

1. INTRODUÇÃO

A delação premiada é um instrumento da justiça negocial que, apesar de não ser novo no nosso ordenamento jurídico, ganhou uma repercussão muito grande com as ações da operação “lava jato”, tendo entrado na pauta das discussões e também da vida cotidiana dos brasileiros.

Ocorre que, a legitimação da colaboração premiada ainda não é um discurso uníssono na doutrina brasileira, que caminha do mesmo sentido dos doutrinadores estrangeiros, assim, também não há unanimidade mesmo nos países em que a medida revelou-se bastante presente, tais como nos Estados Unidos, Inglaterra e Itália.

É possível então encontrar discursos que entendem a colaboração premiada como um instrumento festejado e acreditam que sua utilização deveria ser inclusive expandida, no entanto, muitos outros entendem que a medida é inconstitucional e antiética, afirmando que o estado não poderia em nenhuma hipótese, aliar-se a um criminoso na tentativa de cumprir seu mister.

Outros acreditam que a medida é válida, desde que utilizada de forma excepcional, apenas quando os demais instrumentos não se mostrarem eficazes, pois o delator também é um criminoso que, em tese, deveria ser punido.

Mas ocorre que, alguns doutrinadores que defendem o instituto, acreditam ainda que o estado poderia decretar a prisão preventiva como forma de força-lo a fazer um acordo, na tentativa de utilizar a prisão como uma forma de pressão. Havendo inclusive pareceres do Ministério Público Federal nesse sentido.

E o objetivo desse artigo é discutir se é possível a delação do réu preso, e se ao estado em alguma possível valer-se de pressão (qualquer que seja) com a finalidade de alcançar a delação, mas, claro, mais especificamente a medida de prisão cautelar. Para isso, pretende-se analisar os argumentos trazidos pela doutrina penalista e também, não poderia deixar de ser, estudos acerca do direito constitucional.

1. O discurso legitimador da delação premiada.

Inimaginável afirmar, frente aos diversos estudos históricos acerca das legislações no mundo, inclusive no Brasil, que a delação premiada seja uma novidade encontrada apenas na pós-modernidade, ou mesmo da chamada modernidade líquida, ao contrário, vários estudos afirmam que a delação premiada é um recurso bastante antigo, e existem vários casos narrados ao longo da história humana em que “delatores” receberam prêmios, inclusive econômicos, pelas suas confissões e por delatar terceiros colaborando com a justiça.

Sobre isso, ORTIZ (2017, p. 51) afirma que estabelecer honrarias e prêmios aos delatores é uma ferramenta fundamental para a obtenção de informações acerca de crimes. E que embora seja comum a doutrina contemporânea relacionar essa prática com Estados Unidos, Reino Unido ou Austrália – onde existem programas de recompensas como incentivo – essa prática já era comum até mesmo no direito romano, assim, a expressão “*Roma não paga traidores*” não traduzia a verdade, pois o Senado Romano encorajou a delação não apenas com medidas de proteção, mas também através de recompensas econômicas, informando que “*alguém tinha mencionado algo sobre a conspiração, que tinha feito contra a República, decretou como prêmio liberdade e cem mil sestércios para um escravo, e a impunidade deste fato e duzentos mil sestércios por um homem livre*”.

No entanto, mais modernamente, e isso chamou bastante a atenção da doutrina brasileira, a delação premiada passa a ser utilizada em uma escala maior como forma de aplicação do direito penal e com a finalidade de buscar crimes e criminosos que a justiça supostamente não alcançaria – seja pela sua ineficiência ou pela alegada falta de meios – sem as contribuições de parte dos envolvidos nas tramas e organizações, numa espécie de busca por um direito penal que gaste menos e seja mais eficiente.

Como afirma FILHO (2018, p. 165-166), a delação premiada pode ser correlacionada com a ideia de efficientismo e utilitarismo, inclusive nas vezes em que se decreta a prisão preventiva – aqui numa clara mácula aos princípios constitucionais – como forma de forçar o indivíduo a delatar. E com isso, todo o sistema processual penal brasileiro que teria sido construído sobre as bases do garantismo, apresentaria nas “*recentes alterações legislativas*” uma “*guinada ao efficientismo, e as suas consequentes medidas desproporcionais, tudo por conta de uma suposta violência crescente*.”

