do acusador, fazendo perguntas e reperguntas que poderão levar à verdade ou ao

> desmascaramento, onde obedecido o princípio do contraditório? Se as partes, o acusado com seu defensor, obrigatoriamente devem estar presentes nos depoimentos prestados pelo ofendido e pelas testemunhas, podendo perguntar e reperguntar, sob pena de nulidade por violar o princípio constitucional do contraditório, como dar valor pleno à delação, quando no interrogatório e na ouvida só o juiz ou a autoridade policial podem perguntar?

Está na essência do instituto do contraditório, ser a ferramenta da qual as partes se utilizam na instrução contraditória, objetivando convencer o juiz acerca do acerto de suas razões. Sendo assim, demonstra-se que a delação premiada se encontra em desacordo com o princípio do contraditório, princípio basilar do nosso sistema processual penal (acusatório), por constituir a delação medida de autodefesa, não admitindo contraditório, somente perguntas feitas pelo juiz e pela autoridade policial.

Outro problema que surge quando analisamos o referido instituto sob esse aspecto processual é a questão da utilização da mesma não só como fonte, mas também como meio de prova. Ou seja, as informações fornecidas pelo delator perdem o seu caráter de fonte de prova, que necessitam de comprovação mediante a colheita de outras provas, e passam a constituir meio de prova, servindo para comprovar a veracidade dos fatos alegados, admitindo-se o que foi afirmado pelo delator como verdadeiro, desde que traga resultados no curso da investigação processual.

É igualmente perigosa a admissão das informações prestadas pelo delator como fonte de prova, quando esta seja tomada como única no processo e sobre ela recaiam todas as investigações. Desse modo, transformar-se-iam as delações dos colaboradores no coração do processo, sem demais empenho por parte dos agentes estatais na busca de novas modalidades probatórias. Fora o perigo de tais agentes utilizarem os benefícios legais do instituto para pressionar o investigado ou acusado, que geralmente encontra-se fragilizado psicologicamente (principalmente se ele se encontrar preso preventivamente), para influenciar no seu livre-arbítrio e “persuadi-lo” a fazer a delação.

Além desses apontamentos de aspecto processual feitos à delação premiada, torna-se necessário analisá-la também sob o aspecto ético, já que é sob tal aspecto que recaem as maiores críticas ao instituto.

Nas palavras de Reale (1991, 0p.37), “o Direito, como experiência humana, situa-se no plano da Ética, referindo-se a toda a problemática da conduta humana subordinada a normas de caráter obrigatório”. Tanto que, dentre outros requisitos, esclarece Vicente Ráo (1999, p.282),

“para alcançar o fim que se propõe, ou seja, a disciplina social, a lei há de ser honesta, não contendo nota alguma de torpeza ou contrária à moral”.

Diante disso, o Estado não pode, em nenhuma hipótese, numa democracia que pretenda privilegiar um Direito Penal garantista, incentivar, premiar condutas que firam a ética e/ou a moral, ainda que, no final, a sociedade possa se beneficiar dessa violação. Logo, em um Estado pautado nos ideais democráticos, em que prevaleça (ou deva prevalecer) o respeito aos direitos humanos e que se leve pelos vetores do garantismo penal, os fins jamais justificam os meios.

É por tal razão que, por exemplo, não admitimos o uso da tortura como método de investigação criminal, ainda que, por meio dela, se logre, em alguns casos, impedir a morte de alguém ou de muitos. Por mais nobre que seja a finalidade pretendida, o Estado, a pretexto de atingi-la, não pode utilizar-se de meios antiéticos nem pode incentivar quem quer que seja a empreender caminho, a adotar conduta que não se coadune com os preceitos da moral.

E é exatamente por tal razão que não se pode admitir a delação como forma de atenuar ou excluir a pena de quem pratica ou participa da prática de crime. A delação sempre é ato imoral e antiético, uma vez que a própria vida em sociedade pressupõe o expurgo da traição das relações sociais e pessoais. Não cabe aqui a afirmação de que a delação feita por quem vive à margem da lei contra outros marginais pode ser considerada ética ou moral, pois mesmo este caso envolve necessariamente uma traição, violação às regras de conduta vigentes em determinada situação. Obviamente, a delação promovida por criminoso em desfavor de outro não apaga a falta de ética e/ou a imoralidade intrínseca à traição, não valendo aqui a aplicação do velho ditado que diz que “ladrão que rouba ladrão tem cem anos de perdão”.

