



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

O USO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL COMO
A INSTITUIÇÃO DE UM MICROSSISTEMA INQUISITÓRIO

Tiago Kalkmann

Brasília
2015

Tiago Kalkmann

O USO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL COMO
A INSTITUIÇÃO DE UM MICROSSISTEMA INQUISITÓRIO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Evandro Charles Piza Duarte

Brasília

2015

Folha de aprovação

O USO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL COMO
A INSTITUIÇÃO DE UM MICROSSISTEMA INQUISITÓRIO

Tiago Kalkmann

Matrícula: 10/0125689

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Evandro Charles Piza Duarte

Brasília, 22 de Junho de 2015

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Evandro Charles Piza Duarte (UnB)

Orientador

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira (UnB)

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando

(UnB)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por me acompanhar durante toda esta jornada, me capacitando e me concedendo forças para chegar até aqui. Agradeço por me guiar em cada decisão que tomei, inclusive me ajudando em cada conclusão tomada no decorrer da pesquisa.

Agradeço aos meus pais, Ademar e Rozane, que sempre me apoiaram e me forneceram todo o suporte familiar e emocional no decorrer de toda minha faculdade. Seus esforços durante a vida são meus incentivos para me dedicar e continuar lutando, e nunca deixar de defender aquilo em que acredito. Ainda, me forneceram todo o auxílio, mesmo que a duras custas, para que eu pudesse estudar, longe de casa e de seus braços, e alcançasse aquilo que eles não puderam.

Além disso, agradeço aos meus irmãos, Anderson e Danielle, que nunca deixaram de me incentivar para alcançar meus objetivos. Sempre me ouviam, ainda quando não era de seus interesses, e nunca me negaram qualquer auxílio de que eu pudesse precisar.

Aos meus colegas de faculdade que fizeram com que este longo caminho passasse ainda mais rápido. Em especial, Pedro, Talita, Grazyelle e Vanessa, cujas companhias em todos os momentos nunca serão esquecidas. Pelo contrário, que estejamos sempre presentes, para além destes momentos, e que cada vez mais lembranças sejam criadas.

Por fim, agradeço imensamente ao professor Evandro, meu orientador. Agradeço pela paciência, pela disposição em ouvir e resolver nossos problemas. Obrigado por sempre me incentivar a buscar mais, a pesquisar mais, e nunca me dar por satisfeito, a despeito de minha inexperiência.

RESUMO

A presente pesquisa analisa o estado atual da aplicação do instituto da delação premiada no Brasil, expondo os amplos espaços de discricionariedade e arbitrariedade dentro do sistema. O ponto principal é demonstrar como esta aplicação do instituto constitui um microsistema inquisitório, negando às partes envolvidas o direito de defesa e submetendo-as a abusos, em uma repetição das características inquisitoriais clássicas. A pesquisa explora, ainda, os contornos básicos da *plea bargain* no direito norte-americano, demonstrando diversos elementos do sistema que lhe conferem maior efetividade e priorizam garantias sem equivalência no ordenamento brasileiro. Com isso, conclui-se que a aplicação de garantias semelhantes em nosso ordenamento poderia evitar parte das arbitrariedades e aumentar a efetividade do instituto. Para estes fins, foi analisada a legislação sobre o tema, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Delação Premiada – Sistema Inquisitório – Direito de Defesa – Garantias do Acusado – Processo Penal de Emergência – Investigação Policial – Voluntariedade – Inteligência – Prêmio – Eficácia da Colaboração – *Plea Bargain* – *Alford Plea* – *Brady Rule*.

ABSTRACT

This study analyzes the use of the “rewarded delation” in Brazil, exposing the wide spaces of discretion and arbitrariness in the system. The main goal is to show how this use of the institute composes an inquisitorial system, denying the defendants the right to defense and submitting them to abuses, reiterating the classical inquisitorial features. The study analyzes, also, basic characteristics of plea bargaining in the USA, demonstrating several elements of the system that bestow it greater effectiveness and prioritizes guarantees without resembling in Brazilian legal system. In conclusion, the enforcement of such guarantees in Brazil could prevent part of the arbitrariness and improve the effectiveness of the institute. In order, the study researched the legislation about the topic, as well as doctrinaire and jurisprudential points of view.

KEYWORDS: “Rewarded Delation” – Inquisitorial System – Right to Defense – Defendants Guarantee – Emergency Criminal Procedure – Police Inquiry – Voluntariness – Intelligence – Reward – Collaboration Efficacy – Plea Bargain – Alford Plea – Brady Rule.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – O SISTEMA INQUISITÓRIO E A DELAÇÃO.....	14
1.1 – O SISTEMA INQUISITÓRIO	14
1.2 – A DELAÇÃO NO SISTEMA INQUISITÓRIO	22
1.3 – A (NÃO) SUPERAÇÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO	25
1.4 – O NÚCLEO FUNDANTE DA INQUIÇÃO.....	30
CAPÍTULO 2 – A DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL	33
2.1 – O CONCEITO DE DELAÇÃO PREMIADA	33
2.2 – A FUNDAMENTAÇÃO DO PRÊMIO	35
2.3 – O DEBATE SOBRE A ETICIDADE.....	43
2.4 – A FRAGMENTAÇÃO LEGISLATIVA	46
2.5 – OS DIREITOS DO DELATOR.....	53
2.6 – OS DIREITOS DO DELATADO.....	80
2.7 – A JURISPRUDÊNCIA	91
2.8 – MICROSSISTEMA INQUISITÓRIO.....	101
CAPÍTULO 3 – <i>PLEA BARGAIN</i> NO DIREITO NORTE-AMERICANO.....	103
3.1 – O CONCEITO DE <i>PLEA BARGAIN</i>	103
3.2 – ESTABELECIMENTO DE PROCEDIMENTO.....	105
3.3 – REQUISITOS DE VALIDADE DA DECLARAÇÃO	107
3.4 – A BUSCA PELA CONFESSÃO E A <i>ALFORD PLEA</i>	113
3.5 – A LEALDADE PROCESSUAL E <i>SANTOBELLO V. NEW YORK</i>	116
3.6 – <i>BRADY RULE</i> : DIREITO AO ACORDO INFORMADO	118
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

INTRODUÇÃO

A delação premiada é um instrumento penal e processual penal que vem se difundindo no Brasil nos últimos vinte anos, a despeito de uma regulação imprecisa, desordenada e ultrapassada. Precisamente nos últimos anos, se tornou o instrumento principal de investigação criminal para os crimes de corrupção e contra a administração pública em geral (Título XI do Código Penal) e aqueles cometidos por organizações criminosas¹.

Com forte inspiração no direito norte-americano, com uma mistura da figura do “whistleblower²” com o instituto da “plea bargain³”, cada vez mais são divulgados pela imprensa os acordos feitos por membros de organizações criminosas ou participantes de esquemas de corrupção em larga escala com o Ministério Público para colaboração com as investigações, em troca dos favores legalmente previstos para os colaboradores. O instituto foi utilizado e amplamente divulgado pela imprensa no caso do “Mensalão⁴”, bem como vem sendo usado e divulgado com ainda maior afincamento nos recentes escândalos de corrupção dentro da administração da estatal “Petrobrás S.A.⁵”.

¹ A punição da criminalidade organizada é regulada, atualmente, em nosso ordenamento, pela Lei nº 12.850/2013. Segundo esta lei, organização criminosa é “a associação de 4 ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (art. 1º, § 1º). Entretanto, a própria Convenção de Palermo contra o Crime Organizado Transnacional traz definição diversa, considerando grupo criminoso organizado como o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material” (artigo 2, a). Portanto, não há conceituação fácil de organização criminosa, sendo que sua definição varia a depender do ordenamento e da fonte legislativa, assim como doutrinariamente.

² Whistleblower é a pessoa que expõe condutas ilegais ou criminosas ocorrendo no interior de uma organização. Nos Estados Unidos existe um programa oficial de proteção a estas pessoas (“The Whistleblower Protection Program”). A diferença para a delação premiada é que o whistleblower normalmente é um funcionário da organização que toma ciência das atividades ilícitas e resolve denunciá-las, sem participar da atividade criminosa.

³ A “plea bargain” é um instituto negocial presente no direito norte-americano que consiste, basicamente, em um acordo de culpabilidade. Em troca de uma admissão de culpa do acusado, o acusador promete determinada concessão em seu favor. Mais detalhes acerca do instituto no capítulo 3, *infra*.

⁴ A Ação Penal nº 470, conhecida como “Mensalão”, foi uma famosa ação penal originária do Supremo Tribunal Federal acerca de um escândalo de corrupção envolvendo compra de votos parlamentares para apoio político ao governo do Partido dos Trabalhadores durante os anos de 2003 e 2005, aproximadamente. Neste esquema, os parlamentares condenados recebiam uma “mesada” para que votassem segundo as orientações do governo.

⁵ Os escândalos de corrupção envolvendo a estatal Petrobrás S.A. envolveriam os supostos atos fraudulentos cometidos por sua administração, dentre eles o abuso de poder para direcionar contratos a determinadas empreiteiras. Existem, ainda, denúncias envolvendo a compra de refinarias, como a de Pasadena, nos EUA, que gerou prejuízos milionários à estatal e é suspeita de ser mais um caso de superfaturamento e evasão de divisas, uma vez que o valor pago seria muito superior ao valor real da refinaria. Os crimes envolvendo a administração são investigados pela Polícia Federal na denominada “Operação Lava-Jato”.

Com tamanha divulgação na imprensa pode-se questionar a real legitimidade do instituto, uma vez que os depoimentos prestados por delatores são muitas vezes vazados e divulgados antes mesmo da conclusão das investigações. Isso pode gerar efeitos colaterais totalmente indesejáveis, tanto para o delator quanto para o delatado, que se vê bombardeado de acusações sem que possa ter real acesso às informações, protegidas por “sigilo”⁶.

Diante desta situação, faz sentido se exigir que a lei estabeleça o máximo de garantias ao delator e ao delatado, para minimizar os efeitos gerados pela comunicação de massa.

A delação premiada possui natureza jurídica dúplice, tanto penal quanto processual penal, e em cada uma delas se apresenta de diversas maneiras. Sob o ponto de vista material, a colaboração premiada pode assumir uma gama de institutos variados, desde a forma de causa de diminuição da pena, passando por causa de substituição da pena, podendo chegar a constituir uma causa de extinção da punibilidade nos casos em que é concedido o perdão judicial ao colaborador (BITTAR, 2011)⁷. Aqui já se iniciam os problemas: a indefinição da natureza jurídico-material da delação premiada leva à sua inconsistência teórica e, por consequência, a sua má aplicação prática, por vezes levando à institucionalização de uma deslealdade por parte do estado, quando nega a aplicação do beneplácito mesmo após o agente ter prestado sua colaboração.

Sob o enfoque processual, melhor sorte não nos espera. A delação constitui meio de prova diverso da prova testemunhal, já que não se impõe ao delator o mesmo compromisso da testemunha. Apesar do discurso institucionalizado na doutrina e na jurisprudência acerca da insuficiência da delação como fundamento para condenação, na prática é da delação que se extraem os elementos condenatórios, ou dela derivam (SANCTIS, 2015).

Entretanto, a faceta processual mais preocupante assumida pela delação é a de instrumento de investigação criminal. É através das informações prestadas pelo delator que se iniciam as investigações e se dirigem as medidas policiais. Sendo assim, o principal instrumento de investigação do Estado é a pessoa do próprio investigado, o que demonstra uma clara falência da capacidade investigativa estatal.

Essa expansão da delação premiada demonstra certo “desespero” estatal diante da ineficiência da persecução criminal, se vendo forçado a colaborar com aqueles que seriam, de

⁶ O sigilo do conteúdo dos acordos de delação premiada está previsto no art. 7º, § 3º da Lei 12.850/2013, mas já era reconhecido pela jurisprudência anterior, como decorrência da necessidade de proteção do delator. Sobre o sigilo, mais detalhes no Capítulo 2.

⁷ A natureza jurídica material da delação é alvo de controvérsias na doutrina, e será trabalhada no capítulo 2.

outra forma, os “inimigos” da sociedade, para conseguir garantir uma mínima eficácia ao direito penal.

Entretanto, nos moldes atuais da legislação premial e do entendimento jurisprudencial sobre o assunto, a delação não presta para atribuir eficácia ao sistema penal, diante da enorme arbitrariedade a que sua aplicação está submetida, com um constante desrespeito à garantias e direitos fundamentais, como se pretende demonstrar no transcorrer desta pesquisa. A forma como é usada apenas agrava as falhas do sistema penal, na medida em que sua aplicação prática encontra-se minimamente regulada, para não se dizer desregulada. A delação é usada de uma forma claramente inquisitória e violadora dos direitos constitucionais, tanto dos delatores, aqueles que firmam os acordos de colaboração, quanto dos delatados, que têm sobre si uma investigação ou uma ação penal em curso sem que saibam o motivo ou a acusação que lhes pesa.

Como se já não bastassem todas as críticas feitas pela doutrina ao instituto da “plea bargain” norte-americana, principalmente pela suposta supressão do julgamento pelo juiz natural⁸, o legislador brasileiro se restringiu a transpor o instituto para nossa realidade sem nem ao menos copiar a maioria das garantias fundamentais estabelecidas para a barganha pelos regulamentos e pela jurisprudência norte-americana⁹.

Na verdade, deve ser destacado que a introdução do instituto no Brasil não guarda muita afinidade com os motivos da legislação estrangeira, em especial da norte-americana e da italiana. No primeiro caso, os motivos seriam os de combate ao terrorismo, enquanto no segundo a implantação foi motivada pela proliferação das máfias, motivos estes de manifestação ínfima na realidade brasileira (BITTAR, 2011, p. 2).

De fato, a doutrina e a jurisprudência norte-americana estabelecem uma série de garantias do acusado que devem ser observadas quando este pretende “barganhar” sua confissão perante a justiça, a despeito das duras críticas tecidas pela doutrina à formalização do instituto e a grande difusão de seu uso (CAPRA, SALTZBURG, 1996; GARDNER, ANDERSON, 2013).

⁸ Aury Lopes Jr. destaca que “a lógica da *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. A *negotiation* viola, desde logo, esse pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tão pouco submete-se aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade.” (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, 2007, p. 418).

⁹ Acerca de algumas das garantias previstas no ordenamento norte-americano para o instituto da *plea bargain*, ver capítulo 3, *infra*.

A jurisprudência brasileira, ao contrário, é recalcitrante na atualização do instituto, mantendo as características inquisitórias consagradas pelos regulamentos legais, e aprofundando os problemas gerados pelo instituto¹⁰.

Além disso, é notória a fragmentação legislativa da delação premiada em nosso ordenamento. Ela é prevista em mais de dez diplomas legislativos diferentes, sendo que cada um traz diferentes requisitos e benefícios. Diante disso, é absurdamente dificultada tanto a aplicação do instituto quanto o conhecimento por parte do delator e do delatado dos seus direitos e deveres.

Bittar destaca que, apesar da presença de inúmeras leis tratando do assunto, “não houve a mínima preocupação do legislador, até hoje, com a regulamentação das normas procedimentais para a aplicação do instituto” (BITTAR, 2011, pp. 2 e 3).

O presente estudo tem por foco demonstrar que o uso da delação premiada no Brasil constitui, na verdade, um microssistema inquisitório, negando tanto ao delator quanto ao delatado as garantias fundamentais que deveriam estar presentes dentro de um sistema acusatório e garantista. Na realidade, em um sistema acusatório, marcado pelo esquema trigonal e pela igualdade das partes, não faz sentido qualquer colaboração do imputado com a acusação que seja fruto de transação, pois isso viola a lógica de igualdade das partes ínsita ao sistema (FERRAJOLI, 2002, p. 486).

O uso difundido da delação premiada como principal meio investigativo, onde a coação física ou psicológica é o meio principal de coleta de provas, conduz a um agravamento da deficiência investigativa estatal, inibindo o desenvolvimento e aprimoramento de técnicas de investigação mais eficazes e bem menos invasivas. Portanto, o uso deste instrumento também deixa em segundo plano a modernização dos instrumentos de investigação e a busca por elementos objetivos aptos a embasar a persecução criminal.

Não ocorreu no Brasil o mesmo motivo que levou à implantação do sistema delacional em outros países. Na realidade, pode se concluir que a importação do instituto foi motivada pela incapacidade do Estado de investigar e solucionar os crimes mais graves, e não por uma real necessidade justificada de sua utilização, como se deu no caso das máfias na Itália. Não é à toa que o primeiro diploma legislativo a introduzir o mecanismo foi a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), numa clara aceitação da ideologia do movimento “Lei e Ordem”, do início dos anos 90 (BITTAR, 2011, pp. 84-85).

¹⁰ O tratamento jurisprudencial dado à matéria é trabalhado no capítulo 2, *infra*.

Esse uso inquisitório da delação, como se pretende demonstrar neste trabalho, tem se dado pela combinação de fatores como a prisão cautelar do delator, a ausência de direitos do acusado no inquérito, fase onde são geralmente firmados os acordos de delação, bem como o uso de técnicas arcaicas de interrogatório tendentes a criar um cenário de coação. Tudo isso é piorado pelo uso sistemático do segredo e da discricionariedade disfarçada que envolve a concessão do benefício ao colaborador¹¹.

Ferrajoli já ensina que o segredo dos procedimentos, combinado com os rumores midiáticos, como vem ocorrendo nos casos de delação premiada, gera uma tensão entre segredo e repercussão, levando a crer que o que se repercute é real, ainda que não haja possibilidade de verificação: “o rumor em torno do processo, aumentado enormemente pela relação ambígua que se instaurou nos últimos anos entre *mass media* e órgãos voltados à persecução, é de fato inversamente proporcional à efetiva cognoscibilidade dos atos processuais” (FERRAJOLI, 2002, p. 494).

O que se propõe no presente trabalho é que a análise da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana acerca da “plea bargain” pode revelar uma forma distinta de regulamentação uma série de direitos fundamentais que devem ser consagrados para que o instituto seja minimamente aceitável em nosso ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo, será analisada a estrutura do sistema inquisitório e como aparece a delação dentro desta estrutura, bem como confrontar o sistema inquisitório com as características do sistema acusatório e as garantias fundamentais a ele vinculadas.

No segundo capítulo, será analisada a regulamentação brasileira do instituto da delação premiada, com as suas principais controvérsias e pontos de encontro com o sistema inquisitório. Serão apresentados os principais problemas da delação do ponto de vista dos direitos dos delatores e dos delatados e de que forma a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros encara a delação e as controvérsias a ela relacionadas.

No terceiro capítulo, será exposta a forma como a “plea bargain” é regulamentada nos Estados Unidos, em especial a forma como é tratada a questão pela jurisprudência da Suprema Corte e pelas Regras Federais de Procedimento Criminal. Serão trabalhados alguns casos paradigmáticos que demonstram as garantias que devem estar relacionadas ao instituto, bem como *rules of Law* relacionadas ao assunto.

¹¹ Como se demonstrará no capítulo 2, se repete também nas legislações premiais o discurso da análise da culpabilidade e da personalidade do agente como requisito para a concessão do perdão judicial, conforme demonstra o art. 13 da Lei 9.807/99 e o par 1 do art. 4 da Lei 12.850/13. O resultado disso é que se abandona o critério universalmente adotado da eficácia da colaboração e adota-se um critério disfarçadamente discricionário para a concessão do benefício.

Por fim, na conclusão serão resgatados os argumentos iniciais e propor uma melhor regulamentação do instituto em nosso ordenamento, com menor fragmentação legislativa e estabelecimento de maiores garantias materiais e procedimentais que possam aprimorar a efetividade do instituto.

CAPÍTULO 1 – O SISTEMA INQUISITÓRIO E A DELAÇÃO

Para que se compreenda o argumento central desta pesquisa, bem como a real função exercida pela delação premiada, deve se compreender, primeiramente, o que se entende por sistema processual inquisitório.

Neste capítulo, serão expostas as principais características da Inquisição e a forma como a delação era usada dentro deste sistema. Por fim, irá se demonstrar como estas características ainda não foram superadas, tendendo a reaparecer em diversos momentos e aspectos, mantendo espaços de arbitrariedade, ainda que sob justificativas diversas.

1.1 – O SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema processual inquisitório foi instaurado primeiramente pela Igreja Católica, durante o apogeu do poder eclesiástico no século XII, para combater os crimes de heresias que se proliferavam na Europa. Para se entender a proliferação deste sistema e a lógica por detrás de seu funcionamento, cabe retomar a forma como a Igreja Católica alcançou seu poder e o sistema que predominava antes da implantação da nova lógica inquisitória (WOLKMER, 2006).

Naspolini destaca que o cristianismo intitulava-se a única religião verdadeira para todos os homens, “mas a Igreja só começou a desempenhar um papel importante na vida política e social do Império Romano em 313 d.C. com o *Edito de Tolerância de Milão*. A partir desta data, pouco tempo transcorreu até o cristianismo tornar-se a religião oficial do Estado, transformando a Igreja em uma de suas principais instituições” (WOLKMER, 2006, p. 188). De fato, pouco tempo depois, em 380 d.C., foi decretado o *Edito de Tessalônica*, que estabeleceu o cristianismo como religião oficial do Império Romano e aboliu as práticas politeístas.

Com essa responsabilidade de se tornar a religião oficial de todo um Império, o catolicismo precisava conter as possibilidades de interpretação divergente da Bíblia, razão pela qual foi instituído o *magistério*. Os pronunciamentos do papa e bispos gozam de infalibilidade, pois decorrem de própria revelação divina (BOFF, 1993). “O magistério, portanto, é portador exclusivo de uma verdade absoluta. A verdade não é objeto de uma

busca”, afirma Boff, reiterando que em face desta verdade absoluta não cabem dúvidas ou indagações.

Portanto, este é o cerne da diferenciação entre dogma e heresia, segundo Boff: a instituição de uma verdade absoluta, de natureza divina e revelada. “Por isso, nessa visão o portador da verdade é intolerante. Deve ser intolerante e não tem outra opção” (BOFF, 1993, p. 11). A heresia¹² nada mais era do que a manifestação de inconformismo com essa verdade imposta pela “vontade divina”. Quem quer que discutisse as verdades relacionadas às Escrituras Sagradas era considerado herege e, portanto, uma ameaça ao sistema. Além disso, o cristianismo era também considerado o fator principal de coesão política, então qualquer doutrina divergente colocava também em risco a unidade política de um Império¹³.

Sendo assim, a perseguição aos divergentes já se iniciou nos séculos IV e V, mas após a queda do Império Romano do Ocidente, a situação se agravou, pois as religiões politeístas bárbaras dominaram grande parte da Europa. A partir de então, a caça aos hereges se intensificou.

Boff destaca que:

A Inquisição propriamente surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O Papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais (BOFF, 1993, p. 13).

Para que fosse possível um eficiente controle da heresia, era necessária a instituição de um modelo mais “racional” de persecução criminal do que aquele que predominava na Europa, o sistema acusatório arcaico.

¹² O *Manual dos Inquisidores* estabelece que herética é “toda proposição que se oponha: (a) a tudo que esteja expressamente contido nas Escrituras; (b) a tudo que decorra necessariamente do sentido das Escrituras; (c) ao conteúdo das palavras de Cristo, transmitidas aos apóstolos, que, por sua vez, as transmitiram à Igreja; (d) a tudo o que tenha sido objeto de uma definição em algum dos concílios ecumênicos; (e) a tudo o que a Igreja tenha proposta à fé dos fiéis; (f) a tudo que tenha sido proclamado, por unanimidade, pelos Padres da Igreja, no que diz respeito à reputação da heresia; (g) a tudo que decorra, necessariamente, dos princípios estabelecidos nos itens c, d, e, f” (parte I, A, 2).

¹³ Os autores do *Manual dos Inquisidores* destacam os efeitos políticos da heresia: “por causa da heresia, a verdade católica se enfraquece e se apaga nos corações, os corpos e os bens materiais se acabam, surgem tumultos e insurreições, há perturbação da paz e da ordem pública, de maneira que todo povo, toda nação que deixa eclodir em seu interior a heresia, que a alimenta, que não a elimina logo, corrompe-se, caminha para a subversão e pode até desaparecer; a história dos antigos prova isso, e o presente também, mostrando-nos o exemplo de prósperas regiões e reinos em franco desenvolvimento atingidos em grande calamidade por causa da heresia” (parte I, A, I).

Este sistema, predominante nas comunidades anglo-saxônicas da época, começava a se difundir como forma de resolução dos conflitos. Segundo Aury Lopes Jr., a origem deste sistema remonta ao Direito Grego, e vigorava o sistema da ação popular para os crimes graves e acusação privada para os menos graves (LOPES JR., 2012, p. 159). Por este sistema, cabia ao próprio ofendido por um crime processar o autor por sua conduta, que era então submetida a julgamento. Era um sistema marcado pela superstição e religiosidade no julgamento. Os meios de provas mais comuns eram os ordálios¹⁴, também conhecidos como juízo de Deus, bem como os duelos físicos entre o acusador e o acusado.

Como notas características desse modelo, Lopes Jr. destaca a *atuação passiva dos juízes*, que se mantinham afastados da gestão das provas, que cabia exclusivamente às partes, a separação das atividades de acusar e de julgar em pessoas distintas, a *não admissão do procedimento de ofício*, bem como *o direito de defesa, a oralidade e a publicidade* (LOPES JR., 2012, p. 160).

Este sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para a necessidade de repressão dos delitos de heresia, fazendo com que os juízes fossem se tornando cada vez mais ativos e inaugurando, assim, o sistema inquisitório¹⁵. A Igreja buscou a consolidação de um sistema mais “racional”, que fugisse das superstições inerentes ao sistema acusatório¹⁶. No decorrer do Século XIII, foi criado também o *Tribunal da Inquisição*.