O cenário atual é o de uma busca desenfreada pela prometida segurança pública, aliada às construções que visam alcançar uma aplicação do direito penal de forma mais

efetiva e inclusive aderindo às ideias de economia (FONSECA, 2015), pois a morosidade do poder judiciário e as instabilidades políticas acabam fazendo com que surjam instrumentos com o fim de dar mais celeridade às investigações e processos penais, causados pelo “clamor social”. (MENDES, 2017, p. 34)

Assim, o Direito Penal deve buscar uma aplicação mais voltada para a eficiência, gastando menos e entregando mais, e ainda ser usado como ferramenta para alcançar os objetivos da pós-modernidade: isolar aqueles tidos como inaptos para o convívio, nessa sociedade de consumidores. (BAUMAN, 2008)

Retratando o cenário de que a justiça negocial é um dos paradigmas da atualidade do direito penal, VASCONCELLOS (2015, p. 23-24) afirma existirem atualmente diversos questionamentos acerca de uma morosidade generalizada e com isso, várias propostas tentam transformar o processo penal numa ferramenta mais eficaz para “*concretização do poder punitivo estatal, fundamentalmente a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas*”, afirmando ainda que uma das principais ideias nesse sentido, diz respeito a temas que tragam uma aceleração dos procedimentos vistos como empecilho à consecução dos fins do direito penal e obviamente que, não raro, tais caminhos passariam por saltar etapas no procedimento.

Nesse cenário, é possível encontrar diversas propostas e até mesmo discursos acerca da necessidade de reduzir a quantidade de recursos disponíveis aos acusados, como forma de reduzir o tempo gasto entre o crime praticado e a execução da pena, sendo essa equação feita numa análise marcadamente composta por elementos de economia e não levando em conta, na maioria das vezes, as ideias de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Obviamente que a delação premiada integra esse rol de instrumentos da justiça negocial como forma de abreviar a investigação ou o processo, trazendo à justiça criminal mais “eficiência” com um acordo entre o estado e um dos criminosos. E também é óbvio que forçar um acordo de delação premiada daria ao Estado uma “economia” de recursos bastante significativa, pois as autoridades policiais poderiam, a partir das informações dadas pelo delator, direcionar as investigações para fatos específicos, pessoas específicas, ou mesmo locais específicos.

Há inclusive quem afirme que o impacto das delações poderá ser o de se criar embaraços à existência das organizações criminosas, posto que o risco de delação teria essa consequência inevitável (FONSECA2015).

Esta hipótese, todavia, não conta com uma efetiva demonstração empírica. A tese de redução da criminalidade por intermédio de celebração de acordos de colaboração premiada vem alicerçada por um discurso utilitarista, mas que não guarda correspondência com estudos que demonstrem seus efeitos preventivo-gerais negativos.

A delação requer o reconhecimento da culpa, ou seja, a confissão, e também a colaboração com o Estado na intenção de identificar os demais coautores, trazendo informações importantes acerca das infrações penais praticadas e tendo como finalidade alcançar uma redução da pena, perdão ou outros benefícios (VASCONCELLOS, 2015, p. 69-70).

Entretanto, a delação premiada, pelas características que possui, parece ser ferramenta excepcional, pois, como afirma MENDES (2017, p. 31), *“trata-se de um instrumento probatório colaborativo premial que deveria ser excepcional, mas que acabou por tornar-se regra em algumas investigações”*.

O discurso passa pela necessidade de utilização de novas ferramentas para investigar crimes que, sobretudo na seara econômica, transbordam fronteiras e por conta das novas tecnologias da sociedade pós-moderna, teriam características que dificultariam a investigação e o acesso às provas acerca dos fatos. ORTIZ (2017, p. 41), destacando o crescente uso das delações premiadas também no ordenamento jurídico espanhol, afirma que diante de circunstâncias excepcionais, o Estado deve sim valer-se de medidas também excepcionais na investigação, sobretudo na persecução dos chamados crimes de colarinho branco. Assim, legitima novos instrumentos, dentre os quais a delação premiada.

Também valendo-se de um discurso legitimante e utilitarista, SANCTIS (2015, p. 182), afirma que na concessão de um prêmio ao delator haveria uma busca eficaz pela verdade, sendo o instituto *“ético”*, por atender as finalidades de proteção ao bem jurídico, *“útil”* pois permitiria a descoberta precoce de infrações e inclusive os supostos autores, e *“estratégica”* para a defesa, já que permitiria a aplicação de benesses premiando o delator, sem o chamado *“custo do processo”*. Vai mais além o autor, ao afirmar, inclusive que o advogado deveria incentivar seu cliente à delação como uma forma de colaboração com a justiça, prestando-lhe um serviço, nas suas palavras, *“útil e valioso”*.

Muitos autores que defendem o instituto preferem utilizar o nome *“colaboração”* ao invés de *“delação”*, afirmando que o nome delação traria uma carga pejorativa, uma carga que se assemelha a traição, e por isso deveria ser evitado. No entanto, como bem afirmou SHAKESPEARE (1998, p. 54), mudar o nome da rosa não a faria ter um perfume diferente.