Importante evidenciar que a perpetuação da delação premiada em nosso ordenamento com o advento da Lei de Organizações Criminosas tornou tal instituto ainda mais consolidado. Isso porque, ao prever que o estado estabeleça um negócio jurídico com o delator ou colaborador, qual seja, o acordo de colaboração premiada, dando a ele garantias em relação à sanção premiada, ao que parece faz com que o Estado se coloque em uma posição de igualdade daquele que cometeu crimes ou concorreu para que o mesmo fosse cometido pois, nas palavras no Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2017), “A novidade instituída pela Lei 12.850/13 reside no oferecimento de maior garantia ao candidato a colaborador de que os benefícios decorrentes de sua colaboração efetivamente lhes serão atribuídos”.

Nesse contexto, surge a seguinte questão: é possível considerar constitucional lei que chancela a delação, premiando-a jurídica e/ou materialmente de alguma forma? Ou melhor, seria a lei que a prevê, lembrando a lição de Vicente Ráo (1999, p.282), “honesta”?

As respostas, com o devido respeito a quem delas discorda, devem ser negativas para as duas questões, pois que não cabe, e nem deve caber, em ordenamento jurídico fundado em princípios democráticos, instituto que privilegie conduta aética e imoral, como a delação, sob pena de verdadeira mutilação dos fundamentos constitutivos da sociedade, insculpidos na Constituição da República.

Sendo assim, defende-se que as diligências e meios empregados com intuito de se descobrir a verdade devem ser isentos dessa colaboração prestada pelos delatores, que muito se aproxima de um verdadeiro conluio (melhor ainda, uma barganha), do qual nenhum prestígio se transfere ao exercício do *jus puniendi* estatal. Melhor seria se os agentes estatais incumbidos do exercício da persecução penal não fossem incentivados e legalmente autorizados a estabelecer essa relação de aproximação com delatores criminosos, visando a busca da verdade, e, em vez disso, tivessem melhores condições de realizar as investigações necessárias a ponto de atingir o mesmo resultado que atingiriam por meio da delação.

No entanto, infelizmente, esse é mais um sinal dos tempos presentes, no qual a segurança pública foi praticamente arrasada pela tormenta de criminalidade violenta que a todos nós assola, sem distinção de classes sociais. Assim, sob o argumento de que a medida é necessária para o restabelecimento da ordem e da paz social, segue o poder estatal dando vida nova a medidas que outrora haviam sido descartadas e expurgadas de nosso ordenamento jurídico, ferindo a própria alma constitucional e colocando de lado a ética e a moral, seguidas de perto pelo Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÕES

Ao longo do presente trabalho, buscou-se discutir se é possível considerar constitucional o instituto da delação premiada em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, abordou-se a questão da busca da verdade no processo penal e a delação premiada, apresentando-se as principais questões que a busca da verdade faz brotar no processo penal, todas de significativa importância para a correta aplicação e interpretação da lei. Além disso, buscou-se fazer uma

análise do instituto da delação premiada em nosso ordenamento jurídico, analisando-o sob o aspecto processual e ético.

Por meio de toda a argumentação exposta e, embora não seja esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal venha adotando, conclui-se que não cabe, e nem deve caber, em ordenamento jurídico fundado em princípios democráticos, instituto que privilegie conduta aética e imoral, como a delação, sob pena de verdadeira mutilação dos fundamentos constitutivos da sociedade, insculpidos na Constituição da República.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. *Código Processo Penal*: Decreto-lei n° 3689, de 3 de outubro de 1941. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 127.483. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5508. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04 de setembro de 2017. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312692032&ext=.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material. Teoria da Prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COUTINHO, Jacinto N. de Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Ano 13 – n.º 159, fev-2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, J. Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Delação Premiada: aspectos de direito processual.* Boletim IBCCRIM, ano 13, n.159, fev. 2006.

RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito.* 7. ed. v. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 1975.

SILVA JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais penais da Lei nº 12.850/13.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do Processo Penal Romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976.