Destaca-se que a mudança no tipo de sistema penal por parte da igreja

não foi motivada por motivos humanitários. A introdução de novos procedimentos - dentre os quais se incluía a proibição do ordálio - ocorreu principalmente pelo fato de que o novo sistema mostrava-se muito mais eficiente no combate aos crimes de heresia, que aumentava em enormes proporções ameaçando seu poder (WOLKMER, 2006, p. 194).

¹⁴ Os ordálios eram espécies de testes aos quais o acusado submetia-se para verificação de sua inocência, e dependiam da verificação da vontade de Deus através de efeitos da natureza. Por exemplo, o acusado era mergulhado em um rio e se afundasse era considerado inocente, pois neste caso Deus o teria acolhido (WOLKMER, 2006, p. 193). Outro exemplo de ordálio pode ser encontrado na Bíblia, no livro de Números, onde uma mulher acusada de adultério deveria beber de água possivelmente contaminada e seria considerada inocente caso sobrevivesse.

¹⁵ A igreja Católica condenou oficialmente a prática dos ordálios no IV Concílio de Latrão, de 1215, e pelas *Decretais* do Papa Gregório IX, de 1234. No primeiro, foi proibida a participação de clérigos nos ordálios, o que equivalia a uma impossibilidade da realização do procedimento, já que este dependia da “vontade de Deus”.

¹⁶ Na mesma época, se deu o renascimento do direito romano nas universidades medievais, em especial na Universidade de Bolonha. Com esta redescoberta, elementos do processo penal inquisitório romano também foram reabsorvidos na crença de conferirem maior racionalidade e eficiência aos procedimentos penais.

A relação existente entre Igreja e Estado na época facilitou a difusão deste novo sistema para além dos tribunais eclesiásticos. Wolkmer aduz que

dentre outros fatores, o fato de a Igreja possuir enorme influência sobre o poder temporal e necessitar do auxílio do estado para combater as heresias, esse tipo de crime passou a ser considerado crime de 'lesa-majestade', razão pela qual a competência para o seu julgamento foi estendida aos Tribunais Seculares (WOLKMER, 2006, p. 189)

A questão, entretanto, vai além do mero interesse eclesiástico no uso da estrutura laica, mas perpassa também a necessidade política dos próprios Estados em reprimir as manifestações heréticas, razão pela qual a inquisição se proliferou com facilidade pelos tribunais seculares.

Tanto é que a Inquisição atingiu seu auge nos séculos XVI e XVII, aliada ao interesse político em se conter qualquer forma de manifestação contrária à verdade absoluta ou à forma de organização política dos estados. A conveniência do sistema inquisitório aos tribunais seculares e eclesiásticos facilitou a sua enorme difusão, bem como sua utilidade política: o clima de tensão e miséria presente na Europa do século XVI acirrava a persecução inquisitória como forma de evitar rebeliões e desordens.

Segundo Barreiros, o que caracteriza o novo sistema é a predominância da inquisição *ex-officio*, que abala o princípio anteriormente predominante de que a ação criminal estava na esfera de disponibilidade do ofendido. Agora, a persecução processual dos hereges era feita de ofício, apoiada no conhecimento privado do magistrado ou até mesmo na denúncia anônima (BARREIROS, 1981). Robert Mandrou destaca que todas as pequenas discussões ou tagarelices da aldeia poderiam servir de base para as denúncias (MANDROU, 1979). Não bastava mais para os interesses punitivos a representação do ofendido: o simples conhecimento de um crime já é ameaça suficiente para justificar a instauração do procedimento penal.

Ainda segundo Barreiros, é nesta época que se percebe o desenvolvimento da "acusação pública", responsável por defender o interesse de toda a sociedade face ao cometimento do crime (BARREIROS, 1981). A ação penal era feita através do procurador do Rei, mas isso não excluía a possibilidade de acusação oficiosa por parte do magistrado.

Radbruch afirma que, se no processo acusatório até então valia a máxima de "onde não há queixoso, não há juiz", é da natureza do processo inquisitório que o juiz possa

intervir, “devido ao seu cargo” (RADBRUCH, 1999). O acusado é entregue, indefeso, a um perseguidor dotado de perfeição judicial de poder.

Com relação ao procedimento, a doutrina destaca três características principais do sistema inquisitório: escrito, secreto e não-contraditório.

A forma escrita adveio da necessidade de “racionalização” do procedimento. A oralidade era considerada insuficiente e inadequada, pois permitia manipulações de informações, que não estavam documentadas. Sendo assim, o procedimento escrito passou a ser predominante, não havendo mais a presença da oralidade. Segundo Foucault, a forma escrita servia à finalidade da Inquisição, pois conferia o poder de estabelecer a verdade única e exclusivamente aos juízes. O autor destaca que “a informação penal escrita, secreta, submetida, para construir suas provas, a regras rigorosas, é uma máquina que pode construir a verdade na ausência do acusado” (FOUCAULT, 2012).

Sobre o procedimento escrito, Radbruch aduz que os juízes julgavam com base em testemunhos que nunca haviam escutado com os próprios ouvidos, sobre um acusado que nunca haviam visto. Todas as nuances do enrubescer e do empalidecer, bem como a hesitação do depoimento decorado, perdem-se na forma escrita (RADBRUCH, 1999). Apesar deste entendimento do autor ser passível de críticas, por levar a uma errônea leitura do acusado em suas intenções secretas (leitura esta que levada ao extremo pode conduzir à aplicação de testes ao acusado como o detector de mentiras, por exemplo), permite refletir sobre aquilo que se encobria em um procedimento exclusivamente escrito, como as marcas de violência no acusado, por exemplo.

Este pensamento exposto por Radbruch é justamente o que se tenta combater com o princípio da oralidade, conforme as lições de Chiovenda¹⁷. Segundo o processualista, o valor da oralidade reside justamente na imediação e na concentração do juízo, que não são possíveis através da escritura presente no sistema inquisitório. Ferrajoli já ensina que

A oralidade, de fato, vale tanto para garantir a autenticidade das provas e o controle pelo público e pelo imputado da sua formação, como comporta, em primeiro lugar, o tratamento da causa em uma só audiência ou em mais audiências aproximadas, de qualquer modo sem solução de continuidade; em segundo lugar, a identidade das presenças físicas dos juízes do início da causa até a decisão e, em terceiro lugar, e consequentemente, o diálogo direto das partes entre si e com o juiz, de modo que este conheça a causa “não com base em escrituras mortas, mas com base na impressão recebida” (FERRAJOLI, 2002, p. 495).

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III.

É exatamente à difusão da escritura que Montesquieu relaciona também o abandono da forma pública em prol da forma secreta do procedimento (FERRAJOLI, 2002, p. 494). Os procedimentos inquisitórios possuem como característica central o segredo, que interfere em diversas de suas outras características. Ninguém tinha acesso aos autos de um procedimento criminal, nem mesmo o acusado, que não possuía o direito de conhecer as acusações que contra ele pendiam, muito menos os depoimentos de testemunhas ou as provas colhidas.

Conforme lição de Barreiros, a inquisição geral era secreta e reunia o material indiciário que fundamentaria a inquisição especial (BARREIROS, 1981). Sendo assim, as provas eram colhidas e o procedimento penal aberto sem que o acusado ao menos fosse cientificado de que era suspeito.

Foucault leciona acerca do sigilo que

(...) todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público, mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação (FOUCAULT, 2012, p. 37).

Por fim, como decorrência da escritura e do segredo, destaca-se que o procedimento inquisitório é não-contraditório. Não existe defesa do acusado. Este não necessita de advogado e muito menos possui acesso aos elementos de acusação em razão do segredo. Qualquer tipo de defesa é impossibilitado pela estrutura do sistema. “É da essência do sistema inquisitório um ‘desamor’ total pelo contraditório” (LOPES JR., 2012, p. 166).

Segundo Boff, o Manual dos Inquisidores é claro ao taxar de inútil qualquer defesa do acusado, pois diante do Tribunal da Inquisição basta a confissão do réu para que seja condenado. Portanto, se nada prova mais do que a confissão do réu, faz-se desnecessária a defesa do acusado, já que esta nada poderá provar (BOFF, 1993). Tanto é que, na estrutura do Manual, o defensor é tratado em um capítulo sobre “obstáculos à rapidez de um processo” (EYMERICH, 1993).

Apesar da escritura e do segredo, o estabelecimento da verdade dentro do sistema inquisitório obedecia à certas normas. Foi o surgimento do sistema tarifado de avaliação das

provas. Cada tipo de prova produzida possuía um valor previamente definido, e os padrões de provas eram rigorosos, como decorrência da tentativa de racionalização inerente ao sistema¹⁸.

Era realizada uma matemática probatória, dentro da qual várias provas poderiam ter seus valores somados para levar à condenação. Muito comum era o estabelecimento de presunções de culpabilidade, com base em sinais corporais do acusado ou características pessoais, que levavam à crença de que era culpado¹⁹.

Entretanto, diante da complexidade de tais operações, fazia-se necessária uma prova plena do cometimento do crime. A prova por excelência, dentro da inquisição, era a confissão.

Leciona Foucault que

(...) a confissão ganha qualquer outra prova. Até certo ponto ela as transcende; elemento no cálculo da verdade, ela é também o ato pelo qual o acusado aceita a acusação e reconhece que esta é bem fundamentada; transforma uma afirmação feita sem ele em uma afirmação voluntária. Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual de produção de verdade penal. (...). Pela confissão, o acusado se compromete em relação ao processo; ele assina a verdade da informação (FOUCAULT, 2012, p. 40).

A confissão era a solução para todos os problemas probatórios da Inquisição. Era o objetivo a ser alcançado dentro do procedimento, pois a ela nada poderia se opor. O acusado é o meio de prova por excelência contra si mesmo.

Nicolau Eymerich, no Manual dos Inquisidores, já afirma ser totalmente inútil a defesa, uma vez que, se o acusado confirma a acusação, não há necessidade de advogado. A função única do advogado seria fazer com que o acusado confessasse e se arrependesse de seu erro, para que a pena fosse prontamente aplicada (EYMERICH, 1993).

Diante desta constatação de importância, se fazia de tudo para se conseguir a confissão do acusado, desde a promessa de recompensa (justiça negociada) até o uso indiscriminado da tortura contra o corpo do acusado.

¹⁸ Segundo Wolkmer, as provas dividiam-se em diretas, indiretas, manifestas, imperfeitas, plenas (como o testemunho ocular de 2 pessoas), indícios próximos (chamados de provas semiplenas) e os indícios longínquos (opinião pública, má fama do suspeito, etc.). As provas plenas levavam à condenação, as semiplenas poderiam ensejar suplícios e os indícios já bastavam para se declarar alguém como suspeito e iniciar as investigações. (WOLKMER, 2006, p. 195).

¹⁹ Wolkmer cita, dentre as presunções, a crença de que as bruxas possuíam sinais de que foram tocadas pelo diabo, como uma marca no corpo. Em razão disso, o corpo do suspeito era raspado à procura da marca do pacto. Sendo assim, qualquer marca na pele, cicatriz ou sinal de nascença era considerada presunção de bruxaria (WOLKMER, 2006, p. 197).

O acusado não possuía mais corpo. Sua vida passa a ser um objeto nas mãos do inquisidor sedento por uma prova. Neste sentido, não existe mais a liberdade como regra, mas sim a prisão. “A prisão era uma regra porque assim o inquisidor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão” (LOPES JR., 2012, p. 170). O passarinho pra cantar precisa estar preso.

Todo esse pensamento explica o uso indiscriminado da tortura pelos inquisidores. A tortura era o método mais adequado para se buscar a confissão do acusado. Segundo Levack, a adoção “da tortura na heresia, bruxaria e outras causas foi, portanto, o resultado direto da adoção do processo por inquérito. A lógica de um levou à aplicação da outra” (LEVACK, 1988, p. 72).

A tortura não era um procedimento secreto ou ilegal. Pelo contrário, foi expressamente autorizada pela Bula do Papa Inocêncio IV, em 1252, para o julgamento dos crimes de bruxaria e heresia²⁰. O uso difundido da tortura tornava o processo penal infalível, levando à condenação de praticamente todos os acusados, que confessavam crimes para se livrarem da aplicação constante dos suplícios²¹. O uso da tortura atingiu níveis tão desproporcionais que em alguns casos a tortura aplicada era mais grave do que a pena do crime cuja confissão se desejava.

Por fim, a coisa julgada não existia dentro do sistema inquisitório, como destaca Aury Lopes Jr. O bom inquisidor não declara a inocência, mas apenas que nada ficou provado, o que mantinha o acusado ao alcance posterior da Inquisição (LOPES JR., 2012, p. 170).

Estas são, em linhas gerais, as características do sistema penal inquisitório. Por óbvio, em razão de sua difusão, o sistema adquiriu contornos específicos para cada local onde foi implantado (WOLKMER, 2006). Contudo, de maneira geral, estas são as características mais comuns dentro do sistema:

- Persecução penal *ex officio* ou através de acusador público;
- Iniciativa probatória do magistrado;

²⁰ O Manual dos Inquisidores estabelece claramente as regras para a tortura. Segundo o manuscrito, deve ser torturado o acusado que vacilar nas respostas, o suspeito que só tem uma testemunha contra ele, e até mesmo velhos e crianças, mas com uma certa moderação: devem apanhar com pauladas ou com chicotadas. Os autores ainda lembram que a finalidade da tortura é menos provar um fato do que obrigar o suspeito a confessar a culpa (EYMERICH, 1993).

²¹ Aury Lopes Jr. destaca que existiam 5 tipos progressivos de tortura, e que só podia ser praticada uma tortura por dia no acusado (LOPES JR., 2012, p. 171). Wolkmer também destaca os meios de tortura mais utilizados, como cadeira de bruxa, que era aquecida por uma fogueira, a insônia forçada, esmagamento de órgãos genitais, etc. Afirma que o mais comum era o instrumento de distensão chamado *strappado*, em que o suspeito era suspenso do chão pelos pés ou braços com o uso de uma roldana. (WOLKMER, 2006, p. 196-197).

- Desigualdade entre acusador e acusado;
- Procedimento escrito e secreto;
- Ausência de contraditório e de direito de defesa;
- Sistema tarifado de avaliação probatória;
- Supremacia da confissão;
- Prisão obrigatória;
- Uso indiscriminado da tortura;
- Ausência de coisa julgada.

1.2 – A DELAÇÃO NO SISTEMA INQUISITÓRIO

A Inquisição colocou em posição de destaque a delação. Enquanto no sistema acusatório precedente predominava a acusação, agora a base do sistema era a delação (BARREIROS, 1981).

No sistema anterior, era necessária a acusação formal por parte do ofendido pelo crime para que pudesse ser iniciada a persecução criminal. E não bastava a simples representação: ela deveria vir acompanhada oralmente das razões do acusador, que deveria explicar o que ocorreu e a conduta que imputava ao acusado. Já na Inquisição, a acusação era feita de ofício: bastava a delação, ainda que anônima, ou o conhecimento informal do crime por parte do magistrado para que tivesse início o processo criminal. Como nem sempre o magistrado tinha conhecimento próprio dos crimes, o destaque foi dado à delação como forma de instauração do procedimento penal (WOLKMER, 2006).

A grande estrutura inquisitorial se movia com base na delação, e era comum o recolhimento de denúncias anônimas em caixas distribuídas pelas igrejas, chamadas de “bocas da verdade” (BARREIROS, 1981). Elas permitiam que as pessoas indicassem aos magistrados o cometimento de crimes de bruxaria e heresia sem que fosse necessário indicar seu nome, preservando-se afastadas de qualquer efeito colateral que sua denúncia pudesse gerar.

Sendo assim, o mais comum era que a pessoa se deparasse com uma acusação escrita e secreta contra ela, sem direito à defesa, fundada em uma denúncia anônima, impedindo eventual regresso contra o acusador em caso de inocência (WOLKMER, 2006).

A delação possuía, dentro da Inquisição, valor redentor (LIMA, 2008), pois era um meio de a pessoa se livrar de uma carga perante Deus e a Igreja. Se a pessoa soubesse de um crime e não denunciasse, ela estava pecando por ser complacente com um herege. A Igreja alimentava o discurso de que Deus recompensaria aqueles que entregassem os hereges ou outros desviantes ao inquisidor. O que hoje é travestido de dever cívico, já era considerado uma obrigação desde o medievo, embora de cunho religioso²².

Boff explica que, de acordo com o *Manual dos Inquisidores*:

(...) Num determinado domingo na catedral, todos são obrigados a ouvir o sermão geral proferido pelo inquisidor. Aí ouve que “se alguém souber que alguém admite tal ou tal erro, é obrigado a revelá-lo ao inquisidor”, sob pena de excomunhão. Os delatores são animados a delatar, pois a delação os faz obedientes à fé divina (BOFF, 1993, p. 17).

A busca pela delação estava presente não apenas no incentivo à denúncia, com a possibilidade de denúncia anônima, mas na necessidade de que o acusado confessasse e delatasse todos os coautores do delito. Para se conseguir essa delação, mais uma vez eram utilizados todos os tipos de tortura.

Levack destaca a relação existente entre a tortura, a delação e a difusão da Inquisição, afirmando que a exigência ao torturado para que fornecesse o nome de seus cúmplices foi um dos fatores responsáveis pela enorme dimensão da Inquisição, uma vez que cada processo dava origem a dezenas de outros processos, contra nomes extraídos sob a tortura do acusado inicial (LEVACK, 1988, p. 78-79).

Foucault destaca o uso da tortura para se arrancar de um acusado a delação de cúmplices, ainda que este já tenha confessado o próprio crime e esteja a caminho de ser executado. A tortura nestes casos era estabelecida

(...) como momento da verdade. Fazer com que estes últimos instantes em que o culpado não tem mais nada a perder sejam ganhos para a luz plena da verdade. O tribunal podia mesmo decidir, depois da condenação, uma nova tortura para arrancar o nome dos eventuais cúmplices. Estava também previsto que no momento de subir

²² Mandrou afirma que uma etapa importante era o reconhecimento do acusado de que havia firmado um pacto diabólico, e o conseqüente pedido de perdão a Deus, aos santos, ao Rei e à Justiça por tê-los abandonado para seguir ao Diabo. Além disso, era dever dos juizes indagar acerca dos cúmplices do acusado. Antes do suplício final, precedia uma sessão de tortura suplementar para que o feiticeiro fornecesse o nome dos que estavam envolvidos em seus procedimentos. Era um dever religioso de auxiliar a expurgar o mundo (MANDROU, 1979, págs. 81-92).

ao cadafalso o condenado podia pedir um tempo para fazer novas revelações. O público esperava essa nova peripécia da verdade (FOUCAULT, 2012, p. 44).

A tortura, além de física, era também psicológica. O acusado já condenado não tem mais nada a perder, devendo entregar seus cúmplices como mais uma cena no espetáculo da verdade real proclamada. Como bem explica o autor, o público esperava essa nova cena, pois isso significava a continuação do espetáculo com a punição de outras bruxas e outros hereges.

Em outra dimensão, anterior à condenação, a busca pela delação, como combustível da máquina inquisitorial, era também alimentada pelo uso de falsas promessas aos acusados, na tentativa de seduzi-los a apresentar todas as informações que tivessem.

Ferrajoli, ao tratar do tema, cita a obra de Chartarius²³ sobre técnicas de interrogatório, onde o autor admitia o uso de armadilhas e promessas dissimuladas para induzir a colaboração do acusado. Assim discorre Ferrajoli acerca do tema:

(...) Daí, em geral, a elaboração de uma sofisticada “ars interrogandi et examinandi reos” e de uma densa série de regras sádicas de deslealdade processual informadas unicamente pelo princípio “non curamus de modo, dummodo habeamus effectum”. “Felicitas interrogantis est extorquere quod rei nolunt”, ensinava então Chartarius no seu tratado sobre o interrogatório que atingira em dois séculos cinco edições. E acrescentava: “iudez debet reis vultum ostendere terribilem dum eos interrogat”; e pode tramar armadilhas, “quando a reo vult confessionem extorquere, fingens scire veritatem totius facti”; e pode dissimular “promessiones impunitatis” que não serão mantidas (FERRAJOLI, 2002, p. 485).

Essas técnicas são chamadas pelo autor de escambo penal, e consistem em promessas de impunidade ou de redução da pena, entre outras, que eram feitas com frequência dentro do sistema inquisitório, e que não eram mantidas, gerando uma gritante deslealdade processual.

O interessante é que não eram consideradas como promessas em si, mas, como destacava Chartarius em seu tratado, como técnicas de interrogatório. Sendo assim, o descumprimento do ofertado não era desleal, pois a promessa nunca havia sido verdadeira de fato, sendo apenas uma técnica de interrogatório.

²³ F. Chartarius, *Theoricae et praxis interrogandorum reorum libri quattuor*.

Beccaria, em sua obra, já denunciava o uso das promessas falsas para obter a delação:

(...) Além disso, que exemplo haveria para a nação se negasse a impunidade prometida e por meio de filigranas legais se arrastasse ao suplício, a despeito da fé pública, quem acorreu ao convite das leis! Não são raros tais exemplos nas nações e, por isso, não são poucos os que só concebem uma nação como uma máquina complicada, cujas engrenagens são movidas pelo mais destro e pelo mais potente, a seu bel-prazer; frios e insensíveis a tudo que forma a delícia das almas ternas e sublimes, eles estimulam com imperturbável sagacidade os sentimentos mais caros e as paixões mais violentas, tão logo veem que elas lhes sejam úteis aos seus desígnios, tocando os espíritos assim como os músicos tocam os instrumentos (BECCARIA, 2005, p. 124-125).

Portanto, a delação, considerada em seu sentido amplo, foi o motor da Inquisição. A delação do corréu era tratada como uma forma de se alastrar e ampliar a persecução, além de ser vista como uma “redenção” para o acusado. Ao delatar seus comparsas, o acusado cumpria uma lei divina e expurgava seus pecados: era o sinal maior do arrependimento.

A delação ocorria tanto antes quanto após a condenação, sendo incentivada por falsas promessas e armadilhas do acusador, ou então forçada, de maneira direta, mediante o uso de tortura física ou psicológica.

A busca pela delação refletia o pensamento dominante da Inquisição, e nela podem ser observadas todas as características já destacadas do sistema. Entretanto, a delação persiste nos sistemas jurídicos mesmo após a superação formal do sistema inquisitório, atualizando suas características, mas mantendo a essência do sistema, como se pretende demonstrar no capítulo seguinte.

1.3 – A (NÃO) SUPERAÇÃO DO SISTEMA INQUISITÓRIO

Salo de Carvalho elenca alguns motivos que teriam levado ao declínio do sistema inquisitório clássico. Baseado no trabalho de Levack, ele cita como algumas das causas principais do declínio: os trabalhos dos teóricos racionalistas e humanistas e a jurisprudência revolucionária (WOLKMER, 2006, p. 201-221).

O movimento humanista se iniciou no início do século XV, especialmente na Itália, onde homens cultos começaram a estudar obras de autores clássicos da Antiguidade Greco-latina, que valorizavam o homem, sua beleza, sua inteligência e sua capacidade de dominar a natureza. Esta visão antropocêntrica entrou em choque com a visão da Igreja, o que levou a um acirramento da Inquisição nos séculos seguintes.

Apesar deste acirramento, desde esta época considera-se que o saber já não era mais monopólio da Igreja. Já havia imprensa, livros, e muitas pessoas de fora da Igreja já sabiam ler.

Um exemplo de como as ideias racionalistas e humanistas se espraíram pode ser encontrado na história do moleiro Menocchio, personagem do livro *O queijo e os vermes*, do historiador Carlo Ginzburg²⁴. Menocchio tinha muito orgulho de sua bagagem de leitura e suas ideias, chegando a explicar para o Tribunal em seu primeiro interrogatório que todas as coisas, inclusive Deus e os anjos, teriam surgido de uma matéria original, da mesma forma como do queijo surgiam os vermes. Ao ser questionado pelo inquisidor se falava sério ou estava brincando, ele respondeu que falava sério, dentro de sua própria razão.

Ao final de seu julgamento, Menocchio foi condenado e executado, mas seu exemplo mostra como as ideias já podiam se difundir mesmo entre as pessoas mais simples, como um moleiro, no exemplo utilizado.

Tal movimento culminou com o movimento do humanismo penal, vertente do Iluminismo do século XVIII, que tinha como alguns de seus representantes os italianos Pietro e Alessandro Verri e Beccaria, o alemão Thomasius e o francês Marat. Este novo movimento de racionalismo jurídico pregava o monopólio exclusivo do *jus puniendi* nas mãos do estado, mas ao mesmo tempo a limitação do poder punitivo; ou seja, manter e fortalecer o monopólio do uso da força, mas limitando seu alcance em nome dos direitos individuais (CARVALHO, 2006, p. 214).

Segundo Salo de Carvalho, todo este pensamento estava contido em um processo de “secularização” do conhecimento, conforme leciona Dussel. Segundo o autor,

Aceito como única alternativa para o cientista, o secularismo passou de uma fase panteísta, em que o mundo era visto como uma emanção do divino, para um período deísta, quando se admitiu a existência de Deus, mas negou-se a revelação e até mesmo a Providência para, finalmente, quedar-se no ateísmo, quer negando a personalidade de Deus – Spinoza -, quer afirmando-a como valor e/ou como um

²⁴ GINSBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

não-ser, negando plenamente a sua existência. Retomou-se a máxima de Protágoras em que o homem é a medida de todas as coisas (WOLKMER, 2006, p. 208).

Os pensadores formularam suas propostas com base nas idéias de dessacralização do ilícito penal e das medidas repressivas (Thomasius), intervenção mínima e proporcionalidade (Beccaria e Verri), bem como críticas baseadas na constatação da seletividade do sistema e necessidade de garantia de direitos fundamentais previamente ao direito de punir (Marat). Os autores criticavam o uso da tortura e das armadilhas no sistema inquisitório e pugnavam pelo reconhecimento da presunção de inocência²⁵ (WOLKMER, 2006, págs. 214-216).

Carvalho assinala, paralelamente ao movimento humanista, a guinada jurisprudencial dos tribunais seculares como mais um dos motivos do declínio do sistema inquisitório confessional, levando, inclusive, a alterações na legislação da época²⁶.