Portanto, trata-se sim de uma traição fomentada pelo Estado o que, por si só, não implica necessariamente em inconstitucionalidade ou ausência de ética do instituto.

A delação ou colaboração, aliás porque não dizer, a traição premiada, tem sido instituída no direito brasileiro e no cotidiano da nossa sociedade não como uma medida excepcional – como em tese deveria ser – mas como um instrumento privilegiado na busca de responsabilização por crimes de corrupção, organizações criminosas, e demais crimes tidos como crimes de colarinho branco. Confirmando esse raciocínio e criticando duramente o instituto da delação premiada, BITENCOURT e BUSATO (2014, p. 116), escrevem que: *“Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime seja organizado?”*.

Viu-se, recentemente, no âmbito da operação intitulada de “lava jato”, uma utilização bastante significativa da delação premiada (em dezembro de 2017 já haviam sido homologados 293 acordos de delação) como forma de auxiliar na investigação e na produção de provas, fazendo com que a delação passasse a ser a tônica principal das investigações, com diversas prisões que “perdiam” os requisitos específicos quando o preso resolvia confessar e delatar os demais coautores, ensejando críticas contundentes ao instituto da delação, ao seu uso exacerbado e inclusive ao fato de que várias prisões foram decretadas com a esdrúxula finalidade de buscar uma delação.

2. A delação premiada no direito comparado e sua evolução histórica no direito brasileiro.

Indícios da delação premiada podem ser encontrados na Idade Média quando os acusados eram torturados para que se obtivessem confissões e inclusive para que eles efetuassem delações, nesses casos, acreditava-se que a confissão/delação voluntária não era confiável, pois se entendia que quando o indivíduo era torturado havia mais verdade nas suas declarações. (KRAMER e SPRENGER, 1997, p. 432).

Segundo SPENGLER e WEBER (2016, p. 16) o instituto já era encontrado no sistema anglo saxão, para os quais, adviria daí a própria origem da expressão *“crown witness”* ou *“testemunha da coroa”*, e a traição faz parte dos hábitos humanos desde tempos remotos. Teria sido aperfeiçoada no modelo americano com a *“plea bargain”*, onde os procuradores

federais usavam a transação penal para combater a máfia, premiando aqueles integrantes que resolvessem trair os demais criminosos revelando informações importantes.

BOTELHO (2016, p. 215 – 217), também nos lembra da presença da delação em diversos outros ordenamentos como o Espanhol, Português, Colombiano, Alemão na figura do “*Kronzeugenregelung*”, Argentino e também Chileno.

No entanto, o exemplo mais rememorado pela doutrina de uso da delação premiada é o caso da “Operação Mãos Limpas” que correu na Itália na década de 80, com o “*patteggiamento*”, a lei dos arrependidos ampliou as prisões cautelares, proibindo liberdades provisórias e instituindo inclusive interrogatórios sem a presença do defensor, assim concluem, “*o processo penal se transformou numa máquina incontrolável sem as garantias tradicionais em favor do processado*”. Tendo sido isso possível pela chamada “cultura da emergência”. (SPENGLER E WEBER, 2016, p. 16).

Mas não se tem também unanimidade acerca do acerto da operação ao valer-se do instituto da forma como o fez, tratando do assunto, LEMOS e CALDEIRA (2016, p. 76), afirmam que apesar de ter sido uma ferramenta que se mostrou poderosíssima na produção das provas que levaram ao deslanche da citada operação, houveram diversas críticas, sobretudo do Senado Italiano acerca das delação obtidas com réus presos. Denunciando também o que chamam de “*recurso ao espetáculo midiático da operação*” que teria angariado um amplo apoio da população italiana, não por um apoio crítico e consciente, mas sim através da opinião criada pela mídia, simplesmente para manipular a opinião da população italiana, aduzem por fim que: “*O cidadão seguia o rebanho acreditando, num contexto artificialmente criado, no fim das terríveis máfias italianas (...) tudo não passou, ao final, de um grande espetáculo populista.*”

No Brasil, a delação premiada já é vigente desde as Ordenações Filipinas, que tiveram vigência no Brasil Colônia, a partir de 1603, no Livro V que previa os crimes de traição contra o Rei e a Coroa, instituindo ao delator desse crime a possibilidade do perdão e outros prêmios. (ROCHA, 2016, p. 354).

Apesar de alguns autores citarem o Código Penal de 1940 também como marco da colaboração premiada, a lei de crimes hediondos é quem institui a delação premiada ao criar o § 4º no art. 159 do Código Penal que premiava com redução de pena o coautor que denunciasse a autoridade o local do cativo, na hipótese do crime ter sido praticado por “quadrilha ou bando”, desde que isso facilitasse a libertação do sequestrado, e também ao trazer em seu artigo 8º a determinação de que “*o participante e o associado que denunciar à*

autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Outras leis, entretanto, passaram a trazer dispositivos similares, espalhando a ferramenta da delação premiada no nosso sistema jurídico, sem, contudo, haver uma unidade nos benefícios propostos. Assim, a lei 9.034/95 já revogada, mas que tratava anteriormente das Organizações Criminosas previa a delação no art. 6º, premiando o delator com a redução da pena imposta, mas exigia a espontaneidade da delação.