O efeito deste movimento é uma dissociação dos conceitos de crime e pecado, uma dessacralização dos procedimentos penais. A ciência jurídica foi paulatinamente secularizada, como seus reflexos na área penal.

Em 1808, o Código de instrução Criminal de Napoleão veio a consagrar o que passou a ser chamado de sistema “misto” ou “reformado”, que conciliava o sistema tradicional com as novas demandas liberalizantes, fixando um procedimento inquisitório para a primeira fase e “acusatório” para a fase judicial, com inspiração inglesa. Além disso, este sistema consagrou a unidade da justiça civil e penal, a separação das funções de instrução, acusação e julgamento, o princípio da colegialidade e o caráter profissional dos juízes (BARREIROS, 1981).

²⁵ Beccaria assim trata do tema em sua obra: “Uma crueldade que o uso consagrou na maioria das nações é a tortura do réu durante a instrução do processo, quer para força-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices. (...) Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz” (BECCARIA, 2005, p. 69).

²⁶ A guinada jurisprudencial foi impulsionada pelas ideias humanistas, bem como pelas descobertas da medicina da época. Estudos médicos começaram a questionar os casos de bruxaria, afirmando que muitos casos seriam apenas “humor melancólico” e “velhice caduca” (WOLKMER, 2006, p. 209; MANDROU, 1979, p. 132). Diante disso, também muitos casos antes considerados como casos de possessão não passavam de simulações históricas ou ataques epiléticos. Em 1570, o Tribunal de Dijon resolveu não condenar dois acusados à fogueira, considerando os seus casos como loucura. Também o Tribunal de Paris passou a sinalizar este novo entendimento, durante o século XVII: “O que cabe afirmar é que, em matéria processual e jurisprudencial, a atuação dos juízes quebrou uma univocidade nos julgados e foi fundamental para o processo de cisão da antiga concepção de crime/pecado, proporcionando um avanço incomparável na história no que se refere à laicização do direito e do próprio Estado em sua concepção moderna” (WOLKMER, 2006, p. 210). Este movimento culminou, em 1670, com uma reforma na legislação francesa, que restringiu o uso da tortura apenas aos casos em que houver confirmação da sua necessidade pela Corte de Paris. Em 1682, um edito assinado por Luis XIV passou a considerar a feitiçaria como superstição, e foram negadas as antigas tradições de pactos demoníacos e práticas satânicas (WOLKMER, 2006, p. 210).

Apesar de a doutrina tradicional consagrar este processo como uma superação do modelo inquisitório, na realidade não foi isso que ocorreu. Na linha do que defende Salo de Carvalho (CARVALHO, 2005, p. 229-252), o efeito deste processo foi apenas a laicização da inquisição, mas a manutenção do seu espírito²⁷.

Conforme destaca Boff, o que permitiu a Inquisição foi a existência de violência nas próprias relações internas da igreja. O conceito dominante é o de hierarquia, que gera diferenciação tanto entre os membros da comunidade religiosa quanto entre estes e os chamados leigos. Os clérigos são considerados os portadores da verdade real revelada, enquanto os leigos devem se submeter a sua condição. “Essa divisão traz desigualdades. E as desigualdades são sempre odiosas, porque implicam relações tensas e, de certa forma, injustas” (BOFF, 1993, p. 22). Portanto, para o autor, o que caracteriza o sistema de poder do inquisitorialismo é o autoritarismo, marcado pela concentração dos meios de produção da verdade.

O autor afirma que este espírito se mantém presente até hoje, o que permite a conservação no tempo das características do sistema inquisitório²⁸.

Entretanto, como dito anteriormente, as características do sistema inquisitório persistem também fora da instituição religiosa, o chamado inquisitório laico. Em todos os âmbitos em que se verificam as características apontadas por Boff há o ressurgimento ou a manutenção das características inquisitórias.

Sendo assim, nos âmbitos do processo penal em que se fazem presentes as características da hierarquia ou em momentos de autoritarismo tendem a se repetir as características do sistema inquisitório. Quanto maior a desigualdade verificada, mais acentuados serão os elementos inquisitórios regulando o sistema. Não é a toa que o sistema inquisitório foi fortemente revisitado durante os regimes autoritários do nazi-fascismo (BARREIROS, 1981)²⁹.

Portanto, o inquisitorialismo ainda não foi superado nos regimes jurídicos ocidentais, demonstrando novamente suas marcas em diversos momentos da história e em

²⁷ No mesmo sentido: BOFF, 1993.

²⁸ Mais especificamente dentro da Igreja Católica, persiste a relação de dominância, com a manutenção da Inquisição: perdura o processo de delação, a negação ao acesso às atas dos processos, inexistência de advogado e a impossibilidade de apelação (BOFF, 1993).

²⁹ No processo criminal do regime nazista, abandonou-se a tradição acusatória pela adoção de um sistema inquisitório, marcado pelo reforço dos poderes do Ministério Público em detrimento das prerrogativas tradicionais do juiz de instrução, em especial a partir de 1935, o que violou frontalmente a igualdade entre as partes. Cabia ao órgão de acusação realizar as primeiras investigações bem como ordenar detenções preventivas no caso de urgência. Também foi instituído o segredo, impedindo o acesso do defensor ao processo bem como ao interrogatório do acusado. Sendo assim, foi estabelecido um sistema claramente inquisitório.

diversos aspectos da regulação processual penal. Em razão dessa constatação, Salo de Carvalho afirma que houve a desconstrução do sistema inquisitório religioso (confessional), ao mesmo tempo em que foi criado o modelo inquisitorial laico:

No entanto, é imprescindível perceber, para que a avaliação histórica não represente mero exercício lúdico de academia, que as reformas oitocentistas no discurso penal e processual penal, ponto máximo do processo que se inicia no século XVI, apesar de estabelecerem como variável fundamental a secularização, com a radical separação entre direito (delito) e moral (pecado), não lograram exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal do Ocidente (CARVALHO, 2005, p. 250).

A implantação do sistema misto por Napoleão não chegou perto de levar a uma superação do sistema. Pelo contrário, o regime napoleônico mantinha a característica autoritária presente na estrutura religiosa, o que levou a uma manutenção da inquisição, sob uma nova roupagem. O chamado sistema misto nada mais é do que a renovação da Inquisição sob fundamento laico, pois mantém o núcleo base do sistema:

Com as *Ordonnances* (1670 e 1682) de Luís XIV obtém-se um modelo inquisitório não confessional de instrução criminal o qual, com a recapacitação auferida por Napoleão, torna-se “o” sistema processual penal – “o mito escolástico foi retrabalhado, reformado, retranscrito, mas não demolido” (CARVALHO, 2005, p. 251).

Ainda hoje, o núcleo inquisitorial é um fantasma que assombra nossos sistemas jurídicos. E o maior perigo é que ele não mais se apresenta sob sua forma clássica, mas de maneira atualizada; ele não se encontra sacralizado, mas agora é laico. Para se identificar a manutenção da Inquisição é necessário identificar a presença de seu núcleo fundamental, que se manifesta em diversos espaços diferentes do processo penal.

Em diversos aspectos podem se identificar ainda hoje as circunstâncias que permitem a manutenção do sistema inquisitório, dentre elas a tentativa dos sistemas jurídicos de monopolizar a produção da verdade. O mito da verdade real apenas incentiva a busca da “verdade” a qualquer custo, desconsiderando eventuais discrepâncias e “atropelando” direitos fundamentais. Esse é um forte motivador da permanência do sistema inquisitório (BOFF, 1993).

Da mesma forma, a manutenção de um forte sistema policialesco hierarquizado e com monopólio da força incentiva a criação de investigadores “julgadores”, levando à confusão entre papéis processuais extremamente distintos.

Fato é que nosso sistema processual penal ainda se encontra muito distante do chamado sistema acusatório. O maior exemplo disso é a manutenção da estrutura do inquérito como investigação preliminar. Como o próprio nome diz, o inquérito é pura manifestação do sistema inquisitório, e grande parte da nossa doutrina parece achar isso natural e aceitável.

As características chave do sistema acusatório, como contraditório, oralidade, publicidade e igualdade e equidistância das partes, encontram-se presentes em nosso sistema como exceção, e não como regra.

Em face dessas características é que se diz que o sistema processual penal brasileiro é neoinquisitório³⁰. Em nosso sistema, as características inquisitórias são atualizadas e reprogramadas, mas o núcleo base do sistema é o mesmo. O que se pretende demonstrar é que o regulamento da delação premiada no Brasil constitui um microssistema inquisitório, onde as bases do sistema estão presentes, embora de maneira atualizada e dissimulada.

1.4 – O NÚCLEO FUNDANTE DA INQUISIÇÃO

Por fim, antes de se partir para a análise da presença do núcleo inquisitório no uso da delação premiada no Brasil, é necessário definir, para os fins desta pesquisa, qual é o núcleo fundante da Inquisição.

Sob o ponto de vista do acusado, o que se entende, nesta pesquisa, por núcleo fundante da Inquisição, é a ausência de direito de defesa. Apesar de farta doutrina em outro sentido³¹, entende-se que os outros elementos do sistema inquisitório são, do ponto de vista do acusado, apenas manifestações da ausência de direito de defesa. Quem tem o juiz como acusador, precisa de Deus como advogado (RADBRUCH, 1999).

³⁰ No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

³¹ Como exemplo, pode-se citar Salo de Carvalho, que afirma ser o núcleo fundamental do sistema a concentração de poderes acusatórios e instrutórios na figura do juiz. No presente trabalho, não se nega a presença deste elemento. Entretanto, entende-se que essa análise se dá do ponto de vista da estrutura organizacional do sistema. Sob o ponto de vista dos direitos do acusado, essa é uma das manifestações da ausência de direito de defesa. Portanto, as análises, antes de divergentes, apenas são realizadas sob distintos pontos de vista.

Os elementos centrais do sistema inquisitório, já descritos, contribuem para a formação de um sistema em que o direito de defesa do acusado é mitigado a ponto de ser considerado inútil e inexistente.

Dentre estes elementos, o segredo e a escritura assumem função central, por negarem a possibilidade de contestação aos fatos denunciados. Também a concentração dos poderes de acusação nas mãos do juiz, e sua iniciativa probatória ferem a igualdade entre as partes. A partir do momento em que aquele que julga é também quem acusa e quem propõe a prova fica impossibilitada e inutilizada qualquer tentativa de defesa por parte do acusado, uma vez que o julgador está predisposto a sua condenação. Não existe, neste sistema, o pressuposto fundamental da imparcialidade do julgador, pois este dificilmente assumiria que acusou injustamente. Sendo assim, além de impossível, mostra-se também inútil qualquer tipo de defesa por parte do acusado.

Da mesma forma, a ausência de advogado prejudica o acusado, que se vê na posição de usar apenas sua autodefesa. Qualquer de suas afirmações é usada contra ele, e não existe defesa técnica para aconselha-lo e defende-lo de maneira mais adequada.

Sendo assim, do ponto de vista do acusado, todos os elementos levam a sua impossibilidade de defesa. Apesar de existirem outros elementos centrais quando analisado o sistema sob pontos de vista diversos, para o acusado a centralidade se encontra na ausência de direito de defesa.

Especificamente do ponto de vista da delação, essa ausência se manifesta tanto para o delator quanto para o delatado.

Para o primeiro, na medida em que são usados diversos meios desleais ou até mesmo a tortura para se conseguir a delação, sem que haja a menor chance do delator se ver livre do suplício antes de efetuar de fato a delação.

Sob o ponto de vista do delatado, a situação é tão adversa quanto para o delator. Ele se vê sob a presunção de culpabilidade por ter sido delatado, e não existe a possibilidade de acesso aos autos da delação ou aos elementos de prova contra ele produzidos.

Portanto, o que se pretende demonstrar no próximo capítulo é a forma como a regulação da delação premiada no Brasil repete os elementos do sistema inquisitório, em especial o seu núcleo fundante sob o ponto de vista do delator e do delatado, que é a ausência de direito de defesa.

Como se pretende verificar, a preservação temporal do núcleo do sistema inquisitório, como defendida por Boff e Salo de Carvalho, faz com que a delação premiada

em nosso país constitua um microsistema inquisitório, em que há constante violação dos direitos fundamentais do delator e do delatado.

CAPÍTULO 2 – A DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Neste capítulo, pretende-se entender o conceito de delação premiada, sua regulação em nosso ordenamento, bem como a função desempenhada pelo instituto dentro de nosso sistema jurídico. Aqui pretendemos verificar a permanência do núcleo inquisitório tanto nas legislações sobre o tema quanto no trato dado pela jurisprudência pátria à questão.

2.1 – O CONCEITO DE DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada, também chamada de colaboração premiada ou colaboração com a justiça, é um instituto que visa “premiar” aquele acusado que colaborar com a justiça através de sua confissão e delação dos coautores do delito, ou entrega dos produtos do crime em alguns casos.

Dentro desta relação surgem duas figuras: o delator e o delatado. O delator corresponderia à figura dos *pentiti* do direito italiano, que se traduz por “arrepentidos”. São considerados delatores ou *pentiti* os sujeitos que confessam seus crimes e fornecem às autoridades informações para a reconstrução do fato e identificação dos participantes do delito. Delatados seriam os indivíduos que são indicados pelo delator.

Destaca Pereira que a delação, que ele chama de arrependimento processual, se diferencia do arrependimento material ou substantivo. Este último englobaria os casos em que o agente encerra a conduta típica ou age para evitar seus efeitos, e tem para si um prêmio para esta conduta. Seriam os conhecidos casos de arrependimento eficaz ou desistência voluntária. A delação ocorreria em momento posterior, processual, em que o acusado confessaria seus crimes e auxiliaria as autoridades (PEREIRA, 2013).

O mesmo autor destaca a justificativa da presença deste instituto, que seria de natureza de política criminal, ao contrário do arrependimento substancial:

Para este novel instituto do arrependimento colaborativo, a inspiração prevalente é de política criminal, que se revela determinante não apenas na escolha dos crimes aos quais se ligam as hipóteses de arrependimento, como também na natureza e alcance das medidas de estímulo ao comportamento colaborativo; à diferença, portanto, da disciplina alicerçada no plano da atuação ou evitação da ofensa, própria da previsão legal do arrependimento substancial (PEREIRA, 2013, p. 38).

A delação é, portanto, um instituto de natureza tanto penal quanto processual. Em primeiro lugar, os efeitos penais da delação dizem respeito ao prêmio que será atribuído ao delator, que pode variar dependendo do tipo de crime, como se verá mais adiante. A natureza processual decorre do fato de ser a delação um meio de prova, servindo como base de investigação da pessoa do delatado.

Do ponto de vista penal, há grande controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica da delação premiada. Sua natureza jurídica irá variar de acordo com o prêmio previsto para o colaborador. Quando o prêmio concedido for apenas a redução da pena, a delação será considerada causa de redução da pena. Entretanto, se prever a impunidade do agente, será considerada causa de extinção da punibilidade.

Contudo, a natureza jurídica é alvo de discordâncias, conforme apontado por Bittar em seu estudo, também pelo fato de ter o legislador usado diversas expressões nas várias legislações que tratam do tema. Para o autor, por exemplo, a delação premiada assumiria a natureza ampla de causa de liberação da pena³² (BITTAR, 2011).

Para o presente trabalho, considera-se que nos casos em que o prêmio previsto for impunidade trata-se de causa de extinção da punibilidade, em razão da previsão legislativa do art. 107 do Código Penal. De acordo com este artigo, o perdão judicial constitui causa de extinção da punibilidade, e grande parte da legislação premial prevê a concessão do perdão como prêmio³³.

A fragilidade do instituto já se mostra diante desta primeira constatação: sua natureza jurídica é instável, variando conforme o prêmio que for concedido ao delator. Não existe uma definição prévia acerca do instituto; pelo contrário, ele adapta sua natureza material a qualquer prêmio que for concedido. A colaboração premiada se assemelha a um camaleão: qualquer que seja o prêmio concedido, por mais ínfimo ou insignificante, a natureza do instituto nunca será violada, pois faz parte dela se adaptar ao próprio prêmio concedido³⁴.

³² Para o autor, a causa de liberação da pena seria diferente da causa de extinção da punibilidade. Esta última não exigiria a realização de conduta de significado algum pelo sujeito e em seus fundamentos concorrem razões de índoles diversas. Já as causas de liberação de pena exigiriam sempre um comportamento pós-delitivo positivo e voluntário por parte do sujeito, e baseia a isenção da pena no cumprimento parcial dos fins da pena. Para os fins do presente trabalho considera-se que nos casos em que se prevê a impunidade do agente em razão da delação premiada está-se diante de uma causa de extinção da punibilidade.

³³ Os tipos de prêmio e sua concessão serão abordados no tópico 2.5.2, infra.

³⁴ Entretanto, existem princípios jurídicos que podem facilitar a análise acerca da concessão do prêmio, como da proporcionalidade, que independem da natureza jurídica material do instituto. Além disso, a natureza processual do instituto é única, devendo obedecer aos princípios de direito processual penal inerentes à matéria, o que não ocorre na grande maioria dos casos. Como se demonstrará nos tópicos seguintes, quase não existem regras

Apesar das discrepâncias, a colaboração premiada envolve, nos ordenamentos em que está presente, a concessão de um prêmio (que pode variar pelo tipo de crime e em cada ordenamento) em razão da confissão e colaboração de um acusado com as autoridades, colaboração esta que pode se dar de diversas maneiras.

Vinicius Gomes de Vasconcellos, em sua dissertação de mestrado acerca da justiça criminal negocial e espaços de consenso no processo penal, diferencia a delação premiada da barganha pelo fato de compreender inerente incriminação de terceiros, o que pode não ocorrer na barganha, conceito que assume negociações mais amplas entre as partes (VASCONCELOS, 2014).

Entretanto, esse conceito, antes de encerrar o debate, apenas o introduz. Os fundamentos para a concessão do prêmio são os mais diversos, e até mesmo a forma como a legislação trata do tema é alvo de críticas. Além disso, a forma como se dá o procedimento da delação e os poucos direitos que são atribuídos ao delator e ao delatado em nosso sistema criam um sistema que se choca frontalmente com os postulados constitucionais do processo penal, e resgatam uma lógica inquisitória que muitos julgam ultrapassada.

2.2 – A FUNDAMENTAÇÃO DO PRÊMIO

Do ponto de vista teórico, existem diversas teorias que buscam justificar a concessão do prêmio ao delator e a presença do instituto no ordenamento, todas elas de natureza político-criminal. Portanto, o fundamento do prêmio não reside na teoria da tipicidade, como nos casos de arrependimento substancial, mas nos critérios de oportunidade politicamente definidos.

Afirma Bittar neste sentido:

E não poderia ser diferente, pois de uma forma geral, o que se busca com a delação premiada é uma ajuda nas investigações criminais, seja recuperando o produto do crime, seja identificando os demais participantes do delito, sempre se fundamentando predominantemente em interesses criminais (BITTAR, 2011, p. 65).

procedimentais acerca da delação, e as regras processuais existentes são desfavoráveis ao acusado, tanto delator quanto delatado.

Por fim, cumpre deixar também uma crítica a esta categoria de “natureza jurídica”, herdada de tempos medievos, e que pouco ou nada acrescenta ao estudo jurídico; pelo contrário, desperdiça esforços em construções meramente abstratas sem utilidades. Mais uma vez, o direito brasileiro não consegue se livrar de suas heranças medievais. Vide, por exemplo, os elementos inquisitórios, que motivaram o presente trabalho.

Entretanto, aponta o mesmo autor que este é o objetivo pretendido pelo instituto, mas as bases teóricas que fundamentam a liberação da pena para o colaborador são distintas.

Segundo o autor, a formulação teórica mais adequada a explicar a concessão do prêmio seria a teoria dos fins da pena³⁵. Para os adeptos da prevenção geral negativa, a presença da delação premiada no sistema geraria desconfiança entre os membros da organização criminosa, podendo levar o grupo a deixar de cometer o delito. Entretanto, esta análise peca pela ingenuidade: antes de deixar de cometer o delito, o grupo buscaria corrigir os problemas de desconfiança entre seus membros.

Sob o prisma da prevenção especial positiva, a delação seria um incentivo ao retorno à legalidade, sendo um fator de integração no sistema. Mais uma vez, a ingenuidade se faz presente: o delator raramente busca colaborar para tentar “voltar à legalidade”. Pelo contrário, colabora com vistas a ganhar para si o prêmio prometido.

Da mesma forma, também não se adéqua a fundamentação do prêmio sob as teorias da prevenção especial. Não se pode alegar que o delator possua vontade criminal “menos intensa”, uma vez que já consumou o crime. Tampouco se pode crer que o delator seja um sujeito “menos perigoso”, razão pela qual o grau de “ressocialização” necessária seria menor (prevenção especial positiva). Em primeiro lugar, contesta-se nesta pesquisa a avaliação de “periculosidade”, por ser reduto de enormes arbítrios no âmbito do direito penal. Em segundo lugar, o fato do delator se interessar pelo prêmio não reduz seu “grau de periculosidade”. O “arrependimento”, nestes casos, antes de ser uma ação em favor da sociedade, é uma ação do infrator em seu próprio interesse.

Portanto, não se pode concordar com o autor no sentido de ser essa uma teoria adequada para justificar a isenção de pena para o delator. Entretanto, também não se vislumbra nesta pesquisa outra formulação teórica apta a explicar a possível impunidade,

³⁵ Segundo a teoria dos fins da pena, esta possuiria três finalidades principais: retributiva, preventiva geral e preventiva especial. No âmbito retributivo (teoria absoluta ou teoria da retribuição), a pena buscaria retribuir o mal a quem praticou o mal. Sob o plano da prevenção geral, a pena serviria para fazer com que as pessoas em geral não cometam crimes. A teoria da prevenção geral se divide em prevenção geral positiva, em que a pena revela à comunidade o que acontece quando se pratica um crime, e prevenção geral negativa, em que a pena tem a função de intimidar a sociedade. Por fim, segundo a teoria da prevenção especial, a pena busca intimidar o autor do crime bem como evitar a reincidência. Bittar rechaça outras formulações teóricas acerca da fundamentação do prêmio em sua obra, como a teoria das pontes preciosas, a teoria do prêmio e a teoria do merecimento da pena. Segundo a primeira, deve-se fornecer um incentivo para que o autor ajude nas investigações, e a impunidade seria essa ponte “preciosa” entre as autoridades e o investigado; entretanto, o prêmio seria apenas o motivo da delação, e não se justificaria por si mesmo. Da mesma forma critica o autor a teoria do prêmio, pois a mera existência do prêmio apenas descreveria a situação, sem explicar seu fundamento. Por fim, a teoria do merecimento da pena afirma que o delator não mereceria a pena, pois já se encontraria arrependido. A dificuldade da teoria residiria na impossibilidade de se medir objetivamente um fato como o arrependimento (BITTAR, 2011, p. 61-82).

senão o elemento prático do auxílio do colaborador com as investigações como motivador da concessão do prêmio.

Isto nos leva à conclusão de que a fundamentação para a concessão do prêmio é um enigma teórico. Na realidade, o que justificaria e explicaria a premiação é apenas a consequência prática que advém da colaboração: a suposta eficiência investigativa. Portanto, o fundamento da concessão do prêmio é a incapacidade do estado de investigar os crimes de maneira coerente e eficiente.

2.2.1 – O Processo Penal de Emergência e a Falência Investigativa

A busca do fundamento teórico da delação se demonstrou infrutífera, até mesmo diante da natureza jurídica instável do instituto, conforme já demonstrado. Entretanto, não se deve perder de vista a finalidade e o fundamento pragmático do mecanismo colaborativo. A busca pelo fundamento teórico pode levar a esforços inúteis, que são melhores aproveitados quando direcionados a entender a utilização prática da delação premiada.

Mais uma vez sob o ponto de vista da política criminal, a delação é claramente um instituto representativo do chamado “processo penal de emergência”, e isso explica a razão da enorme controvérsia e dos grandes abusos perpetrados em seu nome.

Por processo penal de emergência entendem-se todas as medidas legais que visam à satisfação imediata de um interesse punitivista da sociedade, ainda que ao arrepio dos direitos fundamentais³⁶. São todas as medidas legais que buscam a justificação dos meios através dos fins, e não o contrário. Portanto, buscam a efetividade da pena, mas não a efetividade do processo penal.

Cristiano de Oliveira Ferreira, em sua dissertação de mestrado acerca do tema, assim se refere:

O mote de um processo penal emergencial, como veremos, está atrelado à necessidade de resposta estatal a problemas desafiadores da fragmentariedade do Direito Penal e do processo constitucional. Dessa forma, o emergencialismo pode resultar em verdadeiras leis de exceção desrespeitando a Constituição (devido processo) e criando verdadeira polarização do “povo contra o inimigo” com as

³⁶ Choukr assinala, como característica do processo penal de emergência, tanto na legislação quanto na jurisdição, a derrogação de valores em face de uma suposta situação de emergencialidade, o que justificaria a adoção das medidas excepcionais (CHOUKR, 2002). Em face desta situação, destaca Ferreira o enrijecimento da legislação processual penal e o aumento desproporcional das penas cominadas (FERREIRA, 2011).

modificações das “regras do jogo”. Tais regras passam a ser intermediadas por um Processo Penal anacrônico e de forte teor inquisitorial, capaz de fundir órgão julgador e gestor da prova com a manutenção e constantes reformas de uma legislação autoritária e repressiva, que desconsidera o papel dos direitos fundamentais e do processo como garantia no Estado Democrático de Direito (FERREIRA, 2011, p. 13-14).

Portanto, as manifestações do processo penal de emergência são marcas de uma sociedade em que o medo é infundido e o estado se vê incapacitado para corresponder às expectativas de segurança. É um problema comum das sociedades contemporâneas, que buscam então mecanismos aptos a levar à punição de maneira rápida e incisiva, ao arrepio das garantias fundamentais há muito consagradas, como o devido processo legal, por exemplo.