Já a lei nº 9.080/95, modificou a lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) e previu também a redução de pena do delator espontâneo, incluindo também semelhante benefício na lei de Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.137/90),

No entanto, a lei de Lavagem de Capitais (lei 9.613/98), ampliou os prêmios ao delator que poderia ter além da já conhecida redução da pena, o perdão judicial, sendo até então, o instrumento jurídico que mais beneficiava o delator que traísse seus comparsas e colaborasse com as autoridades elucidando elementos que diziam respeito aos crimes e criminosos, instituindo que *“o autor, coautor ou partícipe colaborar 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 objeto do crime”*.

A lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (lei 9.807/99) e também a Lei de Drogas (lei 11.343/06), previram benefícios semelhantes, sendo que no caso da Lei de Proteção às Testemunhas, havia a possibilidade de concessão do perdão judicial (extinguindo-se a punibilidade) enquanto que na Lei de Drogas, previu o legislador que o prêmio seria a redução da pena.

Contudo, inegavelmente, foi a Lei 12.850/13 que mais trouxe detalhes de aplicação do instituto da delação premiada, não porque cuidou o legislador de explicitar na lei quais seriam os benefícios aplicáveis ao delator, outras leis já haviam feito isso em grande medida, e no tocante aos prêmios concedidos não há tanta distinção entre o que trouxe a nova lei do Crime Organizado e algumas anteriores. (MELLO e ALBAN, 2016, p. 549). Portanto, a lei nova procurou trazer mais detalhes sobre a natureza jurídica e os meios pelos quais a delação seria considerada válida, informando também quem poderia aferir a validade (legalidade) dos termos do acordo.

No entanto, não é possível afirmar que o conteúdo da referida lei, por trazer mais detalhes acerca da aplicação do instituto, transformou a sua aplicação em um terreno indene de dúvidas ou discussões, ao contrário, ao tratar do tema de forma mais detalhada na

esperança de trazer mais segurança jurídica, o legislador também fez com que se lançassem novos olhares ao instituto e o conteúdo da lei não tratou de dizer quais os impedimentos e limites, ao menos não de forma explícita, na transação das garantias fundamentais.

Com isso, na atualidade, diversos acordos de delação premiada foram pactuados com o delator abrindo mão de direitos que a lei não permite expressamente, mas que à *prima facie* também não veda. Como afirmam FERNANDES e AIRES (2017, 263), tratando das inovações estruturais trazidas pela Lei 12.850/13, “*se antes se preocupava com a eficiência do processo penal dado o seu congestionamento, e a carência de celeridade do andamento processual; agora preocupa-se também com a dificuldade da própria investigação*”.

3. O novo paradigma da lei do crime organizado.

A Lei 12.850/13 (Lei do Crime Organizado) veio para suprir uma lacuna que reinou no nosso ordenamento jurídico posto que as leis anteriores, apesar de trazerem o conceito de organização criminosa não tipificavam a conduta. Explica-se. A lei 9.034/95 foi quem primeiro tratou da temática das organizações criminosas no Brasil, no entanto, apesar de instituir algumas ferramentas de persecução, não tipificou nem mesmo conceituou organização criminosa.

Com a promulgação do Decreto Presidencial nº 5.015/04, incorporando no nosso ordenamento jurídico a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), ter-se-ia em tese o conceito de organização criminosa, posto no art. 2º, ‘a’, afirmava o que seria uma organização criminosa. Assim, parte da doutrina afirmava a possibilidade de aplicação dos demais instrumentos jurídicos concernentes às organizações criminosas com base na convenção, sobretudo, no tocante à lei de Lavagem de Capitais, que afirmava à época, existir o crime de lavagem quando “praticado por organização criminosa”. (BUSATO e BITENCOURT, 2014, p. 23-25).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 108.715, afastando posição encampada pelo Superior Tribunal de Justiça no HC nº 77.771, entendeu que não seria possível aplicar a Convenção de Palermo, inserida no nosso ordenamento por decreto, para tipificar uma conduta, por ferir a legalidade penal estrita.

Portanto, a lei vem trazer um conceito de organização criminosa (art. 1º, § 1º) aplicável de forma indubitosa no nosso ordenamento jurídico, mas não apenas isso, tipifica o

crime de organização criminosa no art. 2º e prevê alguns instrumentos (art. 3º) a serem utilizados na persecução penal como ferramentas para adquirir as provas, dentre elas a “colaboração premiada”.

Assim o suporte atual de aplicação do instituto da delação/colaboração premiada, é o art. 4º da lei que traz alguns detalhes acerca do instituto, informando quais prêmios o delator pode receber caso aceite colaborar com as autoridades, detalhando também alguns outros direitos, e, claro, orientando a maneira como o acordo deve ser efetuado.

A delação premiada, como inserida no art. 4º e parágrafos da Lei do Crime Organizado é um negócio jurídico bilateral (DIDIER e BONFIM, 2016, p. 135-189), já que as negociações ocorrem entre as partes – investigado sempre assessorado por sua defesa, autoridade policial ouvido o MP ou ainda entre o investigado/acusado assessorado por sua defesa e o MP – por fim o juiz, que não participou das negociações, fará a homologação do acordo sem adentrar ao mérito do quanto pactuado, mas apenas aos aspectos de regularidade, legalidade e voluntariedade.

Sendo assim, conforme lecionam DIDIER e BONFIM (2016, p. 135-189), a “*vontade exteriorizada das partes*” seria o “*cerne*” e também o seu “*suporte fático*”. As partes negociam os termos do acordo e o Juiz que “*não é parte no negócio*” e, portanto, “*não exterioriza a vontade jurisdicional para a sua formação*”, atua apenas no momento posterior, homologando os termos do acordo e com isso, “*no juízo de homologação do negócio, fator de eficácia negocial*”.

Mas também, e sobretudo, a lei retrata a delação premiada como meio de obtenção de prova, trazendo no art. 3º e 4º, claramente, o instituto a ser usado com essa finalidade, SANTOS (2016, p. 81) destaca aqui o viés penalizador do instituto alertando ser “*veículo de produção probatória, porquanto, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de provas que as endossem*” sendo pois instrumento de persecução dos demais integrantes da organização destacando que também o delator sofreria essa persecução, pois “*inclusive do cooperador, mas, em relação a este, atenuada– apenas excepcionalmente será agraciado com o perdão judicial ou, até, ministerial, consubstanciado no arquivamento do inquérito ou das peças de informação*”.

Todavia, inegável que o colaborador se encontra numa situação de manifesta vulnerabilidade, ainda que não esteja preso, e se o estiver ainda maiores deverão ser os cuidados na sua elaboração, pois um termo de delação que viole regras e garantias

fundamentais pode acarretar consequências ignominiosas. E em nome da não restrição de sua liberdade, ele pode ser compelido a renunciar ao que é, muitas vezes, irrenunciável.

Leonardo Greco, fazendo referências a situações bem menos extremas, como no processo civil, considera que negócios jurídicos processuais devem guardar a “*ordem pública processual*”, isto é, o “*o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes*” (GRECO, 2017).

E no Processo Penal, a Lei nº 12.850/13 indica que as condições da proposta do Ministério Público deverão constar no termo de acordo da delação. Todavia, não estabelece qualquer ressalva à condição de vulnerabilidade do colaborador. Mesmo em tais condições, inegável que, nessa seara, somente poderá ser negociado aquilo que for disponível.

Quando se trata de réu preso, as cláusulas passíveis de negociação num termo de colaboração premiada, firmada no âmbito do processo penal, devem ser analisadas com muito mais cuidado, sobretudo em relação as renúncias a direitos do acusado como condições para homologação do acordo. Isso porque, como óbvio, somente pode ser objeto de negociação aquilo que pode ser disponível, isto é, o colaborador somente poderá negociar aquilo que puder livre e voluntariamente dispor.

E a utilização das delações, nos moldes propostos pela Lei 12.850/13, tronou-se a tônica no combate à corrupção durante a Operação Lava Jato, despertando na população a esperança de que haveríamos descoberto a fórmula desejada por todos, como destaca SILVA (2017, p. 285-314).

Mas essa forma de combater a criminalidade, valendo-se da delação premiada, deve atender não apenas aos ditames propostos na Lei de regência, mas também, e sobretudo, deve atender aos limites postos na Constituição Federal de 1988, pois, conforme leciona FELDENS (2012, p. 35-36), tratando das técnicas interpretativas do texto Constitucional.

Assim, uma nova práxis a partir de técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, com direta relação ao tema da eficácia dos direitos fundamentais, por exemplo: (a) a ponderação, (b) proporcionalidade, (c) maximização da eficácia dos direitos fundamentais e, implicado a isso, (d) sua projeção horizontal (eficácia frente a terceiros) (e) e os deveres de proteção.