O processo penal de emergência pode ser considerado, portanto, o correspondente processual do direito penal do inimigo. Ferrajoli conceitua a emergência como a involução do ordenamento punitivo, constituindo, portanto, um movimento retrógrado (FERRAJOLI, 2006).

A delação premiada ressurge na sociedade contemporânea como uma forma de concretizar tais anseios punitivistas, através da facilitação dos mecanismos investigativos, e é com essa finalidade que é transposta da legislação alienígena para o contexto brasileiro. Aliás, a origem norte-americana do instituto é citada pela maioria da doutrina pátria ao tratar do tema³⁷, mas o instituto está presente em diversos países, como na Alemanha, Itália e Inglaterra, por exemplo.

É neste contexto que a delação foi incorporada em nosso ordenamento através da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). E vêm se confirmando estas manifestações da sociedade do medo em diversos momentos posteriores, mesmo diante do panorama garantista consagrado na Constituição Federal de 1988.

Deve-se reconhecer o fato de a referida lei ser um reflexo legislativo da incursão das ideias do movimento *law and order* em nosso país. Bittar assim descreve essa incorporação do movimento:

Trata-se de movimento, inicialmente norte-americano, antigarantista que reclama uma reação legal, judicial e policial mais contundente contra a delinquência tradicional, desrespeitando direitos dos cidadãos. Interessante é observar a razão do crescimento dos adeptos entre nós de uma ideologia que, como observou Francisco

³⁷ O interessante é que o instituto foi copiado para a realidade brasileira sem que fossem copiadas também as garantias presentes no sistema norte-americano, conforme se demonstrará no capítulo 3, *infra*.

Assis de Toledo, vem perdendo a “guerra contra o crime”, desde a década de 20 em seu país³⁸ (BITTAR, 2011, p. 85-86).

A delação premiada faz parte deste contexto emergencial. A possibilidade de se combater a criminalidade através do uso da delação conferiu à sociedade as falsas promessas de celeridade nas investigações. Entretanto, a cultura de emergência legitima a discricionariedade dos investigadores e julgadores, que decidem conforme seu arbítrio com o fim de alcançar o que se chama de “paz social”.

Benoni Belli, ao estudar o movimento norte-americano de Tolerância Zero a partir da cidade de Nova York, apresenta esta ideologia como uma redução do crime à questão de polícia, desconsiderando fatores econômicos e sociais criminogênicos. Diante disto, há um forte aumento do policiamento e a busca de desenvolvimento de mecanismos de investigação ou resolução dos crimes (BELLI, 2003).

A implantação desta ideologia em solo brasileiro veio como uma solução mágica, no início da década de 90, para a resolução dos crimes violentos divulgados exaustivamente nos meios de comunicação. Acerca dos motivos para esta implantação, afirma Belli, que

A razão mais evidente pode ser o desconhecimento das falhas e dos “efeitos colaterais” da suposta panaceia da tolerância zero. Em meio ao clima de quase desespero, buscam-se soluções rápidas e remédios drásticos para os males que afligem a sociedade brasileira. A aparência de eficiência da tolerância zero nutre a esperança de que a tábua de salvação se encontre ao alcance da mão. A reprodução apressada do modelo de prefeito “durão” de Nova York encontra, assim, ambiente propício. A falta de conhecimento, portanto, pode derivar da busca de respostas imediatas ao clamor popular ou de uma vontade deliberada de utilizar politicamente, como arma eleitoral e populista, o discurso da cruzada sem piedade contra o crime (BELLI, 2003, p. 99),

A criação de uma legislação de crimes hediondos é mais um reflexo da ideologia de tolerância zero que, baseando-se na teoria das janelas quebradas³⁹, classifica os crimes para prever tratamentos diversos a cada um deles, de acordo com uma gravidade abstrata.

³⁸ Podem ser citadas ainda outras características deste movimento: a) a pena se justifica como um castigo; b) os chamados delitos graves deverão ser castigados severa e duradouramente; c) o âmbito da prisão provisória deve aumentar como resposta imediata ao delito; d) o regime de cumprimento da pena para os chamados delitos graves deve ser mais severo em se dar em estabelecimentos de segurança máxima.

³⁹ A teoria das janelas quebradas, proposta inicialmente por James Wilson e George Kelling em 1982, considera que a causa de surgimento dos crimes graves e violentos é uma fraca fiscalização e punição dos crimes corriqueiros. A partir do momento em que o Estado não dá punição severa e séria aos crimes mais corriqueiros e

A única forma de se evitar os crimes seria “erradicar o câncer em sua fase inicial” por meio da imposição da lei e da ordem, através de um discurso de violência, caso contrário poderá ameaçar todo o corpo social (BELLI, 2003).

Assim, este emergencialismo é capaz de institucionalizar a tortura e reforçar a inquisitorialidade e intolerância. Um exemplo é o grande incentivo à confissão e à delação, que voltam a ser instrumentos legais de eficácia penal. Diante de um estado incapacitado, a supremacia é dos instrumentos investigativos cômodos e que necessitam de menor esforço estatal.

Basta, para estes efeitos, constatar que as queixas de violência policial na cidade de Nova York entre os anos de 1994 e 1998, no auge da política emergencialista da tolerância zero, aumentaram cerca de 60% (BELLI, 2003) ⁴⁰.

Assim leciona Ferreira acerca da facilidade do instrumento colaborativo:

Sendo assim, é mais econômico e célere obter espontaneamente todo o *modus operandi* de uma organização criminosa à partir da delação de um membro *desta* organização do que desencadear uma investigação comprometida com a apuração do fatos capaz de elucidar a autoria e materialidade delitiva de todos os membros da mencionada organização (FERREIRA, 2011, p. 68).

Como se depreende do que foi exposto, o uso da delação como instrumento emergencial, é uma decorrência da falência da máquina investigativa estatal. O poder público se vê frente a frente com uma criminalidade cada vez mais organizada, e diante de uma sociedade amedrontada que demanda respostas imediatas aos crimes perpetrados. Diante desse cenário, a investigação é insuficiente e inútil, e a delação é o melhor instrumento a disposição do estado.

simples, há um incentivo indireto ao cometimento de crimes graves e violentos, face a uma descrença no poder punitivo do Estado. A metáfora com as janelas quebradas surge da crença em que, quando um edifício tem suas janelas quebradas e não as troca, nem evita que sejam depredadas, as pessoas se sentirão mais livres para continuar quebrando as janelas, levando à decadência do edifício. Assim, fácil perceber a diferenciação, aqui, entre crimes corriqueiros e graves, que merecem tratamento diverso. Tal teoria, apesar de ter exercido grande influência na política criminal do final de década de 80 e década de 90, não possui substrato empírico (BELLI, 2003).

⁴⁰ Belli contesta a suposta eficácia do modelo de tolerância zero no combate à criminalidade em Nova York. Apesar da enorme diminuição das taxas de criminalidade (cerca de 70,6%), o autor destaca que as taxas já estavam em queda havia três anos quando da implantação das medidas, bem como um movimento de queda esteve presente em todo o país, mesmo em cidades que adotaram medidas completamente diversas. É o caso, por exemplo, da cidade de San Diego, que teve uma queda nas taxas de criminalidade ainda maior (cerca de 76,4%) após a pioneira implantação de técnicas de policiamento comunitário (BELLI, 2003, p. 114-115).

Na idade média, a Igreja recorria à delação diante da dificuldade de se tomar conhecimento de todas as supostas heresias. Da mesma forma, hoje se recorre ao instrumento também pelo fato de o estado não ter condições de solucionar os crimes.

Misse destaca que, em geral, a capacidade de elucidação nos crimes graves, em especial roubo e homicídio, é muito pequena, assim como a produção de provas periciais em homicídio. Esses dados, segundo o autor, estão na contramão dos países modernos, que possuem alto grau de elucidação nestes crimes violentos (MISSE, 2010). O único instrumento, portanto, que se mostra à disposição é o auxílio do próprio criminoso.

O uso recorrente da delação é o atestado de óbito da capacidade de investigação estatal⁴¹.

E este uso é muito mais comum do que se imagina. A delação premiada saiu do âmbito da lei de crimes hediondos e se espalhou para grande parte da legislação penal especial, como se demonstrará. Diante da dificuldade do Estado em lidar com as novas atividades criminosas, a delação se tornou o principal meio de prova de nosso processo penal.

Neste sentido, afirmam Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro que a delação premiada, como já afirmado anteriormente, surgiu como uma solução para os problemas:

Está-se tornando intolerável a inoperância do Estado no combate à criminalidade, seja ela massificada, organizada ou desorganizada, conforme nos tem demonstrado as alarmantes estatísticas diariamente. Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor

⁴¹ Michel Misse, em sua pesquisa empírica acerca do inquérito policial no Brasil, conclui ser muito baixa a capacidade de elucidação do inquérito policial, principalmente nos crimes mais graves. Isso se deve, principalmente, à grande burocracia gerada pela estrutura escrita do inquérito (bem como pela instituição da “Verificação de Procedência das Informações”, uma espécie de inquérito para se instaurar o inquérito), a busca pela formalização do relatório escrito do inquérito policial e até mesmo o jogo de poderes dentro da estrutura das polícias. Além disso, os conflitos causados por uma confusa e desorganizada carreira policial (com a impossibilidade de ascensão do agente policial em sua carreira sem que precise prestar outro concurso) contribuem para uma baixa eficácia investigativa, fazendo com que a maioria dos inquéritos policiais não seja convertida nem ao menos em denúncias do Ministério Público, ficando em um “ping-pong” entre o MP e a delegacia até que se cansem e o promotor peça seu arquivamento. Para corroborar as informações, o autor apresenta dados alarmantes: cerca de 92,5% dos registros de homicídios tentados e consumados no ano de 2005 (2928 registros) na cidade do Rio de Janeiro foram enviados ao Ministério Público apenas no ano de 2009, sendo que deste número apenas 111 registros geraram denúncias, sendo que 394 registros foram arquivados e 2400 foram baixados à delegacia para novas diligências, mesmo depois de 4 anos (MISSE, 2010, págs. 79-81). Os dados apresentados na pesquisa para os casos de roubos e estelionatos, apesar de apresentarem uma taxa de elucidação levemente superior, não trazem melhor perspectiva. Mesmo no caso do Distrito Federal, que apresentou dados de elucidação de crimes de homicídio maiores do que os outros entes federados (aproximadamente 70% dos registros geraram denúncias), ainda assim os pesquisadores concluem pela inefetividade da atividade policial, já que destas denúncias apenas pouco mais de 25% dos casos geraram sentenças condenatórias (MISSE, Michel (org.) *O Inquérito Policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ; Booklink, 2010).

– atenuando a sua responsabilidade criminal – desde que delate seu comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o “traidor”, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade (BITENCOURT, MONTEIRO, 2013, p. 2014).

Além de ser uma decorrência da falência da máquina investigativa, a delação premiada contribui para o agravamento desta situação. O instituto não contribui de maneira alguma para a diversificação dos procedimentos investigatórios; pelo contrário, acomoda as autoridades na facilidade da colaboração. Choukr alerta que o fenômeno emergencial deixa suas marcas principalmente no campo probatório⁴², o que leva à involução das técnicas investigativas dos órgãos policiais e a não diversificação dos instrumentos probatórios (CHOUKR, 2002).

Este traço caminha no sentido diverso daquele que se observou no movimento tolerância zero nos EUA. Lá, a ideologia levou ao aumento do efetivo policial, bem como a uma modernização e informatização das técnicas de investigação policial (BELLI, 2003). Aqui, entretanto, há um recrudescimento investigativo.

Portanto, o que se observa é que o uso da delação premiada desestimula o desenvolvimento de novas técnicas de investigação, fazendo com que as técnicas já insuficientes não sejam desenvolvidas e aprimoradas. Há uma “acomodação investigativa” que se manifesta pelo uso reiterado da delação; afinal a facilidade do depoimento do delator é sedutora.

Entretanto, essa dependência criada pelo instituto é o seu maior perigo. É por causa desta dependência que a delação é incentivada a qualquer custo, retornando assim ao conceito de instrumento processual de emergência. Para facilitar a sua existência, são relativizadas ou excluídas as garantias processuais, tanto para o delator quanto para o delatado.

É por essa razão que não pode ser compartilhado o entendimento exposto por Frederico Valdez Pereira em sua obra. Segundo o autor, as emergências investigativas justificariam o uso de mecanismos como a delação premiada diante da incapacidade dos

⁴² “No campo processual, a matéria emergencial recai fortemente no campo probatório, sobretudo com o incremento do direito premial (supergrass, pentit, der Kronzeug, arrependidos), sem embargo da existência de seguros índices criminológicos que possam atestar a eficácia de tal medida e com todas as críticas que possam ser feitas quanto ao desvirtuamento que tal mecanismo ocasiona, por exemplo, na aplicação da pena”. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 120-128-129.

métodos tradicionais de investigação. O autor propõe a separação entre os quadros normais e as hipóteses emergenciais para nestas últimas autorizar o uso de tais mecanismos (PEREIRA, 2013). Entretanto, segundo o entendimento esposado na presente pesquisa, a emergência não pode justificar a supressão de garantias fundamentais pela simples insuficiência dos métodos tradicionais de investigação. Pelo contrário, são nestes momentos de necessidade que a máquina investigativa estatal deveria desenvolver novas técnicas não agressivas de investigação, o que é impossibilitado pela dependência gerada pelo uso da delação premiada e outros mecanismos invasivos, como a técnica da infiltração de agentes, por exemplo, que se mostram de fácil utilização.

O problema que se demonstra não está na existência do instituto em si: não há problema, *a priori*, no oferecimento de um prêmio em troca do auxílio de um acusado. O que se critica é a forma como isto vem sendo feito, desconsiderando as garantias mais básicas que levaram séculos a serem consagradas e alimentando uma perversa lógica inquisitória, tudo para a satisfação uma emergência criada por uma difusa sensação de medo social.

Em conclusão, o fundamento prático da existência da delação é a falsa necessidade de punição rápida e a qualquer custo, combinada com a falência da máquina investigativa estatal, fazendo com que o instrumento mais rápido para a compreensão de um esquema criminoso seja a colaboração do próprio acusado, ao contrário do desenvolvimento de novas técnicas menos agressivas de direitos fundamentais.

2.3 – O DEBATE SOBRE A ETICIDADE

O funcionamento da delação gera inúmeros questionamentos doutrinários do ponto de vista ético em face da utilização da colaboração do próprio acusado para a investigação dos fatos criminosos.

Desde Beccaria⁴³ até a doutrina moderna são utilizados argumentos de toda sorte para questionar a eticidade do instrumento. Alega a doutrina que o prêmio é a oficialização da traição (NUCCI, 2008) e um incentivo até mesmo à mentira. Além disso, argumenta-se que é

⁴³ Acerca da delação como legitimação da traição, afirma Beccaria: “Alguns tribunais oferecem a impunidade àquele cúmplice de delito grave que denuncie seus companheiros. Tal expediente tem seus inconvenientes e suas vantagens. Os inconvenientes são que a nação autoriza a traição, detestável mesmo entre os celerados, porque são menos fatais a uma nação os delitos de coragem que os de vileza: porque a coragem não é frequente, já que só espera uma força benéfica e diretriz que a faça concorrer ao bem público, enquanto a vileza é mais comum e contagiosa, e sempre mais se concentra em si mesma. Ademais, o tribunal revela a sua própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora a ajuda de quem a ofende” (BECCARIA, 2005, p. 124).

falta de ética estatal usar informações de um acusado como fonte de investigações, devido à suposta inconfiabilidade das informações prestadas. Por fim, sustenta parte da doutrina que aceitar a delação é estabelecer por parte do estado um “preço” para a impunidade do agente, ou seja, vender a aplicação da pena, o que seria imoral.

Neste sentido caminha a maior parte da doutrina⁴⁴.

Argumenta a doutrina que o delator intenta eximir-se ou minorar sua responsabilidade, atribuindo-a a outrem, o que atingiria a reserva ética mínima em um estado democrático de direito. Segundo Lima, utilizar-se do mecanismo atesta a falência do poder estatal ao mesmo tempo em que transmite a mensagem de que a traição é indispensável na batalha contra a criminalidade (LIMA, 2008).

Gomes trata da questão nos seguintes termos:

Colocar em lei que o traidor merece prêmio é difundir uma cultura antivalorativa. É um equívoco pedagógico enorme. Ainda que o valor perseguido seja o de combater o crime, mesmo assim constitui um preço muito alto tentar alcançar esse fim com um meio tão questionado (GOMES, 1998, p. 347).

Além disso, afirma Lima que o ato amplia a incriminação, atingindo terceiros, além da responsabilidade do próprio delator. Segundo a autora, isso equivaleria ao aniquilamento do Outro, desconsiderando qualquer conceito de ética ou de moral.

Entretanto, para esta pesquisa entende-se correto o entendimento esposado por Pacelli, no sentido de que o instituto antes seria criticável do ponto de vista criminológico e político do que do ponto de vista ético (OLIVEIRA, 2009). Assim leciona o citado autor:

Existiria uma ética afastada de quaisquer considerações morais, já que a revelação da existência do crime é a revelação da existência de uma conduta evidentemente contrária à ética e ao direito? Existiria, enfim uma ética criminosa? (...) Ocorre que não existe nenhum dever moral do associado criminoso para com o seu bando e/ou organização criminosa. O dever, quando presente, há de encontrar sua justificativa em códigos de conduta meramente individuais, particulares, sem quaisquer

⁴⁴ Defendendo a anti-eticidade do instituto, podem ser citadas as seguintes obras consultadas: NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2008; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: RT, 1998; LIMA, Camile Eltz de. *Delação premiada e Confissão: análise dos institutos a partir da fundamentação constitucional do direito penal e direito processual penal*. 27 de maio de 2008. 120 páginas. Dissertação de Mestrado. PUC-RS. Porto Alegre, 2008; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho Penal de hoy (Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva)*. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

pretensões de universalidade, dado que voltadas (as ações) exatamente para a destruição de bens e valores assegurados em lei à comunidade jurídica (OLIVEIRA, 2009, p. 714-715).

Portanto, assumir que o uso da delação viola o mínimo ético é corroborar uma falsa ética criminosa. Não pode ser reconhecido pelo estado um código de conduta inerente a uma organização criminosa.

Pelo contrário, não há dever de fidelidade entre um membro e a organização. Antes deve ser reconhecido um dever de fidelidade entre o membro da organização e a sociedade, no sentido de depor sobre os fatos delituosos de que tenha conhecimento. Aliás, nosso Código de Processo Penal consagra, em seu art. 206, o dever aplicável a todos de depor sobre os fatos delituosos de que tenham conhecimento. Obviamente, fica resguardado o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo. Apenas argumenta-se que não pode ser reconhecido um dever ético entre o delator e seus comparsas; inexistente este dever, não pode ele ser violado por um suposto retorno do delator à “legalidade”.

Afirma ainda o autor que não se trata de estabelecer preço à impunidade, pois se assim fosse não haveria razão para a existência do já citado arrependimento substancial (desistência voluntária e arrependimento eficaz), muito menos para o reconhecimento da confissão espontânea como atenuante, nos moldes do art. 65, III, d, do Código Penal (OLIVEIRA, 2009).

O mínimo ético que deve ser respeitado em um estado democrático de direito são as “regras do jogo” (BITTAR, 2011). Estas são as regras que garantem que o estado não se encaminhe por veredas autoritárias, ditando a forma como devem ser controlados os poderes estatais, em especial o direito de punir, no caso desta pesquisa. Conforme leciona Bittar:

Para nós, a parte deste conteúdo que nos interessa são as “regras do jogo” no processo penal – como, por exemplo, o devido processo legal, a inderrogabilidade da jurisdição, a ampla defesa e o contraditório e a proscrição das provas ilícitas. Analisando a delação à luz dos referidos temas, os autores chegam à conclusão de que são todos violados pelo instituto. O que nos leva à conclusão de sua não eticidade (BITTAR, 2011, p. 207).

Portanto, considerando a forma como a delação é tratada e executada em nosso ordenamento, não se chega a outra conclusão além de sua não eticidade. Entretanto, desde que cercada das devidas garantias e obedecesse às regras do jogo, não haveria violação ética

inerente ao instituto. O problema está muito mais na prática do que no instrumento colaborativo isolado e abstratamente considerado.

2.4 – A FRAGMENTAÇÃO LEGISLATIVA

A delação premiada, em nosso ordenamento, é prevista em diversos diplomas legislativos, levando ao inevitável conflito entre normas e a desorganização do sistema. Tanto Sanctis quanto Bitencourt e Monteiro citam em suas obras, exemplificativamente, mais de 10 leis que contêm disposições acerca da delação premiada (SANCTIS, 2015; BITENCOURT, MONTEIRO, 2013).

A primeira lei a introduzir o beneplácito da delação premiada em nosso país foi a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), como resultado de um movimento emergencialista já citado. Esta lei introduziu o parágrafo quarto no art. 159 do Código Penal, prevendo apenas a redução de pena para o coautor ou partícipe da extorsão mediante sequestro cometida por quadrilha ou bando que fornecesse às autoridades dados que ajudassem na libertação da vítima do sequestro.

Posteriormente, o dispositivo foi ampliado pela Lei 9.269/96, que passou a prever o benefício para os casos de concurso de agentes, eliminando a exigência da quadrilha ou bando.

O parágrafo único do art. 8º da referida lei também prevê a redução da pena de um a dois terços para o participante ou associado que denunciar a quadrilha ou bando que cometa crimes hediondos, possibilitando seu desmantelamento.

Contudo, a referida lei se restringe a isso. Não estabelece o menor procedimento para se tomar o depoimento do delator, nem estabelece requisitos claros para que a delação seja válida. Pelo contrário, limita-se a descrever requisitos vagos que podem ser interpretados de qualquer forma pelo aplicador, como a expressão “possibilitando seu desmantelamento”.

Diante das inúmeras omissões dessa primeira legislação, coube à doutrina e à jurisprudência interpretar os dispositivos e fixar o seu âmbito de aplicação (BITTAR, 2011).

Em 04 de maio de 1995, foi promulgada a primeira lei brasileira de combate ao crime organizado (Lei 9.034/95), que foi revogada pela Lei 12.850/2013, que será tratada mais abaixo. A Lei 9.034/95, voltada ao combate ao crime organizado, foi também omissa em diversos pontos, até mesmo naquilo que seria seu objetivo principal: a lei não cuidou de

definir o que entende por organização criminosa⁴⁵. De fato, não existe consenso doutrinário algum sobre o que se entenderia por criminalidade organizada, sendo a categoria inclusive contestada por parte da criminologia americana (BITTAR, 2011). Entretanto, a presença de conceituação da criminalidade organizada na legislação é comum, e serve para delimitar o âmbito de aplicação dos institutos previstos, no nosso caso, a delação premiada.

A lei previa que “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria” (art. 6º).

Apesar de já revogada, a lei serve para mostrar como persistiu a displicência por parte do legislador no trato da matéria. Mais uma vez, não foi estabelecido qualquer regramento sobre o procedimento da delação. Aqui, a situação ainda se agrava, uma vez que a lei previu a aplicação do instituto para as organizações criminosas sem nem ao menos tentar definir aquilo que entende por criminalidade organizada⁴⁶. Portanto, mais uma vez a forma e o âmbito de aplicação do instituto ficaram ao arbítrio do intérprete e do aplicador.

No mesmo ano, foi publicada a Lei 9.080/95, cujo objetivo foi inserir a previsão da delação premiada nas leis 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) e 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo). Nestas duas previsões, foram restringidos os requisitos para a delação, que não mais se aplicava apenas aos crimes graves, bem como ampliado seu âmbito de aplicação⁴⁷ (BITENCOURT, MONTEIRO, 2013). Entretanto, essas novas previsões apenas criaram dúvidas sobre qual a legislação a ser aplicável, uma vez que estava cada vez mais banalizada em nosso ordenamento a delação premiada.

⁴⁵ Hassemer busca diferenciar os crimes chamados de crimes de massa e a criminalidade organizada. De acordo com o autor, os primeiros envolveriam principalmente os crimes patrimoniais e alguns crimes violentos, como homicídios e lesões corporais. Já a criminalidade organizada compreenderia uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas, e busca delimitar o uso da expressão para descrever aquela criminalidade com um potencial gigantesco de ameaça, e existiria somente quando o braço com o qual se pretende combater os crimes seja paralisado, ou seja, quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis. (HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994).

⁴⁶ **Lei nº 9.034/95** Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

⁴⁷ **Lei nº 9.080/95** Art. 1º Ao art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, é acrescentado o seguinte parágrafo:

"Art. 25 § 2º 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 a sua pena reduzida de um a dois terços."

Art. 2º Ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único:

"Art. 16 Parágrafo único. 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 a sua pena reduzida de um a dois terços."

Conforme destaca Bittar, pode ser identificada uma contradição gritante nesta legislação. O crime previsto no art. 2º da Lei 8.137 possui pena máxima de detenção de 2 anos, sendo crime de menor potencial ofensivo. Entretanto, também a este crime é aplicada a delação premiada. O legislador não conseguiu se decidir acerca de qual é o objetivo primordial neste caso: a despenalização motivadora da classificação de crime de menor potencial ofensivo, ou a penalização, objetivo a ser alcançado com a delação premiada (BITTAR, 2011, p. 112).

A Lei 9.613/98 trouxe relevantes inovações no âmbito da delação premiada. A antiga lei de lavagem de capitais (revogada pela lei 12.683/12) foi a primeira a estabelecer como prêmios, além da redução da pena, o seu cumprimento em regime aberto, a sua substituição ou então a concessão do perdão judicial⁴⁸. Portanto, a possibilidade de prêmios foi ampliada para locais antes não visitados pela legislação premial, mas ao mesmo tempo não foi estabelecido nenhum critério para se definir os prêmios a serem concedidos em diversas hipóteses, deixando mais uma vez ao cargo do aplicador a sua definição.