Citando também o autor, traços que seriam paradigmas constitucionalistas no Estado Democrático de Direito, como um modelo de Estado e Constituição que não abre espaço para um “legislador arbitrário” nem a um “juiz onipotente”. Uma Constituição rígida que rejeite a produção legislativa que se choque materialmente com suas “linhas essenciais”. Que permita, através do instituto da “mutação constitucional” a evolução dos preceitos normativos da constituição, num modelo “onde os vivos possam ser governados pelos vivos”.

No entanto, SILVA NETO (2016, p. 50), denuncia uma cultura reinante no Brasil de desrespeito às normas constitucionais no que ele chama de “*constitucionalismo brasileiro tardio*”, aduzindo ainda que “*é correto dizer que uma das consequências relevantes da visão tardia de Constituição no Brasil é o prosseguimento da inadequada interpretação constitucional*”, para concluir que isso traz como consequência “*efeitos altamente desastrosos inclusive no que se relaciona à própria efetivação dos direitos fundamentais*”.

Nesse sentido, tendo como base a Constituição Federal de 1988 e seus postulados de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, é possível aceitar a delação de réu preso?

4. A prisão cautelar como meio para forçar a delação e a Constituição Federal.

CARNELUTTI (2012, p. 52-53) ao tratar das misérias do processo penal, afirmou que a prisão, mesmo que por pouco tempo, traz um aspecto terrível, que é a incerteza de sair dali vivo, afirmando que “*a eventualidade da morte no cárcere é o risco mais grave do encarceramento*”.

Quando se antecipa de forma ilegítima a aplicação da pena no âmbito do processo penal – e prender alguém com a finalidade de força-lo a confessar supostos crimes e delatar supostos coautores configura uma quebra flagrante da legalidade – arrepia o dizer de BECCARIA (2013, p. 56) que já há muito tempo afirmava, mas que ainda, ao que tudo indica, resta incompreendido: “*Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo.*”

Sobre as dores do cárcere, e sobre como a prisão funciona como um instrumento de coação extremamente potente no ser humano levando ele a fazer qualquer coisa em busca das chaves da cela, CECILIA MEIRELES (2001, p.1759) num trecho de suas obras, escreveu

que *“Nesta cidade quatro mulheres estão no cárcere. Apenas quatro. Uma na cela que dá para o rio, outra na cela que dá para o monte, outra na cela que dá para a igreja e a última na do cemitério ali embaixo. Apenas quatro”*.

Alias, segundo LOPES JR (2010, p. 33) o próprio processo já seria uma pena que inflige ao acusado sofrimentos e danos dos mais variados, mesmo que não haja prisão, pois *“pune pelo sofrimento decorrente da angustia prolongada, do desgaste psicológico (o processo como gerador de depressão exógena), do empobrecimento do réu, enfim, por toda a estigmatização social e jurídica gerada pelo simples fato de estar sendo processado”*.

Com toda essa força estigmatizante, o cárcere não é um local onde se pode aferir, mesmo que de forma mínima, a voluntariedade do preso em relação à delação premiada, até porque essa vontade é completamente viciada em razão de que o prêmio (sair da prisão), está condicionado à que a delação seja aceita.

LEMOS e CALDEIRA (2016, p. 85), tratando da mesma temática proposta nesse artigo, afirmam que *“Da parte do acusado, existe vontade na cooperação com o Ministério Público, pois o benefício recai sobre sua liberdade e patrimônio, notadamente do acusado preso. Soa como um “porto seguro” longe do perverso mundo de trás das grades”*.

E assim, a delação apresentada por réu preso, nos casos em que a prisão é decretada com essa finalidade específica, para além de ferir seus direitos constitucionais mais básicos, também configura uma temeridade, posto que, para alcançar as chaves da cela, é extremamente provável que o delator vá, no mínimo, aumentar os fatos apresentados com a finalidade de ornar mais atrativa sua colaboração para que o Ministério Público aceite a sua delação e com isso, alcance o benefício de deixar a prisão.

O Ministério Público Federal, em dois pareceres apresentados nos julgamentos das ações de Habeas Corpus nº 5029016-71.2014.4.04.0000 e 5029050-46.2014.404.0000, perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, afirmando claramente que a prisão deveria ser mantida com a finalidade de forçar o acusado a colaborar com as investigações, afirmou *“O autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso.”*

Nas palavras do Procurador da República que assinou a peça, no caso da segunda ação, tem-se que *“A conveniência da instrução criminal mostra-se presente (...) 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”*.

A prática proposta, como tal, não difere em nada do quanto idealizado e efetivado pela inquisição medieval ao torturar milhares de pessoas à procura de bruxas e outros “criminosos”, com a finalidade de que, além de confessar seus crimes, também levassem ao tribunal da Santa Inquisição outras pessoas, colaborando assim com a justiça.