Além disso, a antiga lei também previu a concessão do prêmio para os casos em que o acusado colaborasse com a localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime, ainda que não identificasse os coautores (art. 1º § 5º da Lei nº 9.613/98). Essa possibilidade levou Gomes a indicar o surgimento de uma nova figura, que o autor chamou de “confissão premiada” (GOMES, 1998, p. 343-344). Entretanto, esta é mais uma hipótese de delação premiada, como veio a ser confirmado pela legislação posterior.

Contudo, a mudança mais substancial no trato da matéria veio a ocorrer com a Lei 9.807/99, chamada de Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha. A lei veio estabelecer normas para a instituição e manutenção de programas especiais de proteção, dispondo ainda, sobre a proteção de acusado ou condenados que tenham voluntariamente colaborado com as investigações. É neste contexto que a lei vem a tratar da delação premiada, para inserir a proteção ao delator. Entretanto, a lei permitiu o alastramento do benefício para todo o direito pátrio, possibilitando o seu cabimento em qualquer crime.

Assim dispõe a lei:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário,

⁴⁸ **Lei nº 9.613/98** Art. 1º § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor 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 (Redação Original).

tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Pode-se dizer que foi através desta lei que se consolidou em nosso ordenamento a presença da delação premiada, inclusive se expandindo, pela primeira vez, a possibilidade de uso da delação para quaisquer crimes (LIMA, 2013). Todavia, também com ela foram semeadas as maiores dúvidas acerca da sua aplicação. Não se sabe, por exemplo, se tal lei se aplica em todos os casos ou apenas naqueles casos que não foram regulados pelas leis anteriores. Tampouco se sabe o alcance do benefício do perdão judicial, uma vez que este não foi previsto em todas as legislações sobre o tema.

Dois anos depois, a delação continuou se alastrando, passando a ser previsto o chamado “acordo de leniência” pela Lei 10.149/00, que também previa a possibilidade de extinção da punibilidade⁴⁹.

Também é notável a inclusão da delação premiada na Lei de Drogas (art. 41 da Lei 11.343/06), pois esta lei entra em choque com o texto da Lei 9.807/98. A Lei de Drogas é clara ao prever apenas a possibilidade de redução da pena como prêmio ao delator. Entretanto, a lei anterior previu hipóteses mais amplas, como a possibilidade de perdão judicial, evidentemente mais favorável ao acusado. Qual dos dois dispositivos deve prevalecer? Será que a lei de drogas pode ser considerada uma lei especial e sua restrição ao prêmio deve prevalecer sobre a previsão genérica da lei anterior? Por óbvio, diante do comando constitucional de irretroatividade da lei penal menos benéfica (art. 5º, XL da Constituição Federal), e considerando que as previsões da lei 9.807/99 não foram revogadas, deve ser aplicado o perdão judicial também para os crimes previstos na Lei 11.343/06.

⁴⁹ O acordo de leniência foi inserido pela Lei nº 10.149/00 no art. 35-B da Lei nº 8.884/94. O próprio *caput* já prevê a “extinção da ação punitiva” em caso de celebração do acordo de leniência (SALOMI, 2012).

Por fim, a última lei que deve ser citada neste retrospecto é a Lei 12.850/13, a lei de combate ao crime organizado. Primeiramente, cumpre ressaltar que a lei corrige a omissão da legislação anterior, buscando definir organização criminosa logo em seu início⁵⁰. Da mesma forma, a lei traz uma extensa regulação da delação premiada entre os artigos 4º e 7º, merecendo méritos o legislador pela tentativa de regular a selva legislativa em que se encontra o instituto. Sem dúvida, é a regulamentação mais ampla que se tem acerca da colaboração premiada em nosso ordenamento.

A lei prevê, em seu artigo 4º, que podem ser concedidos como prêmios ao delator o perdão judicial, a redução da pena em até dois terços e a substituição da pena. Além disso, prevê uma série de resultados da colaboração que podem justificar a concessão do prêmio, além da simples identificação dos coautores. Assim, a colaboração pode se dar através de diversos meios: revelação da estrutura e da divisão de tarefas da organização criminosa, prevenção de infrações decorrentes das atividades da organização, recuperação total ou parcial do produto do crime ou localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

Além disso, a lei prevê um esboço de procedimento a ser seguido para a tomada das declarações do delator. Sendo assim, a lei prevê a necessidade da presença do advogado do delator nos depoimentos (art. 4º, § 15), a necessidade de homologação do acordo (art. 7º) e a ilegalidade da influência do juiz das negociações entre as partes (art 4º, § 6º).

Apesar dos evidentes avanços, a legislação apresenta também problemas gritantes que merecem reparação, como se demonstrará mais adiante. Podem ser citados, como exemplos, a consagração do sigilo e da escritura, sem a necessidade expressa de confirmação das informações perante o juiz (art. 7º), bem como a necessidade da avaliação das circunstâncias judiciais para se definir o prêmio a ser concedido (art. 4º, § 1º).

Outrossim, tal legislação é aplicável, em tese, aos casos de criminalidade organizada, como a lei deixa claro em seu dispositivo, e não a todos os crimes. Entretanto, como já visto, a delação é admitida em nosso ordenamento para todo e qualquer crime cometido por mais de um agente (arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99), o que nos leva a conclusão

⁵⁰ Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

de que, caso não se aplique supletivamente o parco procedimento previsto na Lei nº 12.850/13, a maior parte dos casos de delação encontrar-se-á sem procedimento estabelecido.

Apesar do procedimento previsto nesta última lei citada, não existe um procedimento previsto como regra geral. Pelo contrário, cada lei estabelece requisitos diversos para a validade da delação, e também não há uma uniformização com relação aos prêmios a serem concedidos (como exemplo pode ser citada a confusão criada pelo art. 41 da Lei 11.343/06, conforma já debatido).

O que se pretendeu neste tópico não foi uma análise profunda dos dispositivos legais, até por ser a grande maioria deles repetitiva. O que se pretendeu demonstrar é a forma descuidada com que o legislador vem cuidando da matéria, com leis esparsas e desconexas, que por vezes são contrárias entre si⁵¹.

Portanto, a legislação premial brasileira encontra-se lamentavelmente fragmentada, de uma forma que prejudica imensamente os envolvidos na delação. Os problemas práticos gerados por essa fragmentação são de duas ordens: a sucessão das leis e a dificuldade de compreensão do instituto devido aos diversos tratamentos a ele dispensados pelas supracitadas leis.

Primeiramente, a sucessão entre as leis é extremamente problemática, como destaca Bittar:

As dificuldades começam quando o parágrafo 5º do art. 1º da Lei 9.613/98 amplia os benefícios para o corréu colaborador: a) redução de um a dois terços da pena, com regime inicial aberto; b) perdão judicial; ou c) substituição por pena restritiva de direitos. Com a promulgação da Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99), trazendo nova hipótese de delação premiada, sem delimitar o seu âmbito de aplicação, a formulação de outras questões é inevitável. Os arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 estenderam a delação premiada para qualquer crime? Se o art. 13 da Lei 9.807/99 e o art. 1º, § 5º da Lei 9.613/98 admitem o perdão judicial, qual dessas normas prevalecerá? Quais são as normas aplicáveis às hipóteses de delação premiada no caso concreto? Qual o critério que se utilizará para a escolha do benefício? Por ser norma mais favorável ao réu estender-se-ia a toda e qualquer hipótese prevista nos diversos diplomas repressivos penais pátrios? (BITTAR, 2011, p. 146-147).

⁵¹ Como no caso da divergência acerca dos os prêmios a serem concedidos, entre as leis 9.807/98 e 11.343/06, já citadas.

Para que possa ser resolvido o problema das leis no tempo, devem ser usados necessariamente os critérios constitucionais: irretroatividade da lei penal mais severa e retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL da Constituição Federal).

Por este critério básico, entende-se que os prêmios mais benéficos estabelecidos pelas Leis 9.613/98 e 9.807/99 deveriam retroagir para atingir todos os casos anteriores. Da mesma forma, a situação menos benéfica estabelecida pelo art. 41 da Lei 11.343/06 (possibilidade apenas de redução da pena como prêmio ao delator) não poderia retroagir (BITTAR, 2011).

Da mesma forma, entende-se que o art. 41 da Lei 11.343/06 não pode ter aplicação prática, uma vez que uma norma mais favorável encontra-se em plena vigência. Portanto, o que se defende é que em todos os casos pode ser aplicado o perdão judicial, já que a Lei de Drogas não revogou os dispositivos da Lei 9.807/99. Neste sentido, há decisão do Supremo Tribunal Federal admitindo a aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.807/99 para os casos de tráfico de entorpecentes⁵².

Apesar de entender esta pesquisa que os benefícios previstos na Lei 9.807/99 devem ser aplicados até mesmo para os crimes tipificados na Lei 11.343/06, este exemplo serve para demonstrar como é problemática a sucessão da legislação premial. E todo esse problema deriva do descuido do legislador ordinário ao tratar da matéria.

O segundo problema gerado, como consequência do primeiro, é a dificuldade das partes de conhecerem as normas aplicáveis à sua situação. Como já demonstrado, existe uma plethora de normas sobre o mesmo assunto, que forma uma “bagunça” legislativa.

Como dito, cada lei traz requisitos próprios e prêmios diversos para os casos por ela tratados, e a sucessão entre tais leis é extremamente controversa. Isso obviamente prejudica o conhecimento das partes da lei aplicável a seu caso. O delator não consegue ter certeza de qual prêmio pode receber, e o delatado não sabe quais são os exatos requisitos de

⁵² Tal entendimento pode ser extraído, por exemplo, do HC 109043, em que, apesar de não aplicar a Lei nº 9.807/99 por se tratar de *habeas corpus*, via que não admite dilação probatória, o tribunal admite a possibilidade de aplicação do art. 14 da Lei 9.807/99. Outrossim, tal entendimento pode também ser extraído do acórdão proferido no AgRg no AI 820480/RJ, nos seguintes termos: “Delação premiada. Perdão judicial. Embora não caracterizada objetivamente a delação premiada, até mesmo porque a reconhecida preciosa colaboração da ré não foi assim tão eficaz, não permitindo a plena identificação dos autores e partícipes dos delitos apurados nestes volumosos autos, restando vários deles ainda nas sombras do anonimato ou de referências vagas, como apelidos e descrição física, a autorizar o perdão judicial, **incide a causa de redução da pena do art. 14 da Lei nº 9.807/99, sendo irrelevantes a hediondez do crime de tráfico de entorpecentes** e a retratação da ré em Juízo, que em nada prejudicou os trabalhos investigatórios.”. Portanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, perfeitamente aplicáveis os dispositivos da Lei nº 9.807/99 aos crimes previstos na Lei de Drogas.

validade da delação que lhe incriminou. Essa indefinição abre amplo espaço para manipulação de informações e indução em um ou outro sentido.

Portanto, essa indefinição legal é mais um elemento que dificulta a defesa tanto do delator quanto do delatado. A fragmentação legislativa, na prática, dificulta o conhecimento da lei pelas partes, que podem se ver mergulhados em uma grande quantidade de leis que não lhes fazem sentido algum. Com isso, seu direito de defesa é dificultado, por uma circunstância de política legislativa.

A solução para este problema seria a consolidação da delação premiada em poucos diplomas legais (quicá apenas um), ou então um trabalho mais intenso da jurisprudência no sentido de unificar os procedimentos e os prêmios em torno de uma regra geral, que poderia ser a Lei de Crime Organizado (Lei 12.850/13), com a ressalva de diversos dispositivos. O que não pode ser mantido é o caos legislativo existente, atingindo a proliferação níveis de vulgaridade (BITENCOURT, MONTEIRO, 2013).

2.5 – OS DIREITOS DO DELATOR

Quando se afirma, como centro desta pesquisa, que a delação premiada forma, no contexto brasileiro, um microssistema inquisitório, isso implica ir além da organização e da justificativa do sistema. Implica também demonstrar que, do ponto de vista do delator e do delatado, ainda persistem as características inquisitórias, ou pelo menos o seu núcleo fundante.

Como se defende nesta pesquisa, o núcleo fundante da Inquisição, do ponto de vista dos acusados, é a ausência de defesa. Neste sentido, para se demonstrar o defendido neste estudo, cumpre demonstrar que, do ponto de vista das partes envolvidas, o regulamento da delação implica uma negação de seu direito de defesa.

O direito de defesa, que compreende a ampla defesa e o contraditório, pode se manifestar tanto sob a forma simples de defesa, quanto através de institutos deles derivados, em especial as garantias processuais, que existem para concretizar a possibilidade de defesa no interior de um procedimento.

Assim, para se demonstrar, na presente pesquisa, a violação ao direito de defesa do delator e do delatado, cabe demonstrar de que forma é negado o direito à ampla defesa e ao

contraditório⁵³. Entretanto, é necessário demonstrar como são ineficazes ou inexistentes as garantias processuais dentro do sistema, como materializações procedimentais do direito de defesa.

Convém agora destacar algumas das principais controvérsias envolvendo os direitos do delator, e, em seguida, os direitos do delatado. Sob o ponto de vista do delator, a pesquisa irá destacar os pontos em que é negado o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como a ineficácia das garantias processuais, em especial o procedimento.

2.5.1 – Os Requisitos de Validade da Delação

É importante que se estabeleça os requisitos para que a delação seja considerada válida. Os principais requisitos apontados pela doutrina são: a confissão do delator, a renúncia ao direito ao silêncio, a voluntariedade, a colaboração com as investigações e algum dos resultados previstos em lei. Convém para esta pesquisa analisar a pertinência de cada um destes requisitos, bem como as principais controvérsias geradas por sua exigência.

2.5.1.1 – A Exigência da Confissão

A confissão é apontada pela doutrina como o primeiro e mais simples requisito de validade da delação. Segundo este raciocínio, não poderia o acusado ou investigado fazer uso

⁵³ O princípio do contraditório, tradicionalmente, é a garantia da participação no processo para permitir a contribuição de todas as partes na formação do convencimento do juiz; assim, a resposta à acusação seria um exemplo clássico de efetivação do contraditório. Entretanto, destaca Pacelli que a partir da doutrina de Elio Fazzalari a garantia vem sendo reformulada para incluir também a exigência de *paridade de armas* entre as partes do processo, como forma de efetivar a igualdade processual (OLIVEIRA, 2011). Sendo assim, sob esta nova ótica, não basta a mera oportunidade de resposta, mas exige-se a possibilidade de que a resposta se realize na mesma intensidade e extensão. O autor destaca, ainda, que a inobservância do contraditório com relação à defesa produz nulidade absoluta, enquanto que a acusação deve alegar a violação sob pena de preclusão, constituindo, portanto, nulidade relativa (OLIVEIRA, 2011). Lopes Jr. relaciona, ainda, a observância do contraditório com a parcialidade do juízo, pois o magistrado não pode ser imparcial se não ouvir todas as partes. Ainda, o contraditório impõe deveres ao próprio juiz, como a necessidade de que responda adequadamente às petições e requerimentos das partes e evite as atuações de ofício e surpresas (LOPES JR., 2012). Já a ampla defesa, para Pacelli, vai além do contraditório, pois exige a realização efetiva da participação do acusado, sob pena de nulidade, e pode ser exercida através da autodefesa e da defesa técnica por qualquer meio de prova hábil a demonstra a inocência, ainda que obtido ilicitamente (OLIVEIRA, 2011). Segundo Lopes Jr., a indisponibilidade da defesa técnica se justifica por ser esse o instrumento que visa equilibrar a desigualdade entre acusado e Ministério Público, enquanto a autodefesa seria plenamente renunciável (LOPES JR., 2012). A ampla defesa envolve, ainda, a defesa negativa, descrita pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. Segundo a defesa negativa, garante-se ao acusado o direito ao silêncio e o direito de não produzir provas contra si mesmo sem que lhe resulte qualquer prejuízo por tal inação (LOPES JR., 2012).

do instituto colaborativo sem que confessasse a própria participação no crime e admitisse sua culpa.

Bittar explica a razão da precedência lógica da confissão sobre a delação:

Outro dado extremamente relevante é que a confissão do colaborador não pode deixar de ser considerada como pressuposto lógico da delação premiada. Se um réu está disposto a pleitear redução ou liberação da pena é porque está admitindo sua culpa, pois quem nega os fatos pleiteia absolvição (BITTAR, 2011, p. 159).

Se a confissão é requisito lógico da delação, todas as cautelas desse meio de prova devem também ser aplicadas à colaboração. Assim, a confissão do delator deve ser corroborada pelos outros meios de prova presentes no processo, e a confissão realizada em fase investigativa não terá valor se não for confirmada durante o contraditório judicial⁵⁴.

Vale lembrar que a confissão é o maior reduto de arbitrariedades do processo penal, conforme descrito no capítulo 1, razão pela qual deve ser cercada das formalidades descritas.

Entretanto, apesar desta profunda relação lógica descrita pela doutrina, a confissão é expressamente estabelecida como requisito apenas no § 2º do art. 25 da lei 7.492/86⁵⁵ e no art. 16, parágrafo único da Lei 8.137/90⁵⁶, não tendo sido repetida expressamente a exigência nas legislações posteriores.

O questionamento que se poderia fazer é se realmente existe essa dependência lógica entre a colaboração e a confissão, só podendo haver a primeira quando houver a segunda. Será que o investigado não pode simplesmente resolver colaborar com as investigações sem necessariamente admitir a sua culpa?

Vale lembrar que a exigência da confissão como requisito pode ampliar ainda mais os espaços de arbítrio dentro do procedimento, e a sua busca a qualquer custo é uma característica básica do sistema inquisitório.

No sistema norte-americano da *plea bargain*, como se verá no capítulo seguinte, alguns estados admitem a chamada *Alford Guilty Plea*, em que o acusado pode firmar acordo

⁵⁴ Aliás, todos os elementos advindos da delação devem ser confirmados judicialmente para serem usados como meio de prova, conforme será tratado no tópico 2.6, *infra*.

⁵⁵ Art. 25. § 2º 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 a sua pena reduzida de um a dois terços.

⁵⁶ Art. 16. Parágrafo único. 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 a sua pena reduzida de um a dois terços.

com o órgão acusador sem necessariamente se valer da confissão, ainda mais sabendo da imensa inutilidade da confissão enquanto prova plena em seu sistema.

Entretanto, essa questão será mais bem debatida no capítulo seguinte.

2.5.1.2 – Renúncia ao Direito ao Silêncio

Fato incontestável é que o acordo de delação premiada bate de frente com os postulados do direito ao silêncio e de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Inevitavelmente, quando o delator firma o acordo, ele será conduzido a fornecer informações úteis às autoridades, que podem inclusive prejudicá-lo. Em razão disso é que se diz que o delator renuncia ao seu direito ao silêncio a partir do momento em que faz o acordo.

Esse entendimento foi acolhido pela Lei 12.850/13, no § 14 do art. 4º: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Entretanto, deve-se ter muito cuidado ao simplesmente afirmar que o delator deve renunciar ao seu direito ao silêncio. O silêncio é um direito fundamental (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal) e, apesar de ser considerada por parte da doutrina como uma garantia renunciável (LOPES JR., 2012), por fazer parte da autodefesa, tal renúncia deve ser cercada de todas as cautelas possíveis, de forma a se evitar a renúncia genérica à garantia.

Ferrajoli já afirma que o direito a não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo é a primeira máxima do garantismo penal, e seus corolários são: a proibição da tortura espiritual, o direito ao silêncio, a proibição de obter a confissão com violência, a negação do papel decisivo das confissões e o direito do imputado de ser assistido por advogado em seu interrogatório (FERRAJOLI, 2011).

Afirmar que o delator renuncia o seu direito ao silêncio ao firmar o acordo de delação, como faz a lei, abre espaço para todo o tipo de arbitrariedade. Se o delator renunciou ao seu direito, nada impediria a autoridade de forçá-lo a dispor informações que de outra forma este não revelaria.

Se não há mais direito ao silêncio por renúncia do próprio delator, poderia se entender que este estaria obrigado por lei a revelar às autoridades toda e qualquer informação que tiver. Nenhum esforço hermenêutico pode compatibilizar um raciocínio como esse com o postulado constitucional do direito ao silêncio.

O que se entende nesta pesquisa é que a renúncia não vem da simples assinatura do acordo, mas da própria revelação de informações específicas. A partir do momento em que o delator revela determinada informação, pode-se entender que renunciou de seu direito ao silêncio em relação a isso, e a mais nada.

Não pode existir uma renúncia genérica do direito ao silêncio como requisito para a delação, conforme pensamento já exposto. Cabe ao próprio delator decidir quais informações ele vai utilizar para auxiliar as autoridades.

É óbvio que o delator deve ter em mente que seu prêmio será de acordo com a importância das informações prestadas. Entretanto, cabe a ele decidir as informações que revelará sabendo que seu prêmio dependerá disso. Se ele resolver por revelar poucas informações, o faz consciente de que o seu prêmio será menor. Entretanto, não pode a autoridade impor uma renúncia genérica como condição da validade do acordo.

Aliás, uma renúncia como essa impõe uma grande tortura psíquica para o delator, que se vê compelido a revelar cada vez mais informações, como se nada fosse suficiente. A incapacidade de investigação do estado “justifica” esse “peso da verdade” que se coloca sobre os ombros do delator, que se vê na obrigação de renunciar aos seus direitos para dispor de todas as informações que tiver, caso contrário não terá direito ao prêmio.

Portanto, devem ser estabelecidas todas as garantias ao delator de que seu prêmio será concedido, caso contrário sua “renúncia”, ainda que acerca de informações específicas, terá sido em vão, conforme destaca Pereira:

A natureza do benefício – técnica investigativa e prêmio ao imputado colaborador, não admite sua utilização apenas como elemento probatório contra o arrependido. A renúncia do acusado ao seu direito constitucional ao silêncio está condicionada à concessão do benefício da colaboração premiada, portanto, passa a ser requisito de validade dessa renúncia da garantia constitucional de não autoincriminação que se configure o benefício no âmbito da sanção penal, sem o que o colaborador não teria nenhuma garantia de que suas revelações não poderiam vir a ser utilizadas somente em seu prejuízo (PEREIRA, 2014, p. 139).

Em razão disso, se defende nesta pesquisa que a renúncia ao direito ao silêncio, consignada em lei, só pode ser compatibilizada com o texto constitucional na medida em que se entenda que a renúncia é específica para cada informação prestada, mantendo para o delator a faculdade de escolher as informações que irá revelar.

2.5.1.3 – Voluntariedade, Espontaneidade e Integridade do Delator

Sem dúvida, um dos requisitos mais importantes para a validade da delação é a voluntariedade do acordo. É, também, um dos requisitos mais subestimados, pois parece haver, inexplicavelmente, uma presunção de voluntariedade nos acordos, o que muitas vezes não ocorre da forma como se pensa.

Primeiramente, cumpre diferenciar a voluntariedade, necessária para o acordo, da espontaneidade. A palavra espontaneidade relaciona-se com o surgimento da ideia de fazer um acordo. Para que o acordo pudesse ser considerado espontâneo, a iniciativa da colaboração deveria surgir do próprio colaborador, e se a proposta fosse do Ministério Público já não mais seria espontâneo.

Até a Lei 9.613/98 (antiga lei de lavagem de dinheiro), eram utilizados os termos “espontâneo” ou “espontaneamente” para se referir ao acordo⁵⁷. Entretanto, a partir da Lei 9.807/99 passou a ser exigida a voluntariedade da delação (arts. 13 e 14).

Aliás, a voluntariedade parece muito mais adequada do que se exigir a espontaneidade do delator. Primeiramente, a espontaneidade retirava a eficácia da medida, pois raramente o delator irá propor ele mesmo um acordo. Em segundo lugar, porque não importa para a delação premiada a vontade do delator; tudo o que importa é a prestação da colaboração com as investigações de forma voluntária, ou seja, não forçada.

Aliás, negar o benefício ao colaborador apenas pelo fato de ter sido o acordo proposto pelo Ministério Público seria sistematizar uma deslealdade por parte do estado, uma vez que as informações teriam ajudado as investigações, mas não se concederia o prêmio.

Portanto, conforme a escolha da lei, a colaboração deve ser voluntária, mas não é necessário que seja espontânea. A voluntariedade deriva da constatação de que a colaboração foi desejada também pelo colaborador, ou seja, não foi forçada (PEREIRA, 2013).

E isso não é algo de tão fácil constatação. A delação pode ser obtida pelas autoridades através de diversas formas de tortura, diversas da física, cuja constatação material pode se tornar extremamente difícil.

Como já afirmado no tópico anterior, a própria exigência de renúncia ao direito ao silêncio constitui forma de tortura psíquica ao delator. É através deste meio que as autoridades

⁵⁷ É nestes termos a previsão do instituto no § 5º do art. 1º da Lei nº 9.613/98, tanto na redação original quanto na redação dada pela Lei nº 12.683/12. Entretanto, o requisito da espontaneidade também estava claro nas disposições da Lei nº 9.080/95, que incluiu a delação premiada na Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro) e na Lei nº 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo).

buscam conseguir cada vez mais informações, não estando satisfeitas com as já existentes. Assim como na Inquisição, exposta no primeiro capítulo, o acusado já não tinha mais nada a perder, aqui também, a partir do momento em que renuncia aos seus direitos em nome do cumprimento de um dever cívico de auxílio, o delator não possui mais nada. Ele se encontra despido de seus direitos fundamentais e se torna apenas mais uma fonte de prova na mão de um Inquisidor.

Em razão de todos estes perigos, o cuidado com a comprovação da integridade física e psíquica do delator deve ser cada vez maior, pois, caso não fique provada a voluntariedade do acordo, este será, por óbvio, nulo. Entende-se, nesta pesquisa, que cabe à autoridade que pretende fazer uso das informações prestadas a comprovação de que o acordo foi voluntário.

Em razão da gritante vulnerabilidade do delator frente às autoridades se justifica a inversão do ônus da prova da voluntariedade. Não se pode faticamente exigir do delator que prova que seu acordo não foi voluntário, mas se pode exigir que a autoridade implemente medidas de garantia da vontade do colaborador e use tais medidas como prova da voluntariedade (BITTAR, 2011).