A prisão como instrumento de coerção, além de não ter qualquer previsão neste sentido, desvirtua o instituto da colaboração premiada, transformando-se em uma espécie de tortura e comprometendo sobremaneira a higidez da prova.

Nesse sentido, além de ferir o quanto disposto no art. 4º da lei 12.850/2013, que expressamente afirma que a delação deve ocorrer de forma voluntária, prender alguém com a finalidade de alcançar a sua colaboração, fere os dispositivos constitucionais do art. 5º, incisos LIV e LVII da Constituição Federal de 1988.

5. Conclusão

Assim, como a temática referente à prisão cautelar exige o preenchimento de requisitos que a dogmática penal já desenvolveu durante anos, entender a conveniência da instrução criminal prevista no art. 312 do Código de Processo Penal, como cláusula que permita a decretação da prisão cautelar com a finalidade de forçar o réu a colaborar com as investigações, apresenta-se como um fundamento desprovido de qualquer lastro jurídico ou mesmo constitucional.

Entretanto, as posições acima afirmadas no julgamento das ações de Habeas Corpus, em que claramente se aponta a finalidade de alcançar a delação como fundamento para manter alguém preso, não são posições isoladas, ao contrário.

Em vários casos ocorreram prisões ou mesmo as mesmas foram mantidas com essa finalidade específica, objetificando o preso em busca de algo ilegal, como afirmou o Min. MARCO AURÉLIO: *“Não posso desconhecer que se logrou um número substancial de delações premiadas e se logrou pela inversão de valores, prendendo para, fragilizado o preso, alcançasse a delação. Isso não implica avanço, mas retrocesso cultural”*.

Não se esta aqui a rechaçar as palavras de NUCCI (2008, p. 434) quando afirma que a *“se os criminosos atuam com leis próprias, pouco ligando para a ética, parece-nos viável provocar-lhes a cisão, fomentando a delação premiada”*. Há que se ater para a hipótese concreta em que, permitir ao acusado que confesse o crime e se for o caso delate outros

criminosos é um papel que o Estado pode fazer, sem ferir preceitos legais e constitucionais, até porque a confissão está embutida na autodefesa e como tal, regulada pelo art. 5º, LV da Constituição Federal, mas Estado fomentar a traição encontra algumas resistências no âmbito da doutrina e até mesmo em algumas posições jurisprudenciais.

No entanto, incabível sob qualquer hipótese que o Estado obrigue alguém a confessar o crime, valendo-se para isso de artifícios que mais se assemelham à tortura, seja ela psicológica ou física, e mais, utilizar-se desses meios como forma de obter uma delação é impor ao acusado um ônus impossível de ser ultrapassado, pois se o acusado não for culpado ou mesmo não possa delatar comparsas, pois na hipótese concreta do caso não saiba quem são – o que pode muito bem ocorrer – o delator não teria como afastar o fundamento da prisão cautelar, restando-lhe, tão somente, o cumprimento da pena de forma antecipada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito; trad. rev. Luis Afonso Heck. 2ª ed. rev. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. – São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. – São Paulo: Malheiros Editores, 15ª edição revista atualizada e ampliada, 2014.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal**; tradução Juarez Cirino dos Santos. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2014.
- BATISTA, Nilo. **Apontamentos para a história da legislação penal brasileira**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. – Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução J. Cretella jr. e Agnes Cretella. – 6ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a outra modernidade; tradução Sebastião Nascimento. – São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Walter. **A modernidade e os modernos**; tradução Tânia Jatobá. – Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2000.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo Cesar. **Comentário à lei de Organização Criminosa**: lei 12.850/13. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTELHO, Jeferson. **Direito penal premial Delação e colaboração premiadas**: ondas renovatórias do direito probatório. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). **Delação Premiada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**; tradução de Hiltomar Martins Oliveira. – Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2004.

_____. **El problema de la pena**; traducción de Santiago Sentis Melendo. – Buenos Aires: EJEA Ediciones jurídicas Europa America, 1947.

_____. **As misérias do processo penal**. – São Paulo: VidaLivros, 2012;

CANCELLI, Elizabeth. **A cultura do crime e da lei 1889-1930**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado**. – Caxias do Sul: Juris Plenum, v. 2, p. 1-10, 2007.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente 1300-1900**: uma cidade sitiada. Tradução Vera Lúcia Machado/Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

DIDIER, Fredie; BOMFIM, Daniela. **Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013)**: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. - Civil Procedure Review, v.7, n.2: 135-189, may.-aug., 2016. Disponível em: www.civilprocedurereview.com. Acesso em: 30 de setembro de 2016.

ENTREVISTA MARCO AURELIO: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-03/financiamento-privado-custara-carro-sociedade-marco-aurelio>. Acessado em: 04/03/2019.

FELDENS, Luciano. **Direitos humanos e direito penal**: a constituição penal. 2ª ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERNANDES, Fernando Andrade; AIRES, Murilo Thomas. **A colaboração premiada como instrumento de política criminal**: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, 2017.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**: panorâmica de alguns problemas comuns. – Coimbra: Editora Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 4. Ed. Madrid: Trotta, 2004. _____*.Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4ª ed. RT: Belo Horizonte. 2014, p. 495.

FONSECA, C. B. G. et. al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 31 de agosto de 2015.

FILHO, Acácio Miranda da Silva. **Lei antiterror anotada**: Lei 13.260 de 16 de março de 2016. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GARCIA, Nicolas Rodriguez. **La justicia penal negociada**: experiências de derecho comparado. – Madrid: Ediciones Universidad Salamanca, 1997.

GÜNTHER, Klaus. **De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el derecho penal?**; tradução Jesús-María Silva, en: Área de Derecho Penal Universidad Pompeu Fabra, *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000.

HC nº 108.715 do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/PORTAL/processo/verProcessoPeca.asp?id=1284004&tipoApp=.pdf>.

HC nº 77.771 do Superior Tribunal de Justiça, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200700418799.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José F. D. da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. **Delatando (sem prêmio) as delações premiadas**. – Empório do direito, Florianópolis. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/delatando-sem-premio-as-delacoes-premiadas-por-afranio-silva-jardim-1508430735>. Acesso em: 09 de julho de 2018.

- _____. **Delação premiada. O sistema de justiça criminal sendo substituído por um contrato.** – Empório do direito, Florianópolis. Disponível em:
<http://emporiododireito.com.br/leitura/delacao-premiada-o-sistema-de-justica-criminal-sendo-substituido-por-um-contrato-por-afranio-silva-jardim-1508434597>. Acesso em: 09 de julho de 2018.
- LEMOS, Bruno Espiñeira; CALDEIRA, Felipe Machado. **Delação premiada de acusado preso.** In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**; tradução Paulo de Fróes. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 2015.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é constituição?**; tradução Gabriela Edel Mei. – São Paulo: Editora Pillares, 2015.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**; tradução Sebastian José Roque. – São Paulo: Ícone, 2013.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal. Introdução crítica.** São Paulo. Saraiva, 2015.
- _____. **Introdução crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sonia Chagas; SANTANA, Isnaia Veiga. **Manual de estilo acadêmico: monografias, dissertações e teses / Nídia M. L. Lubisco, Sônia Chagas Vieira, Isnaia Veiga Santana.** 4. ed. rev. e ampl. – Salvador: EDUFBA, 2008.
- MELLO, Sebastian Borges Albuquerque de. **Direito Penal: sistemas, códigos e microssistemas jurídicos.** – Curitiba: Juruá, 2004.
- _____.; ALBAN, Rafaela. **A inegociabilidade da prescrição nos acordos de delação premiada.** In: ESPÍÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- MENDES, Soraia da Rosa. **Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”:** novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, 2017.
- NETO, Manoel Jorge e Silva. **O Constitucionalismo brasileiro tardio.** – Brasília: ESUMPU, 2016.

- ORTIZ, Juan Carlos. **La delación premiada en España**: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia. Revista brasileira de direito processual penal. Porto Alegre: IBRASPP, vol. 3, nº 1, 2017.
- PANCONI, Felipe Rocha. **O medo como forma de controle social**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, ano 23, n. 278, p. 18-19, jan. 2016.
- ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. **A (in)voluntariedade dos acordos de colaboração premiada celebrados com acusados presos**. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). Delação Premiada. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- PUIG, Santiago Mir. **Bases constitucionales del derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011;
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur de detegere* e suas decorrências no processo penal**. – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROMMENDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.
- SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 81.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**. 3ª ed. – Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SHAKESPEARE, Willian. **Romeu e Julieta**. Trad. Beatriz Viégas-Faria, Porto Alegre: L & PM, 1998.
- SILVA, Marcelo R. **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 285-314, jan./abr. 2017.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Nullum crimen sine poena?: sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor” in derecho penal del siglo XXI**. (Org.) Puig, Santiago Mir. – Madrid: Consejo General Del Poder Judicial - Centro Documentacion, 2008.

SPENGLER, Adriana M. G de Souza; WEBER, Cleverson. **A “troca de favores” entre estado e réu e o mito de assegurar a verdade real através da desconstrução histórica da imoralidade do traidor.** In: ESPIÑEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). *Delação Premiada*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

TERUELO, Javier Gustavo Fernández. **Instituciones de derecho penal económico y de la empresa.** – Pamplona: lex Lex Nova/Thomson Reuters, 2013.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal; tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____.; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal;** Eugenio Raul Zaffaroni e Edmundo Oliveira. – Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.