Além disso, a atuação do juiz homologador do acordo se faz ainda mais importante, uma vez que este não pode homologar caso não fique provado que o acordo foi feito de maneira voluntária. Em razão disso, deve ser utilizado o instrumento previsto no § 13 do art. 4º da Lei 12.850/13 sobre a gravação dos atos da colaboração⁵⁸. Apesar de não ser o melhor meio para se averiguar a voluntariedade do acordo, até mesmo por sua parcialidade e facilidade de adulteração, é o meio mais adequado considerando-se o atual estágio de desenvolvimento de nossa legislação premial, desde que tomadas as devidas cautelas.

Outro instrumento à disposição do juiz é a faculdade de ouvir o colaborador em sigilo para se manifestar acerca da voluntariedade das declarações prestadas. Apesar de esta pesquisa se posicionar contra as formas secretas existentes em nosso processo penal, entende-se que este sigilo é adequado para se garantir que o delator não se sinta constrangido com a presença das autoridades, desde que seja feita com a presença de seus advogados.

Entretanto, estes instrumentos não são suficientes para se garantir a eficácia da exigência da voluntariedade. Mais eficaz é o instrumento da inversão probatória em favor do delator, ou seja, atribuir ao Ministério Público o ônus de provar a voluntariedade das

⁵⁸ Art. 4º § 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

declarações do delator.. Ainda assim, quaisquer instrumentos que estejam a disposição do magistrado devem ser usados para se verificar a real voluntariedade do acordo, caso contrário, mais uma vez os espaços se abrem à arbitrariedade e à tortura física e psicológica que, como se sabe, caminham lado a lado com a busca pela confissão.

2.5.1.4 – Colaboração Efetiva com as Investigações

Outro requisito essencial para a existência da delação é a colaboração efetiva com as investigações. Isso equivale a dizer que o delator não será apenas mais uma testemunha no processo instaurado contra os delatados, conforme afirmado por Renato Brasileiro de Lima:

Não basta, pois, a mera confissão acerca da prática delituosa. Essa confissão deve vir acompanhada do fornecimento de informações que sejam objetivamente eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas ou da trama delituosa. Por força da colaboração, portanto, deve ter sido possível a obtenção de algum resultado prático positivo, resultado este que não teria sido alcançado sem as declarações do colaborador (LIMA, 2013, p. 760).

Este requisito nos leva a dois debates principais, que são alvos de grandes equívocos na doutrina e na legislação: a eficácia da colaboração e o alcance das informações que devem ser prestadas.

O primeiro debate diz respeito ao efeito que deve ser gerado pelas informações prestadas pelo colaborador. Não há dúvidas de que a colaboração deve ser efetiva, no sentido de que o agente deve tirar dúvidas acerca das informações prestadas e apresentar elementos que corroborem as afirmações feitas, inclusive para evitar falsas acusações apenas com o objetivo de obter o prêmio. Entretanto, quando se fala em eficácia da colaboração, a ênfase é colocada nos efeitos das informações, como a eventual condenação dos delatados, por exemplo.

A primeira conclusão a que se chega é de que não pode ser colocada a eficácia da colaboração como seu requisito, uma vez que isso seria condicionar a concessão do benefício a uma atitude estatal de utilização das informações prestadas (BITTAR, 2011). Levado ao absurdo, poderia se chegar à hipótese em que a autoridade responsável obteria as informações,

as utilizaria, mas afirmaria perante o magistrado que obteve as informações através de outra fonte, negando a concessão do prêmio⁵⁹.

Conforme destacado por Pereira (2013), pode ainda haver a hipótese em que as informações são utilizadas apenas em fase investigativa, não sendo confirmadas em juízo e, conseqüentemente, não podendo ser utilizadas como prova contra os delatados^{60 61}.

Entretanto, apesar da doutrina caminhar neste sentido, a legislação caminha no sentido oposto, condicionando o prêmio aos efeitos práticos da delação em diversos momentos. O curioso é que a doutrina citada (PEREIRA, 2013; BITTAR, 2011, SANCTIS, 2015) não tece comentários acerca dessa confusão legislativa, ignorando tais exigências práticas para a configuração da delação como se não existissem.

Dentre os resultados práticos que são estabelecidos pela legislação como requisitos para a delação, podem ser citados os seguintes: a prevenção das infrações penais da organização criminosa ou a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

O primeiro é estabelecido pelo inciso III do art. 4º da Lei 12.850/13, e requer que as informações reveladas levem à prevenção das infrações penais da organização criminosa. Claramente, é um dispositivo que submete a delação à eficácia da máquina repressiva estatal. Caso o aparato policial, mesmo com todas as informações prestadas, não previna as infrações a tempo, o dispositivo dá azo a que não se conceda o prêmio ao delator, em uma clara manifestação da deslealdade marcante do sistema inquisitório.

O mesmo ocorre com a exigência da localização da vítima com a integridade física preservada, exigida tanto pelo inciso V do art. 4º da Lei 12.850/13, quanto pelos artigos 13, II e 14 da Lei 9.807/99. Pelas mesmas razões, é desconsiderada a colaboração do agente, e a possibilidade de se obter o prêmio recai novamente sobre a eficiência da máquina repressiva estatal, de falência comprovada.

⁵⁹ Além disso, não seria surpreendente, diante da inegável falência do poder investigativo estatal, que, mesmo com as informações prestadas pelo colaborador, não fosse possível a obtenção de outros elementos de prova contra os delatados, levando à sua absolvição.

⁶⁰ Assim afirma o autor: “(...) não se pode pretender condicionar o reconhecimento dos benefícios da colaboração processual ao resultado efetivo da condenação de coautores ou partícipes, ou apreensão do produto do crime. Do contrário, o agente colaborador não teria garantias mínimas para manifestar a conduta ativa de revelação, ficando sempre na condicionante de elementos externos futuros, que não poderiam ser assegurados no momento da sua contratação” (PEREIRA, 2014, p. 137). Em outro momento, afirma o autor que “as revelações do indiciado poderiam não estar destinadas a fazer prova no processo, mas, sim, a contribuir, de qualquer modo, aos interesses investigativos, como uma espécie de técnica de inteligência policial ou meio de investigação” (PEREIRA, 2014, p. 127-128), hipótese esta que demonstra a impossibilidade de se exigir a condenação dos delatados como requisito para a concessão do prêmio.

⁶¹ Acerca do valor probatório da delação, consultar o ponto 2.6.3, *infra*.

Curioso é o fato de a doutrina criticar uma eventual opção pela eficácia da colaboração, ao mesmo tempo em que não reconhece o evidente abuso consagrado em tais dispositivos⁶².

O segundo debate gerado diz respeito ao alcance das informações que devem ser prestadas. Inicialmente, cumpre destacar que a colaboração premiada não envolve apenas a identificação de outros coautores ou partícipes, uma vez que as leis esparsas sobre o tema autorizam o fornecimento de diversas informações aptas a configurar o benefício. Sendo assim, nos termos da Lei 9.807/99, as informações que são relevantes para configurar o benefício são: a identificação dos coautores ou partícipes, a localização da vítima com a integridade física preservada ou a recuperação total ou parcial do produto do crime. Além disso, para o caso específico das organizações criminosas, a Lei 12.850/13 autoriza que as informações fornecidas digam respeito também à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização ou à prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização.

Portanto, a colaboração não se restringe à identificação dos coautores e partícipes (delação), mas pode envolver a revelação de informações diversas à autoridade que sejam úteis à investigação.

Entretanto, é objeto de debate o alcance das informações que devem ser fornecidas. Será que o delator precisa identificar absolutamente todos os coautores para fazer jus ao prêmio? Será que precisa indicar toda a estrutura hierárquica da organização? Ou qualquer informação fornecida já configura a colaboração premiada?

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que não são quaisquer informações prestadas que dão direito ao benefício: é necessário que as informações sejam úteis às investigações (LIMA, 2013, p. 761). Se o delator apenas fornecer informações que em nada interferem nas investigações, ou então que já eram, comprovadamente, de conhecimento das autoridades no momento, não pode ser concedido o prêmio, uma vez que não configurado o instituto.

Por outro lado, não é razoável exigir que o delator forneça todas as informações sobre o caso, ou que revele a identidade de todos os coautores. Como já explicado, cabe ao delator decidir o que irá revelar e ter seu prêmio concedido na medida das informações. Exigir

⁶² Bittar critica firmemente em sua obra o requisito da eficácia da colaboração, ao afirmar que “a concessão ou não do benefício não pode ficar à mercê da atuação estatal, pois o delator, no seio do procedimento persecutório penal, ao aceitar a condição de “colaborador”, réu premiado, delator premiado, etc., fica em evidente posição de vulnerabilidade” (BITTAR, 2011, p. 162). Entretanto, nenhum dos autores citados que criticam uma submissão da delação à condenação dos delatados se refere a essas opções legislativas que preferem o resultado à colaboração em si. Na realidade, os autores não perceberam que as duas exigências, submeter o prêmio à condenação do delatado ou à localização da vítima com vida, pecam pelos mesmos motivos.

a revelação de todas as informações para a configuração da delação nada mais é do que um reflexo da necessidade de renúncia ao direito ao silêncio, já explicitado acima.

Observe-se o que afirma Bittar acerca do assunto:

A delação premiada implica sempre colaboração com as autoridades. Porém, essa não exige que o resultado alcançado seja total. (...) Seria um contrassenso limitar a concessão da redução ou isenção da pena somente aos casos em que o agente fornecesse todos os dados necessários (e não apenas uma parte), pois, no caso concreto, tais elementos, ainda que parciais, podem ser importantes para o procedimento persecutório (precisamente uma das justificativas para que o estado conceda o amplo benefício da redução da pena ao infrator). (BITTAR, 2011, p. 155-156).

Não se pode concordar com uma postura que exija a revelação de todas as informações e a identificação de todos os coautores, pelo mesmo motivo já exposto com relação ao direito ao silêncio⁶³. Tanto é assim que a própria Lei de Crime Organizado não exige que o delator faça parte da organização, o que restringiria a extensão das informações a serem prestadas.

Ainda se mostra deveras comum que se exija do delator, como demonstrativo de sua disposição em colaborar, a entrega de doações ou indenizações voluntárias como parte de suas obrigações dentro do acordo (SANCTIS, 2015).

Sendo assim, estabelece-se como obrigação do colaborador que, além de colaborar nas investigações, realize doações se torne, repentinamente, um filantropo. Exige-se o retorno à legalidade, e a forma que os órgãos acusatórios encontram para verificar este retorno é condicionar a concessão do prêmio à realização de doações, especialmente nos casos de criminalidade organizada e lavagem de dinheiro. Assim afirma Sanctis em sua obra:

As entregas ou indenizações voluntárias nos casos de delação premiada têm sido fator de evidente concretização de ato de responsabilidade social, ou mesmo de justiça social, quando os recursos são destinados diretamente a entidades filantrópicas e/ou culturais. (...) Há quase sempre necessidade da entrega de valores a título de indenização ou doação voluntária, ou mesmo recuperação do produto do crime (SANCTIS, 2015, p.191).

⁶³ Bittar, contraditoriamente, afirma que “não cabe ao delator escolher os pontos em que aceitará colaborar ou não” (BITTAR, 2011, p. 161), mas em momento anterior afirma que o delator possui a “opção” de revelar ou não o nome de todos os coautores e que isso afetará a mensuração do prêmio a ser concedido (BITTAR, 2011, p. 159).

Entretanto, a pesquisa não concorda com tais exigências, pela absoluta ausência de relação entre a colaboração com as investigações e a caridade ou não do delator.

A posição mais acertada é fazer constar expressamente no acordo de colaboração as obrigações que serão assumidas pelo colaborador, e apenas a estas ele estaria vinculado para a concessão do benefício, conforme a doutrina de Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2013, p. 762). Com base nestes deveres assumidos seria concedido o prêmio, e nada mais poderia ser exigido do colaborador sem a sua expressa anuência.

Não se pode concordar, mais uma vez, com a doutrina de Sanctis, em que afirma que, firmado o contrato com antecedência, não se buscaria a verdade, e seria um mecanismo favorável apenas ao delator, pois este revelaria apenas o que pretendesse (SANCTIS, 2015). Na realidade, a delação é exatamente isso: não se pode pretender obrigar o delator a revelar tudo, até mesmo pela inverificabilidade prática. Neste sentido, a formação de um acordo prévio seria a melhor opção para que se preservasse, minimamente, a integridade do instituto.

2.5.2 – O Procedimento da Delação

Outro ponto de muita controvérsia na regulamentação da delação premiada diz respeito ao seu procedimento, ou melhor, à ausência dele.

Dentro de um sistema genuinamente acusatório, o procedimento ocupa função central. Isso por que deve ser superada a visão de procedimento como formalismo, devendo antes ser encarado como meio de concretização de garantias fundamentais.

No âmbito do processo penal isso é ainda mais evidente, uma vez que todo o processo cumpre a finalidade de, além punir os culpados de forma adequada, proteger os inocentes (FERRAJOLI, 2006). No processo penal acusatório, não se pode buscar a verdade máxima, e não se pode aceitar a justificação dos meios através dos fins. Antes, são os meios que irão legitimar os seus fins, pois é a única forma de se garantir uma aplicação correta das garantias processuais.

Portanto, devemos concordar com Ferrajoli quando afirma que no processo acusatório o primado é dos meios, e não dos fins, e os meios irão garantir uma verdade mínima, mas a mais certa possível.

Este meio a que nos referimos é o procedimento. Não se pode utilizar qualquer meio ou procedimento apenas para se chegar a um resultado desejado. Antes, a observância do procedimento é que garante a veracidade e legitimidade do resultado.

É assim, afirma Ferrajoli, que a confissão é submetida a uma série de regras de formação e não possui valor condenatório dentro de um sistema garantista, enquanto no sistema inquisitório ela pode ser obtida por qualquer meio, mas vincula o juízo a uma condenação (FERRAJOLI, 2006). Enquanto antes predominava o método legal de avaliação das provas, agora deve predominar o método legal de formação das provas.

Portanto, o procedimento probatório é mais uma garantia processual que deve ser observada pelo legislador e pelo aplicador da lei. O estabelecimento e observância de um procedimento para a formação da prova é uma garantia de que o réu terá sua integridade preservada e não serão violados direitos fundamentais, ainda que isso reduza o âmbito de alcance material da prova. Mais uma vez, não deve ser buscada uma verdade máxima, mas sim uma verdade mínima que seja legítima.

Assim afirma Ferrajoli:

A terceira garantia processual de segundo grau, apta a garantir a satisfação e o controle de todas as outras, é o desenvolvimento das atividades judiciais, sobretudo as probatórias, segundo formas e procedimentos predeterminados pela lei. É claro, de fato, que não seria assegurada a atuação de nenhuma das garantias processuais se não fossem prescritas e sancionadas suas modalidades. O conjunto dessas modalidades e formalidades, que constituem o rito, é “instituído”, como escreve Carrara, “como freio do juiz”, e a sanção natural é a nulidade de qualquer ato que o viole. Um Código de Processo que prescreve certas formas sem decretar a anulação daquilo que foi feito em contravenção daquelas formas é uma mistificação maliciosa, com a qual se quis fazer crer ao povo que obtém a proteção dos honestos, enquanto nada disso é garantido. Por isso, a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas também uma condição necessária de confiança dos cidadãos na justiça (FERRAJOLI, 2006, p. 496).

Assim, segundo o mesmo autor, as garantias procedimentais são também, além de garantias de liberdade, garantias da verdade, que embora seja esta verdade mais reduzida do que a verdade inquisitória, ela é dotada de uma certeza maior e mais controlada frente aos possíveis arbítrios das autoridades (FERRAJOLI, 2006).

Apesar de toda esta importância do procedimento, como já afirmado anteriormente, não foram estabelecidas regras procedimentais para a produção da prova no caso da delação premiada. Será que se trata apenas de esquecimento legislativo?

O mais recente diploma premial brasileiro, contido na Lei 12.850/13, estabelece um procedimento mínimo, que, além de insuficiente, é específico para os casos relacionados à ação de organizações criminosas, sendo sua aplicação aos outros casos apenas subsidiária.

Dentre as muitas legislações anteriores que trataram do tema, nenhuma delas se dignou a estabelecer um procedimento para a obtenção da delação premiada, nem mesmo a Lei 9.807/99, que universalizou o uso da colaboração para todo e qualquer tipo de crime⁶⁴. O efeito disso, como já ressaltado, é que o vazio vem a ser preenchido pelas autoridades, pela doutrina e pela jurisprudência, mas sem cobrir o vazio que deveria estar coberto pela lei.

Dentre as principais etapas procedimentais tratadas pela doutrina, podem ser citadas: momento da delação e autoridade competente; medidas de proteção; homologação judicial e tomada dos depoimentos.

Com relação ao primeiro ponto, a doutrina afirma que a delação pode ser prestada em qualquer fase, tanto durante a investigação, quanto durante o processo e até mesmo durante a fase de execução da pena⁶⁵ (LIMA, 2013). Entretanto, cuidado especial deve se ter com a delação prestada durante a fase investigativa, a mais comum. Neste caso, como as informações não são prestadas perante o juiz, mas perante autoridade policial em procedimento sigiloso, todas as cautelas devem ser dobradas. Nesta hipótese, a autoridade que tomará os depoimentos será o delegado de polícia responsável pela investigação.

A autoridade competente para propor o acordo, entretanto, deverá sempre ser o órgão titular da acusação, no nosso caso, o Ministério Público. Não podem ser admitidos os acordos propostos pelo magistrado, pois este deve se manter distante da formação da prova⁶⁶, da mesma forma como não podem ser admitidos aqueles propostos pelo delegado de polícia, por não ser este o titular da ação penal pública.

Desta forma, não se coadunam com o sistema constitucional as normas previstas no art. 4º, § 2º e § 6º da Lei 12.850/13⁶⁷, pois são previsões que burlam o sistema da

⁶⁴ Acerca dessa universalização realizada pela Lei 9.807/99, consulte o item 2.4, *supra*.

⁶⁵ Para parte da doutrina, a delação deveria ser reconhecida, quando em fase de execução, através de revisão criminal. Entretanto, parece-nos correto, na linha do proposto por Renato Brasileiro de Lima, que seja reconhecida através de simples petição ao juiz da vara de execução penal (LIMA, 2013).

⁶⁶ A esse respeito, dispõe o § 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/13 expressamente sobre a impossibilidade da participação do juiz nas negociações, embora admita que o acordo seja proposto pelo delegado de polícia.

⁶⁷ Art. 4º (...)

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou

titularidade exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação penal (PEREIRA, 2013).

Ainda sobre a colaboração feita na fase policial, cumpre destacar mais uma vez que o agente não pode ser obrigado a colaborar com as investigações e com o processo. Como já afirmado, o delator pode fornecer informações relevantes para a investigação ainda que não as reitere em juízo, hipótese em que não pode lhe ser negado o prêmio (LIMA, 2013).

Durante a delação, o colaborador tem direito a todas as medidas protetivas previstas na Lei 9.807/99, em especial a custódia em dependência separada dos demais presos. Não cabe adentrar nesta questão, apenas ressaltar que esta previsão não possui eficácia prática, uma vez que nem mesmo os presos provisórios possuem estabelecimento separado em nossa prática carcerária.

Além disso, o art. 5º da Lei 12.850/13 prevê uma série de medidas de proteção que podem ser aplicadas no interesse do colaborador, como a preservação do nome e da qualificação do colaborador, a condução separada em juízo e a não revelação de sua identidade pelos meios de comunicação salvo autorização por escrito.

Em relação à ocultação do nome do colaborador, tal determinação deve ser observada com extrema cautela, diante da inegável restrição do direito de defesa que dela decorre. Este foi o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Norín Catrimán y Otros vs. Chile*⁶⁸, julgado em 29 de Maio de 2014.

No caso em tela, o tribunal internacional fixou que viola o direito de defesa a pura e simples ocultação da identificação das testemunhas. Segundo a Corte, quando a decisão não for muito bem fundamentada no sentido do sigilo da identificação, a mera imposição da testemunha anônima viola o direito de defesa por impossibilitar que o acusado indique eventuais defeitos da testemunha oculta.

Neste sentido, afirma a corte:

242. (...) A reserva de identidade da testemunha limita o exercício deste direito, uma vez que impede que a defesa faça perguntas relacionadas com sua possível

representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

(...)

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

⁶⁸ Caso *Norín Catrimán y Otros (Dirigentes, Miembros y Activista Del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentença de 29 de Maio de 2014.

inimizade, preconceitos e confiabilidade da própria pessoa do declarante, assim como outras que permitam argumentar que as declarações são falsas ou equivocadas. 243. O dever estatal de garantir os direitos à vida, à integridade, à liberdade e à segurança pessoal daqueles que prestam declarações em processos penais pode justificar a adoção de medidas de proteção. Nesta matéria, o ordenamento jurídico chileno compreende tanto medidas processuais (como a reserva de dados de identificação ou de características físicas que individualizem a pessoa) como extraprocessuais (como a proteção de sua segurança pessoal) (*Norín Catrimán y Otros vs. Chile*, 2014, p. 85, tradução nossa)⁶⁹.

A mesma conclusão pode ser obtida da análise de nosso ordenamento. Não se pode admitir uma presunção legal de risco ao delator, sendo que eventual perigo deve ser comprovado e razoável. Além disso, existem diversas outras medidas de proteção às testemunhas previstas na Lei n. 9.807/99, como a escolta e a segurança ou transferência de residência, por exemplo. O sigilo da identificação apenas será possível quando decretado e fundamentado, mediante prévia comprovação concreta dos riscos à segurança do declarante.

Por fim, o acordo deve ser enviado para a homologação do magistrado, a fim de garantir a concessão do prêmio e a possibilidade de uso das informações. É neste momento que o magistrado deve verificar a voluntariedade do acordo e os demais requisitos de validade da delação, como a presença do advogado. Lembrando que a presente pesquisa defende que deve estar cabalmente demonstrado no termo de colaboração a voluntariedade, caso contrário o acordo não poderá ser homologado.

Com relação à repetição dos depoimentos policiais na fase judicial, esta será necessária caso se pretenda usar as informações como elemento de prova. Caso elas tenham sido utilizadas apenas na fase investigativa e não forem confirmadas sob o contraditório judicial, não poderão ser usadas no processo penal⁷⁰.

Após a aceitação da proposta pelo colaborador e a confecção do termo de colaboração definindo suas responsabilidades, e homologado o acordo pelo juiz, passa-se à fase da tomada dos depoimentos. Aqui, mais uma vez, deve ser comprovado que o

⁶⁹ Vale ressaltar que, no caso em tela, não foi completamente rechaçada a possibilidade de sigilo na identificação das testemunhas. Entretanto, esta possibilidade nunca deve ser presumida, segundo a Corte, devendo ser concretamente fundamentada no real risco à segurança do declarante. Além disso, o sigilo da identificação só será considerado válido mediante a concorrência de três requisitos: o controle judicial de razoabilidade e proporcionalidade da medida, a existência de medidas de contrapeso para equilibrar a restrição defensiva, e, por último, que a condenação não se baseie preponderantemente na declaração prestada pela testemunha oculta (*Norín Catrimán y Otros vs. Chile*, 2014, p. 85-87).

⁷⁰ Acerca do valor probatório da delação premiada, verificar item 2.6.3, *infra*.

colaborador forneceu voluntariamente as informações e foi assistido por advogado (ver item 2.5.3.1, *infra*).

Essas informações são as que se podem extrair da legislação, em especial da Lei 12.850/13. Entretanto, tais regras são insuficientes, pois deixam aberto um amplo espaço de discricionariedade.

Um exemplo é o momento em que o juiz concede o prêmio ao colaborador. A lei não define em que momento o acordo chega ao fim e quando o prêmio é concedido. O mais correto, segundo o entendimento até aqui defendido, é que o próprio acordo preveja o fim da colaboração, ou então que este chegue ao fim no momento em que o colaborador não desejar mais fornecer informações. Imediatamente após o final das colaborações, deveria ser concedido o prêmio.

Não se pode obrigar o colaborador a aguardar até o final do processo principal, onde as informações serão utilizadas, para lhe conceder o prêmio. Isto configuraria uma pressão direta para que o colaborador continue auxiliando em todas as eventuais deficiências processuais da acusação, o que não pode ser admitido.

Sendo assim, o atual procedimento da colaboração, quando existente, é extremamente insuficiente, e suas previsões por vezes mais prejudicam as garantias processuais do que as preservam.

Na linha do que afirma Ferrajoli, o procedimento é uma garantia do juízo, e apenas através dele o juízo se legitima. Não se pode admitir uma ausência de procedimento, pois isso equivale a autorizar qualquer forma de condução do instituto. A partir deste momento, o espaço se abre aos mais variados abusos.

Como conclusão, enquanto permanecer o vácuo legislativo, as incertezas prosseguirão quanto aos direitos, obrigações e garantias dos delatores e delatados, abrindo margem a todo tipo de abuso e deslegitimando a aplicação do instituto, diante da legitimação procedimental predominante no estado de direito (FERRAJOLI, 2006). Neste sentido:

A legislação brasileira é omissa em disciplinar o *modus operandi* a ser observado na celebração desse “acordo processual”. Na realidade, a *praxis* tem *desrecomendado* não apenas o instituto da delação como também as próprias autoridades que a têm utilizado, bastando recordar, apenas para ilustrar, a hipótese do doleiro da CPI dos Correios e do ex-assessor do Ministro Palocci, que foram interpelados e compromissados a delatar, na calada da noite e/ou no interior das prisões; enfim, nas circunstâncias mais inóspitas possíveis, sem lhes assegurar a presença e a orientação

de um advogado, sem contraditório, ampla defesa e o devido processo legal (BITENCOURT, MONTEIRO, 2013, p. 215).

2.5.3 – A Delação em fase Policial e a Presença do Defensor

O art. 4º, § 15. traz uma importante declaração de direitos, na medida em que afirma que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

Esta é uma das mais importantes declarações da lei, uma vez que a assistência do defensor é também um dos direitos mais desrespeitados da história do processo penal, inclusive nos procedimentos de colaboração com a justiça.

A presença do advogado é extremamente importante, pois apenas a autodefesa do réu não basta para uma defesa completa, necessitando este de uma defesa técnica apta a melhor compreender os termos do processo ou, no caso da delação, os termos do acordo e os direitos e obrigações do delator.

Segundo Fernandes, a defesa técnica é também indeclinável, nos seguintes termos:

Além de a defesa ser necessária, ela é também indeclinável, não podendo o acusado a ela renunciar. O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa (FERNANDES, 2012, p. 258).

Segundo Bittar, é importante ressaltar que o advogado deve estar presente, no caso da delação, não apenas no momento de aceitação do acordo, mas em todo e qualquer ato de colaboração. Sempre que o colaborador for chamado para prestar informações ele deve ser acompanhado por seu defensor (BITTAR, 2011).

Pelo menos neste ponto a doutrina acerta: o acordo de delação premiada firmado sem a participação do advogado do acusado é absolutamente nulo (PEREIRA, 2013; SANCTIS, 2015).

Entretanto, mesmo com essa declaração legal de necessidade de advogado, a realidade é bem diferente. Conforme relata Bitencourt e Monteiro, não são raras as situações

em que o indivíduo detido não lhe tem assegurado o direito de defesa, muito menos a orientação de um advogado (BITENCOURT, MONTEIRO, 2013).

A situação é particularmente agravada no caso da delação premiada prestada em fase policial como auxílio às investigações, devido ao papel peculiarmente restrito do advogado durante a condução do inquérito.

Como se sabe, o inquérito policial é um procedimento investigativo marcado pela inquisitorialidade, onde o direito à defesa e ao contraditório é reduzido e os atos correm em sigilo (art. 20 do Código de Processo Penal). A atuação do advogado nesta fase é extremamente restrita, uma vez que, diante da ausência de contraditório, a ausência de advogado de defesa durante os atos não acarreta nenhuma nulidade.

Portanto, quando o inquérito é aberto não há defensor estabelecido para o acusado, ficando este à mercê das autoridades, muitas vezes sem saber de seus direitos básicos, como o direito ao silêncio, o direito de consultar um advogado e o direito de não produzir provas contra si mesmo⁷¹.

Na maioria dos inquéritos policiais, a única defesa permitida é a autodefesa, já que a atuação do advogado é optativa e sua ausência não acarreta nenhuma nulidade. Não existe obrigatoriedade de defesa técnica no inquérito policial⁷². Portanto, apesar de existir defesa no inquérito policial, ela é extremamente restrita (LOPES JR, 2012).

O contraditório básico dentro do inquérito policial foi consagrado pela Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, que discorre sobre o acesso dos advogados aos autos do inquérito policial:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigativo realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

⁷¹ Diante dessa insuficiência de direitos durante a fase investigativa policial surgiram as chamadas Declarações de Miranda, como resultado do caso norte-americano de *Miranda vs. Arizona*. Segundo esta regra de direito, as informações prestadas perante a autoridade policial só terão validade quando o acusado tiver sido previamente advertido dos seus direitos de não se autoincriminar, de consultar um advogado ou ter um defensor designado, e de se manter em silêncio, além da advertência de que aquilo que o investigado disser poderá ser usado contra ele. É necessário que o investigado renuncie a estes direitos para que as declarações prestadas sejam válidas.

⁷² O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a ausência de advogado no interrogatório policial não gera qualquer nulidade: “Penal. Processual Penal. “Habeas corpus”. Deficiência da defesa. Irregularidade no inquérito policial. Interrogatório. Ausência de advogado. I. A deficiência da defesa só anulará o processo se houver prova de prejuízo para o réu. Súmula 523. II. Por se tratar de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, eventual irregularidade no inquérito policial não contamina o processo, nem enseja a sua anulação. III. A ausência de advogado no interrogatório do réu não vicia o ato, mesmo porque o defensor do acusado não pode intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. CPP, art. 187. IV. H.C. indeferido.” (HC 74198, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 24/09/1996, DJ 06-12-1996).

Gabriela Ponte Carvalho, em monografia acerca da prova ilícita por derivação, concluiu que as provas produzidas no inquérito não precisariam respeitar os princípios constitucionais do processo, segundo o entendimento jurisprudencial. Entretanto, a contrassenso, as provas produzidas no inquérito recebem muito valor, principalmente se não contraditadas em fase judicial, na contramão do que seria a consequência lógica da desnecessidade de observância das garantias processuais (CARVALHO, 2013).

Em conclusão, é assegurado durante o inquérito um direito de defesa mínimo, marcado pela mera possibilidade de se autodefender, estar acompanhado por advogado, e garantir a este o acesso aos elementos já documentados em um inquérito.

Entretanto, como conciliar essa não obrigatoriedade do advogado durante o inquérito com a obrigatoriedade do defensor para se firmar o acordo de delação premiada? Dizer que o investigado pode continuar sem um advogado até o momento em que resolver entrar em acordo com o Ministério Público não resolve muita coisa.

Isso porque, como já dito, inúmeras são as pressões a que pode ser submetido o investigado durante o inquérito e antes de consultar seu advogado, inclusive fortes pressões para que aceite um acordo de delação premiada para que não fique detido por muito tempo ou não vá para a cadeia para o resto de sua vida.

Até mesmo a interpretação da Súmula Vinculante nº 14, acima citada, já é relativizada para a delação premiada por parcela da doutrina:

A lei ainda revela que o termo de acordo deverá ser feito por escrito, assinado pelas partes, e não pelo juiz, além de ser sigiloso (até o recebimento da denúncia), **com acesso restrito, ou seja, ao defensor mediante autorização judicial** e desde que não comprometam diligências em andamento (...) (SANCTIS, 2015, p. 209, grifo nosso).

Em conclusão, apesar da exigência do advogado estar expressa em lei, essa previsão não é efetiva face ao sistema de inquérito policial, durante o qual o investigado pode ser induzido a um acordo ou a determinados termos sem que haja uma possibilidade de defesa eficaz.

2.5.4 – A Concessão do Prêmio

Sem dúvida um dos aspectos mais importantes a se considerar acerca dos direitos do delator é a concessão do prêmio, uma vez que este é o incentivo para a colaboração com a justiça.

Entretanto, apesar de parecer óbvia a necessidade de concessão do prêmio, nem todos os seus aspectos são tratados de forma correta pela lei e pela doutrina, que muitas vezes reduzem o alcance dos prêmios com base em arbítrios do magistrado concessor.

Acerca dos elementos inquisitórios presentes na regulação do prêmio a ser concedido ao delator, bem como em sua forma de concessão, pretende-se discorrer a seguir.

2.5.4.1 – Os Tipos de Prêmio

A Lei 9.807/99 cita dois tipos de prêmios ao colaborador: o perdão judicial ou a redução da pena em um a dois terços.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar a posição já defendida de que o perdão judicial previsto nesta lei pode ser concedido para todos os delatores, ainda nos casos das leis que não preveem tal prêmio, como a Lei de Entorpecentes (Lei 11.343/06) que prevê apenas a redução da pena como benefício. Isso porque o perdão judicial é prêmio mais benéfico e este previsto em uma legislação de caráter geral.

O perdão judicial é a maior benesse que pode ser concedida ao colaborador dentro de nosso ordenamento. O perdão judicial não pode ser considerado como um ato discricionário do juiz: preenchidos seus requisitos, a sua concessão é obrigatória. A natureza jurídica do perdão judicial, como já citado anteriormente, é de causa de extinção da punibilidade. Sendo assim, a sentença que reconhece o perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, e não gera efeitos penais, primários ou secundários, muito menos efeitos extrapenais. Da mesma forma, não pode gerar reincidência, conforme dicção expressa do art. 120 do Código Penal⁷³.

A redução da pena é um benefício que incide alternativamente, caso não se reconheça o perdão judicial. A legislação prevê a redução de um a dois terços da pena, mas a determinação do quantum deve ser fundamentada em sentença. Conforme entendimento de Bittar, a grande tendência é que se conceda a diminuição mínima, em apenas um terço da

⁷³ Art. 120 – A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.

pena, sem qualquer fundamento, o que não pode ser admitido sob o primado constitucional da motivação dos atos judiciais, previsto no art. 93, IX da Constituição Federal (BITTAR, 2011).

Tal redução deve incidir na dosimetria da pena, obviamente, na terceira fase do cálculo, conforme art. 68 do Código Penal, pois se trata de causa de diminuição da pena. Além disso, cumpre ressaltar que ela não só pode como deve ser reconhecida em conjunto com a atenuante da confissão espontânea, pois se tratam de institutos diversos⁷⁴.

Além desses prêmios regulados pela Lei 9.807/99, a Lei 12.850/13 prevê ainda a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, substituição esta que deve ser feita nos moldes estabelecidos pelos artigos 43 a 48 do Código Penal. A substituição é ainda obrigatória quando, concedendo-se o prêmio da redução da pena, esta atingir patamar igual ou inferior a 4 anos, por determinação do art. 44 do Código Penal. Não se trata, neste caso, de dupla premiação, mas de cumprimento do dispositivo legal.

2.5.4.2 – A Obrigatoriedade e a Determinação do Prêmio

Com relação à obrigatoriedade da concessão do prêmio, não pode haver dúvidas. Uma vez prestada a colaboração, a premiação é obrigatória, não estando na discricionariedade do magistrado conceder ou não o prêmio. Esta é a orientação da doutrina sobre o tema⁷⁵.

Aliás, não poderia se entender de maneira diferente, pois uma indeterminação com relação ao prêmio, além de institucionalizar a deslealdade estatal, retiraria a eficácia do instituto, uma vez que não haveria incentivo à colaboração.

Portanto, definitivamente, uma vez prestada a colaboração, deve ser concedido prêmio ao colaborador, escapando esse fato da esfera de discricionariedade do magistrado. Entretanto, isso abre outra questão: como se define qual dos prêmios deve ser concedido no caso concreto?

⁷⁴ A confissão espontânea é uma atenuante da pena prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal. Segundo a disposição, a confissão, desde que espontânea e feita perante autoridade, é circunstância que sempre atenua a pena. Nestes casos, basta a confissão do acusado, não se exigindo qualquer postura ativa ou colaborativa para que se obtenha a redução da pena. A finalidade é diversa da delação: na confissão, a pena é atenuada diante de seu reconhecimento de culpa. Na delação, o que motiva o prêmio não é a confissão, mas a colaboração prestada.

⁷⁵ Neste sentido: BITTAR, Walter Barbosa. *Op. cit.*, 2011; PEREIRA, Frederico Valdez. *Op. cit.*, 2013; NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2008; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012; GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.*, 1998; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, 2009. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPodium, 2010.

A primeira resposta, e mais correta, seria a concessão do prêmio de acordo com o grau de colaboração. Ou seja, quanto maior for a colaboração do agente, maior será sua premiação, dentre os limites da redução de um terço da pena até o perdão judicial.

Por essa lógica, caso a colaboração, embora útil, tenha sido pequena, a pena deve ser reduzida em um terço. Caso tenha sido mediana, a pena deve ser reduzida em dois terços. Por fim, caso tenha sido uma colaboração profunda e completa, esta justificaria a concessão do perdão judicial. Há, ainda, a possibilidade de substituição da pena nos casos previstos na Lei 12.850/13, para os casos em que a colaboração, apesar de grande, não justifique o perdão judicial⁷⁶.

O que se pretende demonstrar é que a colaboração é a medida direta da premiação. Afinal, como diz o nome do instituto, aquilo que o ente estatal recompensa é a colaboração em si, e não as características pessoais do colaborador.

Entretanto, mais uma vez não foi essa a posição do legislador. Nas duas hipóteses em que estabeleceu regras para se definir a extensão do prêmio, abandonou o critério do grau de colaboração em favor de um critério misto, que dá relevo às características pessoais do colaborador.

Senão, vejamos:

Lei 9.807/99

Art.13 Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Lei 12.850/13

Art. 4º. § 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Como se observa, não contente com o critério do grau de colaboração para se determinar o prêmio, a lei exige que sejam levados em consideração: a personalidade do colaborador e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do crime. Estes elementos são muito semelhantes com as circunstâncias judiciais de fixação da pena,

⁷⁶ Esta forma de divisão citada é apenas um exemplo; é claro que na prática, a colaboração pode assumir variados graus de importância, bem como a redução da pena pode ser feita em qualquer fração dentro do intervalo legal. O que se pretendeu destacar é que o nível de colaboração deve ser considerado o único elemento no cálculo do benefício.

estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal, em particular a personalidade do agente e as circunstâncias do crime.

Entretanto, o uso destes elementos desvirtua a função central do instituto colaborativo, qual seja, premiar o acusado ou investigado por sua colaboração com a justiça. O objetivo da delação premiada não é avaliar se o agente possui o que chamam de uma “boa personalidade”, mas premiá-lo por sua decisão de colaborar com o ente investigativo.

Tais elementos há muito se encontram falidos devido à sua falta de objetividade. Não se pode avaliar corretamente quais foram as circunstâncias do crime sem que isso envolva necessariamente uma análise subjetiva por parte do avaliador, no caso, o magistrado.

Mais problemática ainda é a avaliação da personalidade do agente, uma vez que os juízes não possuem competência para avaliar o colaborador e definir sua personalidade. Na realidade, não existem condições reais de se definir a personalidade do agente sem deixar margem a dúvidas. Neste sentido, afirma Salo de Carvalho:

A questão que colocamos é que inexitem condições mínimas de o julgador, no processo, estabelecer este juízo. (...) nota-se, dessa forma, que a noção de personalidade do acusado normalmente auferida pelos magistrados padece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico, ferindo, pois, o princípio da ampla defesa e da estrita jurisdicionalidade (CARVALHO, 2004, p. 56-57).

Não se pode esperar dos magistrados que venham a ter noções de psicologia e psiquiatria para que venham a avaliar corretamente a personalidade do agente, razão pela qual esta avaliação é sempre precária e incompleta, se restringindo a termos “personalidade agressiva” ou “personalidade desajustada”. Tamanha imprecisão gera a impossibilidade de defesa do colaborador, já que tampouco este tem elementos para refutar as afirmações.

Portanto, submeter a definição do prêmio a elementos como este gera graves distorções, impondo ao colaborador uma avaliação subjetiva do magistrado sem qualquer fundamento técnico.

Essa desvirtuação impossibilita qualquer defesa por parte do delator. Quando o prêmio se baseia no grau de colaboração, objetivo, o colaborador possui condições de provar que sua colaboração teve importância maior do que foi reconhecido e pleitear um prêmio mais benéfico. Já nestes casos, ante a impossibilidade de avaliação técnica de seus elementos, cabe a ele apenas aceitar, sem possibilidade de questionamento (CARVALHO, 2004).

A avaliação da personalidade nada mais é do que um resquício do positivismo criminológico, pois privilegia o pensamento de que alguém com uma personalidade voltada para o crime deve receber um prêmio menor.

Melhor sorte não revela a análise da reincidência enquanto elemento da definição do prêmio, de acordo com o art. 13 da Lei 9.807/99:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder 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: (...).

O artigo implica que apenas ao colaborador primário poderá ser concedido o prêmio maior do perdão judicial.

A reincidência também é prevista em nosso ordenamento como agravante genérica (art. 61, I, do Código Penal), situação que poderia levar ao absurdo de se negar o perdão judicial por ser o colaborador reincidente, além de agravar sua pena pela mesma razão.

Assim como os outros elementos citados, a reincidência não pode ser fundamento para se negar o prêmio ao colaborador. Segundo Carvalho, a reincidência é também um resquício do positivismo criminológico, pois é motivada pelo simples fator “periculosidade” (CARVALHO, 2004).

“É indubitável que o instituto da reincidência e dos antecedentes são algumas das maiores máculas ao modelo penal de garantias (CARVALHO, 2004, p. 65). É um conteúdo estigmatizante, que restringe as possibilidades sociais e dividem os indivíduos entre aqueles que aprenderam a viver em sociedade e aqueles que querem continuar delinquindo.

Todos estes critérios paralelos de definição do prêmio ao colaborador desvirtuam o instituto e contribuem para transformá-lo em um reduto onde a defesa é impossibilitada.

Entretanto, parte de nossa doutrina não percebe os efeitos nefastos de tais critérios no âmbito da delação premiada. Acerca da previsão feita na Lei 12.850/13, afirma Pereira:

Os fatores indicados no § 1º são igualmente determinantes na extensão do benefício ao agente, com possíveis reflexos também sobre a própria possibilidade de concessão do benefício, dessa forma figurando como requisitos complementares da colaboração premiada. Para verificar se é cabível a concessão do instituto, e a sua dimensão, dever-se-á levar em conta as características do crime e sua repercussão social; assim, mesmo que preenchidos os demais requisitos para o acordo, pode não

ser aconselhável ante as circunstâncias concretas do delito (PEREIRA, 2013, p. 140).

Não se pode concordar com tal posicionamento. O trecho citado chega a admitir que o benefício possa ser completamente negado caso a personalidade do agente assim o recomende.

Submeter a concessão do prêmio a uma avaliação semelhante equivale a negar a obrigatoriedade do prêmio, diante da gigantesca discricionariedade inerente a tais critérios. De nada adianta o discurso de obrigatoriedade do prêmio se sua avaliação está submetida a requisitos tênues e impossíveis de uma avaliação técnica ou, pelo menos, objetiva.

O resultado é uma deslealdade por parte do estado, acompanhada por uma ampla negação do direito de defesa do colaborador. É um absurdo exigir que “renuncie” ao seu direito ao silêncio, forneça as informações acerca de suas atividades, confesse o crime e, ao final, se veja privado do seu prêmio em razão de uma avaliação de sua “personalidade”.

Portanto, apesar de ser o nível de colaboração o critério mais adequado para se definir o prêmio, na realidade a sua concessão fica submissa à total discricionariedade do juiz, que se usa de um discurso sem técnica para excluir a possibilidade de defesa.

2.5.4.3 – Obrigatoriedade da Ação Penal e Indeclinabilidade da Jurisdição

Outro problema que se identifica na legislação premial relacionado aos direitos do delator, e o último que se pretende tratar neste tópico, diz respeito à previsão do § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13. Assim afirma o referido dispositivo:

Art. 4º (...)

(...)

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

O que o dispositivo permite, em outros termos, é que o promotor antecipe o prêmio ao colaborador e deixe de oferecer a denúncia nos casos citados. Entretanto, o que

pode parecer louvável do ponto de vista da celeridade, é extremamente prejudicial do ponto de vista da segurança do delator e do delatado, diante da ausência de controle jurisdicional.

O dispositivo bate de frente com os princípios da obrigatoriedade da ação penal e da indeclinabilidade da jurisdição, pois permite que um acordo seja feito sem a homologação judicial, ou seja, submissão à jurisdição.

Em nosso sistema, a obrigatoriedade deriva da previsão do art. 129, I, que descreve como função institucional do Ministério Público promover a ação penal na forma da lei. Não vigora no Brasil, como em outros países⁷⁷, o princípio da oportunidade da ação penal, que permite ao órgão acusador exercer a ação de acordo com sua discricionariedade. Aqui, tomando ciência do ato criminoso, o Ministério Público deve propor a ação penal, na forma da lei.

No âmbito da delação premiada, a obrigatoriedade da ação penal e a indeclinabilidade da jurisdição possui um caráter acentuado de garantia. A concessão do prêmio através de sentença tem força de coisa julgada, impedindo que a ação penal volte a ser proposta contra o colaborador pelo mesmo fato.

Entretanto, caso a concessão do prêmio seja antecipada, como na previsão legislativa supracitada, o colaborador não possui garantia de que o prêmio realmente lhe foi concedido. Sua única garantia consistiria no fato de que seu nome não está na lista de réus da ação penal. Contudo, esta garantia não isenta o réu de efeitos negativos, pois abre uma possibilidade obscura de oferta de favores entre Ministério Público e colaborador, além de não impedir o promotor de intentar a ação contra o delator posteriormente.

Portanto, a previsão legal da possibilidade de não oferecimento da denúncia não se coaduna com os princípios básicos do processo penal brasileiro, razão pela qual essa possibilidade deve ser declarada inconstitucional.

Como conclusão, cabe trazer à baila o que já afirmava Bittar acerca dessa possibilidade ainda antes da promulgação da Lei 12.850/13:

Como somente há sanção administrativa para as hipóteses em que o promotor deixar de oferecer a denúncia contra um agente, em detrimento ou benefício de outro, na prática pode ocorrer a celebração de acordos extraprocessuais (e, portanto, “burla”) entre o Ministério Público e o criminoso, que poderá receber como “prêmio” não ser incluído no polo passivo da relação processual, tornando-se uma obscura

⁷⁷ Essencialmente, os países do sistema do *common law*, como Reino Unido e Estados Unidos. Pelo princípio da oportunidade, o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal tendo em vista o interesse público. A ideia deste princípio é de que o direito de punir, considerando o direito penal como *ultima ratio*, deve incidir apenas naqueles casos de relevância social.

testemunha, valendo aqui recordar a advertência de Calamandrei de que o processo pode ser transformado em um autêntico “jogo” entre as partes, neste caso completamente desequilibrado e, pior, sem a possibilidade de controle, por parte daquele que julga (BITTAR, 2011, p. 189).

Sendo assim, em nome da segurança jurídica do colaborador, cabe ao promotor levar o acordo para homologação judicial e pugnar pela concessão do prêmio por sentença.

Ou então, como medida alternativa, que poderia levar a uma maior celeridade, poderia optar o promotor de justiça pelo pedido de arquivamento do inquérito contra o réu diante da causa de extinção de punibilidade (perdão judicial), arquivamento este que, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, teria eficácia de coisa julgada material⁷⁸.

2.6 – OS DIREITOS DO DELATADO

Neste tópico, cumpre destacar brevemente alguns dos principais direitos do delatado, bem como as controvérsias relacionadas a estes direitos e aos seus exercícios. Neste âmbito, devem ser estabelecidos os direitos do delatado, como a ampla defesa e o contraditório, e os seus delineamentos. Entretanto, deve-se também destacar a relevância das garantias processuais do delatado, como a presunção de inocência, e como são tratadas essas garantias dentro do contexto brasileiro, social e legal.

É inegável que, para que a inserção da delação premiada em nosso ordenamento não fira o devido processo legal, é necessário possibilitar ao delatado o amplo exercício de seu direito de defesa e contraditório, especialmente diante daquele que o delata (LIMA, 2013).

Neste sentido, por se tratar a delação de um instituto favorável ao delator, deve haver a possibilidade de o delatado refutar plenamente o conteúdo das declarações prestadas, para se desestimular a revelação de informações falsas por parte do delator.

⁷⁸ Neste sentido, as decisões do Supremo Tribunal Federal nos Inquéritos n. 2.004-QO, 1.538, 2.591 e 2.341-QO. Nestes casos, entendeu a Suprema Corte que os pedidos de arquivamento, com fundamento na atipicidade do fato ou na extinção de punibilidade, devem ser julgados por decisão, uma vez que se revestem de coisa julgada material. Nestes casos específicos, nem com a descoberta de novas provas pode ser reaberto inquérito, como preleciona a Súmula 524 da corte suprema (“Arquivado o Inquérito Policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”). O modelo que se propõe nesta pesquisa é que o promotor, ao invés de não oferecer a denúncia, solicite o arquivamento com base na exclusão da punibilidade, hipótese em que a delação trará segurança jurídica ao delator perdoado.

Assim como no tópico anterior, aqui se buscará demonstrar de que forma é negado o direito a ampla defesa e ao contraditório, bem como a ineficácia das garantias processuais.

Portanto, pretende-se demonstrar, neste tópico, de que forma se manifesta o sistema inquisitório face aos direitos do delatado no sistema brasileiro: primeiramente, através da negação do direito à ampla defesa e ao contraditório e, segundo, através da mitigação ou exclusão das garantias processuais do delatado, em especial a presunção de inocência.

2.6.1 – Direito a ampla defesa e ao contraditório

Em primeiro lugar, a negação do direito à ampla defesa e ao contraditório do delatado se manifesta em diversos momentos, como já se pode depreender da pesquisa acerca dos direitos do delator.

Como exemplo, pode-se citar a delação feita durante a fase investigativa, que, tratando-se de inquérito, não oferece contraditório ao delatado, que se vê submetido a uma investigação baseada apenas nos depoimentos do delator.

É importante ter em mente que a maioria dos problemas já apontados acerca dos direitos do delator prejudica igualmente o exercício dos direitos de defesa do delatado (SILVA, 2013). Neste sentido, a falta de procedimento para a delação, pois não se define em que momento poderia haver a defesa do delatado.

Também como decorrência da ampla defesa e do devido processo legal os delatados deveriam ter ciência imediata da realização da delação premiada, o que não acontece na prática:

O princípio vertente, na verdade, impõe, ao caso concreto, que a defesa dos demais réus seja cientificada da realização da delação e de seu conteúdo, não apenas para poder contraditá-la, mas, principalmente, para ter ciência de que há nos autos a figura do delator, com todas as precauções exigidas do magistrado na valoração desta figura, caso contrário, a violação da Constituição é flagrante (BITTAR, 2011, p. 184-185).

Segundo o entendimento desta pesquisa, não existe uma incompatibilidade entre a delação premiada e o direito ao contraditório; o problema está na prática do instituto, uma vez que seus aplicadores não respeitam a garantia.

O principal mecanismo de exclusão do direito à ampla defesa e ao contraditório é a consagração do segredo sobre o conteúdo da delação, mecanismo de claro teor inquisitório, como se pretende demonstrar.

2.6.2 – O Segredo nos Acordos de Delação

Em nosso sistema, o conteúdo dos acordos de delação premiada é sigiloso, tanto por determinação expressa da Lei 12.850/13, quanto por entendimento jurisprudencial, como se demonstrará no tópico seguinte, quando se falar da jurisprudência.

Assim é a dicção do art. 7º da referida lei:

Lei nº 12.850/13

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Apesar do § 3º supracitado prever o fim do sigilo do acordo após o recebimento da denúncia, nem por isso o conteúdo passará a ser automaticamente acessível ao delatado.

Segundo Pereira, deve ser estabelecida a diferença entre o acordo de colaboração e os autos da colaboração. O que deixa de ser sigiloso, segundo este entendimento, é apenas o acordo, ou seja, as condições pelas quais foi estabelecida a colaboração. Entretanto, o conteúdo dos autos da colaboração deve continuar sendo sigiloso, como requisito de segurança para o delator e de garantia das investigações (PEREIRA, 2013; LIMA, 2013).

Portanto, a única conclusão a que se pode chegar é que o conteúdo dos acordos de delação é, em nosso contexto, sigiloso, sendo o acesso aos autos excepcional, por expressa disposição legal.

O sigilo é a principal causa de negação do direito de defesa do delatado. Através dele, são usados elementos durante toda uma investigação ou durante um processo sem que se possa ter a possibilidade de se contraditar as informações.

Ainda que se possa interpretar o dispositivo legal para se finalizar o sigilo a partir do recebimento da denúncia, não seria suficiente. Desde a reforma processual penal de 2008, o recebimento da denúncia passou a ser feito apenas após o oferecimento da defesa prévia por parte do acusado, conforme dicção do art. 397 do Código de Processo Penal⁷⁹. Assim, a hipótese ainda seria de exclusão de defesa, pois se impossibilitaria o oferecimento de uma defesa adequada.

Entretanto, não é isso que acontece. Segundo a interpretação dada, na prática ao dispositivo, o conteúdo do acordo continuará sendo sigiloso após o recebimento da denúncia.

Na linha do exposto por Ferrajoli⁸⁰, se entendermos que não há juízo sem acusação, também devemos entender que não pode haver juízo sem que se conheça a acusação e se possa contesta-la. Neste sentido, a acusação deve ser clara e precisa, caso contrário não haverá juízo:

Essa garantia processual pode ser articulada em uma longa série de regras. Antes de tudo, como se disse no parágrafo 9.3, a acusação contestada deve ser formulada em termos unívocos e precisos, idôneos para denotar exatamente o fato atribuído e a vincular a ele, contra a indeterminação do antigo processo inquisitório, o objeto do juízo e da sentença que o conclui. Em segundo lugar, ela deve ser apoiada por indícios adequados de culpabilidade: de fato, a acusação, como diz Carrara, se é um teorema para o acusador, é um “problema” para todos os outros, e se justifica, portanto, se não com a prova, necessária para a condenação, muito menos com a “probabilidade” de culpabilidade do acusado. Em terceiro lugar, deve ser completa, isto é, integrada pela contestação de todos os indícios que a justificam, de modo que o imputado seja posto em condição de refutá-los e nada lhe seja ocultado do que se prepara para seu prejuízo e do que se faz e se fará para robustecer o preconceito da

⁷⁹ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
- III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV - extinta a punibilidade do agente.

⁸⁰ Ferrajoli defende que há uma ilegitimidade política inerente à função judiciária; a sua legitimidade é sempre parcial e imperfeita. A cognição é forma de legitimação, mas não a única, sendo também aberto um amplo espaço de discricionariedade ao magistrado (FERRAJOLI, 2006). A iniciativa da acusação também termina por ser potestativa, afirma o autor, e é um momento de menor saber e maior poder, ainda mais diante da garantia da presunção de inocência. Diante disso, maior controle ainda deveria haver sobre o momento da acusação, sendo a publicidade apenas um dos mecanismos. Infelizmente, esse controle é cada vez mais reduzido como demonstra este sigilo, diante de uma suposta presunção de veracidade do contido na denúncia.

sua culpabilidade e demolir a presunção de inocência que sempre o assiste (...) (FERRAJOLI, 2006, p. 485).

Portanto, da mesma forma que uma denúncia pode ser considerada inepta para se instaurar um juízo, assim também uma acusação que oculte as informações do acusado também é ineficaz para provocar adequadamente a jurisdição.

Se uma denúncia for mal escrita e deixar margem à dúvidas, ou se ela baseia sua acusação em elementos secretos que não são dispostos ao acusado, das duas formas a denúncia não pode ser aceita, pois exclui a possibilidade de defesa. Deve-se superar a visão de que uma acusação é feita para o juiz e é ele quem deve entender seus fundamentos. A acusação é feita acerca de um acusado, e é ele quem deve conhecer seus fundamentos e ter a possibilidade de refutá-los.

A verdade não é aquilo que é afirmado pela acusação, como ditava a concepção inquisitória. A verdade processual deverá ser um fruto do embate igual entre as duas partes, e para se assegurar as regras do jogo, os movimentos de cada uma das partes devem ser conhecidos.

Beccaria⁸¹ já perguntava se o segredo convém à justiça, pois é da natureza do crime esconder-se (BECCARIA, 2005). Fato é, o sigilo é uma característica fundamental do sistema inquisitório. Não se poderia admitir o sigilo em um sistema acusatório sobre as simples alegações de utilidade às investigações ou “segurança pública”.

Conforme ensina Ferrajoli, há um nexos indissociável entre publicidade e democracia no processo (FERRAJOLI, 2006). A opção pela transparência é a discriminante mais forte entre cultura autoritária e cultura democrática, pois é ela quem permite o real controle dos atos do estado. Um estado que opta pelo segredo na verdade tem medo do que poderia ser descoberto.

O sigilo, portanto, é o principal fator de controle do delatado, pois se evita que ele conteste determinado assunto, inclusive pegando a defesa de surpresa com um uso das informações em audiência sem que haja possibilidade de conhecimento prévio. O segredo deslegitima o exercício do juízo penal, por cerceamento de defesa.

A única solução para a falta de legitimidade criada pelo sigilo é a garantia da publicidade do conteúdo da delação.

⁸¹ Beccaria afirma em sua obra: “Quem pode defender-se da calúnia quando ela se arma com o mais forte escudo da tirania, o segredo? Que motivos justificam as acusações e as penas secretas? O bem público, a segurança e a manutenção da forma de governo? (...) Autoriza-se, pois, a calúnia secreta e pune-se a pública! (...) Pode haver delitos, isto é, ofensas públicas, mas, ao mesmo tempo, pode não ser do interesse de todos tornar público o exemplo, isto é, o julgamento?” (BECCARIA, 2005, p. 67-68).

Para o exercício efetivo do contraditório, não é necessário que todos os elementos da acusação sejam disponibilizados, ou seja, públicos. Pelo contrário, conforme ensina Pereira, apenas aqueles elementos que podem alterar o resultado do julgamento devem ser tornado públicos (PEREIRA, 2013). Este é, aliás, o resultado do chamado *right of confrontation*, e pode ser citado como exemplo o caso *United States vs. Bagley*. Neste caso, a Suprema Corte norte-americana fixou o entendimento de que a acusação tem o dever de revelar todo o material que possa influir no julgamento da causa⁸².

De acordo com esta linha de pensamento, reforça-se a ideia de que todo o material da delação deve ser revelado, uma vez que se trata de informações que claramente influenciam o julgamento em um sentido ou em outro. Além disso, o fato de que a própria acusação usa tais informações exige também que elas sejam reveladas, sob pena de se quebrar a isonomia processual.

Afinal, como afirma Bittar:

Não é razoável surpreender a defesa, durante a instrução do processo, quando já instaurado o contraditório, com a informação de que um dos acusados “celebrou” acordo de delação premiada, sem prejuízo da defesa técnica, raciocínio contrário representaria a admissão de um absurdo desequilíbrio de forças durante o processo: de um lado, o Ministério Público, cômico de informações privilegiadas (com o aval do magistrado); de outro a defesa completamente vulnerável (BITTAR, 2011, p. 185).

Entretanto, não se pode ignorar a necessidade de preservação da segurança do delator, que pode se ver frente a desejos de vingança por parte dos delatados. Para isso, existem mecanismos de proteção a testemunha, como a escolta e a segurança domiciliar, por exemplo⁸³.

Entretanto, o sigilo da identificação do delator e das informações por ele prestadas não pode ser aceito. É de suma importância que as informações que incriminem o delatado

⁸² A Suprema Corte norte-americana rejeitou o argumento de que todas as informações, independentemente de sua relevância, deveriam ser reveladas, como havia entendido o tribunal inferior. A defesa alegava que, em nome do *compensation arrangement* (acordo de compensação), a acusação deveria revelar absolutamente todas as suas provas, sob pena de violação ao *right of confrontation*. A Corte, então, fixou o entendimento de que apenas as informações que pudessem influenciar positiva ou negativamente o julgamento deveriam ser reveladas, e não quaisquer informações em posse da acusação.

⁸³ Apesar da previsão legal de preservação da identidade do delator, conforme já discutido anteriormente, tal medida deve ser excepcional e justificada por decisão judicial, em razão do caráter violador do direito de defesa, conforme decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Norín Catrín y Otros vs. Chile*, já discutido.

sejam integralmente disponibilizadas à sua defesa. Caso contrário, o sistema se inclina para uma máquina de condenação sem defesa, como costumava ser o modelo inquisitório.

A manutenção do segredo, tendência do nosso ordenamento, apenas conduz à delação para um caminho mais autoritário, como já advertido por Ferrajoli, onde as garantias são deixadas em segundo plano, em detrimento de uma “segurança pública” a todo custo.

2.6.3 – Valor Probatório da Delação

Uma das maiores garantias processuais em favor do delatado diz respeito ao valor probatório a ser atribuído para a delação.

Em primeiro lugar, vale lembrar que a maior parte dos acordos é celebrada em fase de inquérito policial. Por essa razão, como qualquer outra prova obtida em fase de inquérito, ela deve ser confirmada sob o contraditório judicial, uma vez que não há contraditório na fase de inquérito. Este é o entendimento esposado no art. 155 do Código de Processo Penal.

O referido artigo ressalva as provas cautelares, irrepitíveis e antecipadas, que não precisariam de confirmação judicial. Entretanto, a delação premiada não se encaixa em nenhuma destas hipóteses, razão pela qual deve ser repetida em fase judicial para ter valor probatório.

Portanto, como garantia processual do delatado, não pode servir como prova no processo as informações do delator que não forem confirmadas em fase judicial.

Por outro lado, diante da possibilidade de que as provas produzidas no inquérito sejam utilizadas em juízo, em hipóteses previstas na lei (provas cautelares, irrepitíveis e antecipadas), o que se deveria exigir é uma maior garantia na produção das provas no inquérito. Infelizmente, não é isso que acontece, conforme já demonstrado anteriormente⁸⁴.

Entretanto, não se pode olvidar a possibilidade citada por Silva, de que a delação pode ser usada como indício investigativo, apenas, quando não confirmada sob o contraditório (SILVA, 2013). Neste caso, é necessário que não se faça qualquer referência às informações durante o processo, pois não poderão ser usadas como prova.

⁸⁴ De fato, apesar desta abertura para que as provas produzidas em inquérito sejam utilizadas em juízo, a jurisprudência continua entendendo inaplicável à fase de inquérito as garantias probatórias (CARVALHO, 2013), na contramão da alteração legislativa de 2008. De fato, a partir do momento em que a lei foi alterada para se admitir a utilização das provas produzidas no inquérito, a medida consequente seria a expansão da aplicação das garantias probatórias também à fase inquisitória, o que não vem sendo feito

Essa desconfiança nas informações advindas da delação deve-se a diversos fatores. Em primeiro lugar, as informações foram prestadas sem o contraditório, razão pela qual não possuem credibilidade extrínseca. E o outro motivo é que as declarações são extremamente parciais, devido ao óbvio interesse do delator em ajudar o máximo que puder para obter o prêmio. O delator é parte interessada no processo. Por essa razão, não se pode atribuir o crime de falso testemunho ao delator que não dizer a verdade: ele não é testemunha, mas uma parte interessada no resultado do processo⁸⁵ (PEREIRA, 2013).

Caso o delator reitere seus argumentos em juízo, existe uma série de precauções que devem ser tomadas pelo juiz para avaliar o valor das informações. Em primeiro lugar, o óbvio interesse do delator em ajudar, conforme já citado. Em segundo lugar, o juiz deve avaliar a coesão interna dos depoimentos prestados. Em terceiro lugar, deve cuidar o juiz para que cada uma das informações prestadas tenha objeto definido, bem como não sejam genéricas e sem lógica interna (PEREIRA, 2013).

Entretanto, o elemento mais importante é que todas as informações possam ser contraditadas pela defesa do delatado, que está sendo acusado em juízo (SILVA, 2013). Apenas por meio do contraditório se poderá aferir o grau de certeza das afirmações prestadas e sua consistência.

2.6.3.1 – A Condenação com Base na Delação

Pelos argumentos já expostos, é regra em nosso ordenamento a impossibilidade de condenação do delatado com base apenas na delação, ainda que seja essa confirmada pelo delator em fase judicial. Este entendimento está expresso no § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13⁸⁶.

Portanto, a sentença condenatória do delatado não terá valor algum se for baseada apenas na delação, sem considerar os outros elementos de prova produzidos (SILVA, 2013).

⁸⁵ Portanto, não faz sentido a exigência da parte final do § 14. do art. 4º da Lei 12.850. Conforme a lição de Pereira, “por esses motivos expostos, não andou bem o legislador ao incluir na parte final do § 14 do art. 4º da lei 12.850/13 a exigência de o colaborador assumir o compromisso legal de dizer a verdade, aqui parece ter confundido a obrigação de confessar, inerente ao instituto da colaboração premiada, com a imposição legal de dizer a verdade, o que não se coaduna com a condição de sujeito interessado no objeto do processo” (PEREIRA, 2013, p. 176).

⁸⁶ Art. 4º (...)

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Apesar de parecer simples, essa não é uma questão fácil. Muitas vezes o magistrado apenas cita outros elementos produzidos, sem fundamentá-los, quando, na verdade, a razão principal da condenação foram as informações do delator, assim como ocorre com a condenação baseada em elementos do inquérito policial.

Sendo assim, é necessário, além da simples referência a outros meios de prova, que seu uso seja genuinamente fundamentado e cotejado com as informações da delação e o substrato fático.

Mais um ponto criticável da Lei 12.850/13 foi afirmar, no § 10 do art. 4º⁸⁷, que, em caso das partes retratarem-se da proposta, as informações obtidas podem ser usadas, desde que não seja apenas em desfavor do delator. Tal possibilidade não pode ser admitida, pois uma vez que o delator se retrata da proposta, suas informações não podem ser usadas para nenhuma finalidade, nem em seu desfavor, muito menos em desfavor do delatado. Se não houve acordo, não há informações válidas.

2.6.3.2 – A Prisão Preventiva do Delatado

Da mesma forma que os elementos da delação não são suficientes para embasar uma sentença condenatória do delatado, também não são elementos hábeis, por si só, para fundamentar a prisão preventiva do delatado.

Apesar de todas as críticas que podem ser feitas às hipóteses de prisão preventiva previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, inclusive com relação à enorme abertura de seu discurso, entendemos, na linha de Pereira, que as informações não são suficientes para se enquadrarem nas hipóteses de prisão preventiva.

A suspeita que nasce da declaração do delator não possui racionalidade suficiente para embasar uma prisão preventiva, conforme afirma o referido autor:

Para além disso, é sempre bom recordar os riscos de se recair em um jogo inquisitório no qual se recorre a mecanismos de constrição sobre a palavra do acusado, utilizando-se a medida do arresto cautelar como meio de coação preliminar sobre a postura do agente investigado. Acaso se admitisse a prisão provisória apenas levando em consideração a colaboração processual, sem diligências apuratórias

⁸⁷ Art. 4º (...)

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

prévias que conferissem credibilidade ao declarante, sem contraditório, o instituto se converteria, ou estaria muito próximo disso, em instrumento deturpado de coação a confessar, cujo sucedâneo seria o favor da liberdade provisória com função nitidamente premial (PEREIRA, 2013, p. 181).

Admitir a prisão cautelar com base na delação é rejeita o postulado fundamental de presunção de inocência, conforme muito bem apontado pelo autor. A presunção de inocência é mais uma das garantias dos acusados que está em grande risco com a proliferação das prisões preventivas sem qualquer fundamento, a não ser afirmações do delator que não possuem credibilidade óbvia.

Além disso, a eventual prisão preventiva baseada nas informações do delator transforma a delação premiada em um reduto onde a prisão é obrigatória e não exceção, como ocorria no sistema inquisitório (FERRAJOLI, 2006).

Em conclusão, a delação pode ter sim valor probatório, desde que tenha credibilidade interna e, principalmente, que seja confirmada em juízo pelo delator sob o crivo do contraditório. Entretanto, apesar desse valor probatório, sua deficiência intrínseca impede que seja fundamento para condenação e para a prisão preventiva, devendo ser acompanhada por outros elementos aptos a afastar a presunção de inocência.

2.6.4 – Mídia, Segredo e a Ruína da Presunção de Inocência

Como indicado no início do tópico, a inquisição do ponto de vista do delatado se expressa através da negativa do direito de defesa e na violação da garantia fundamental da presunção de inocência, entre outros. Segundo esta garantia fundamental, insculpida no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória.

Segundo Ferrajoli, tal princípio é a garantia de segurança social, pois esta é ameaçada não apenas pelos crimes, mas também pelas prisões arbitrárias (FERRAJOLI, 2006). Durante a Inquisição, como destacado no capítulo 1, não havia presunção de inocência. Basta lembrar que a dúvida já bastava para a condenação, fato este que tal princípio nega veementemente.

A presunção de inocência do delatado é atacada de diversos meios em nosso ordenamento. Já indicamos o ataque realizado pelas condenações baseadas apenas na delação,

bem como o absurdo da prisão preventiva baseada exclusivamente nas informações do delator.

Entretanto, o ataque mais voraz à presunção de inocência se dá através da junção de dois elementos: o sigilo do conteúdo dos acordos e a mídia de massa.

Como já destacado, o sigilo do conteúdo das declarações está consagrado em nosso sistema, com a publicidade sendo apenas uma exceção declarada pelo juiz. Com isso, o delatado não pode acessar o conteúdo dos depoimentos e contraditá-los.

Ao mesmo tempo, a imprensa consegue ter acesso e divulgar dados de acordos que estão em tramitação, sem nenhuma dificuldade. Na maioria das vezes, consegue acesso aos nomes dos delatados e divulga-os pela imprensa, criando um cenário caricato.

De um lado, a mídia, divulgando informações que estariam, teoricamente, sob sigilo. Do outro, o delatado, que fica sabendo das acusações contra sua pessoa através da imprensa, sem que consiga ter acesso ao conteúdo da delação para que possa se defender.

Esta situação é muito comum em casos de repercussão nacional, como vem ocorrendo recentemente no caso de corrupção da estatal *Petrobrás S.A.* Este caso serve de exemplo para demonstrar que o sigilo não serve ao interesse de ninguém, nem mesmo dos delatores, que têm seus nomes expostos nos noticiários frequentemente.

O efeito dessa divulgação na mídia é que cai sobre o delatado uma presunção de culpabilidade, e não de inocência, uma vez que este não possui condições de defender-se das acusações, e se vê bombardeado pela imprensa com perguntas às quais não tem condição de responder. O efeito disso é uma condenação popular sem julgamento, uma presunção de culpabilidade que faria inveja ao regime inquisitório do século XVI.

Ferrajoli já discorria acerca dos efeitos da combinação da imprensa com o sigilo, afirmando que o processo se torna um espetáculo feito para agradar leitores de jornais, que se veem ávidos pelos novos capítulos, tal qual a descrição de Foucault acerca da tortura no medievo (capítulo 1). A imprensa busca novas notícias que, por serem tecnicamente sigilosas, chegam aos jornalistas em primeira mão, levando a uma divulgação desmedida (FERRAJOLI, 2006).

É por essa razão que o autor afirma ser extremamente perigosa a junção entre segredo e repercussão, pois o delatado ou acusado se vê atingido pelos efeitos negativos tanto do sigilo quanto da publicidade exacerbada:

É claro que esse conúbio híbrido entre segredo e repercussão propicia ao imputado as desvantagens tanto do sigilo quanto da publicidade. O rumor em torno do

processo, aumentado enormemente pela relação ambígua que se instaurou nos últimos anos entre *mass media* e órgãos voltados à persecução, é de fato inversamente proporcional à efetiva cognoscibilidade dos atos processuais, permitida de maneira distorcida pelo vazamento de notícias de modo unísono durante a instrução, mas impedida, na fase dos debates, pela crescente dimensão das atividades judiciárias. Sob esse aspecto, a publicidade parcial do processo misto acaba sendo uma publicidade unicamente da acusação – da incriminação, da prisão, e das provas da acusação – e não da defesa, convertendo-se assim de garantia contra o arbítrio em instrumento ulterior de penalização social preventiva (FERRAJOLI, 2006, p. 494).

Como demonstrado pelo autor, uma das incongruências está no fato de se dar grande publicidade à acusação, sem que seja possível a defesa, tanto pelo segredo das informações quanto pelo desinteresse da mídia.

Esse fenômeno, segundo Ferrajoli, demonstra a transformação do direito penal de sistema de controle retributivo e sistema de controle preventivo (FERRAJOLI, 2006). É criada uma função estigmatizante em cima do fato de ser investigado que supera o estigma do condenado. O investigado (ou delatado, no nosso caso) é um exemplo daquilo que a investigação pode causar: a condenação social anterior à qualquer sentença condenatória.

Sendo assim, além de todos os problemas gerados pelo sigilo isoladamente considerado, já discutidos, seu efeito mais perverso é levar à ruína qualquer presunção de não culpabilidade que poderia pairar sobre o delatado. Este não tem mais o direito de se dizer inocente até a sentença, pois isso equivaleria, perante a imprensa, em confissão de sua culpa.

Além disso, essa promiscuidade entre mídia e órgãos de persecução penal leva a uma violação da lógica geral da prova, uma vez que ficará efetivamente provado pela mídia perante a sociedade a culpabilidade do delatado, e não haverá nada que ele possa fazer.

Mais uma vez, essa pesquisa se inclina em sentido contrário à onda legiferante e jurisprudencial de consagração do sigilo da delação. A publicidade deve ser a regra em um sistema acusatório e garantista, e é a única possibilidade que se ajusta ao texto constitucional. Se o delatado deve sofrer com algo, que seja com o excesso de publicidade, e nunca com o oposto.

2.7 – A JURISPRUDÊNCIA

2.7.1 – A Delação Premiada no Supremo Tribunal Federal

Para encerrar a análise da conformação da delação premiada em nosso ordenamento devemos analisar como a questão vem sendo trabalhada por nossos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Na pesquisa de jurisprudência pelo sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal foram obtidos 30 acórdãos usando os termos “delação premiada” como filtro, bem como 12 acórdãos usando os termos “colaboração premiada” como filtro⁸⁸.

Contudo, todos os resultados obtidos com os termos “colaboração premiada” já haviam sido previamente encontrados com os termos “delação premiada”, reduzindo os casos a 30 acórdãos. Destes, 12 resultados não possuem relação com o tema, ou apenas citam o instituto incidentalmente.

A primeira observação que se faz acerca da jurisprudência do STF é de que, assim como em diversos outros assuntos, o tribunal se nega a avaliar a concessão da delação premiada sob o fundamento de que envolveria revolvimento de matéria fática, o que seria inviável tanto pela via do recurso extraordinário quanto pela via do *habeas corpus*⁸⁹.

Além disso, pode-se perceber, nestes mesmos processos que se recusam a analisar a concessão da delação premiada, um claro discurso de que a colaboração não foi “suficientemente” efetiva para justificar o benefício. Neste sentido, o acórdão no Habeas Corpus 109043/SP⁹⁰, ao afirmar que:

Bem se vê, portanto, que as instâncias ordinárias, concluíram, com base nos elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório, que o paciente não envidou esforços suficientes para a identificação dos demais coautores ou partícipes do grupo criminoso, não preenchendo os requisitos necessários à incidência da causa de diminuição da pena em questão (HC 109043/SP, p. 7).

Aceitar que o benefício não seja concedido apenas por ter sido requerido pela via do *habeas corpus*, como na maioria dos casos encontrados, ou apenas se restringir ao discurso de que a colaboração não foi efetiva, equivale a institucionalizar a deslealdade por parte dos

⁸⁸ Pesquisa realizada em 01/06/2015.

⁸⁹ Neste sentido, as decisões nos seguintes processos: HC 119976/SP, HC 109043/SP, HC 117946/PR, HC 118578/PE, HC 108716/SP, HC 114388/SP, RHC 107759/RJ, HC 89847/BA, HC 101436/SP e AgR no AI 820480/RJ, no total 10 processos, mais da metade dos resultados relacionados à pesquisa.

⁹⁰ HC 109043, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULGADO EM 21-02-2014 PUBLICADO EM 24-02-2014.

organismos estatais, que, ao invés de recompensarem, criam discursos para evitar a concessão do prêmio.

Mais correto nos parece o entendimento esposado pelo mesmo tribunal no julgamento do HC 99736/DF⁹¹, ao afirmar que negar-se ao exame do grau de colaboração ou criar embaraços à concessão do prêmio é assumir uma conduta desleal perante o colaborador:

A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura sobretudo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame de grau de relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no *caput* do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade (HC 99736/DF, p. 6).

Entretanto, este foi um caso em meio a um mar de julgamentos que não vai além de repetir o discurso da inviabilidade do meio e da falta de eficácia da colaboração.

Em razão deste discurso jurisprudencial, não se pode aceitar os argumentos expostos por Sanctis em sua obra, no sentido de que não há no sistema insegurança para o delator, já que este poderia ter seu direito reconhecido até mesmo em Corte Superior:

A garantia da delação premiada é fornecida pela lei, ou seja, a real possibilidade de ver a pena extinta ou diminuída decorre da conduta de alguém que deseja, sem afirmações dúbias ou inconsistentes, auxiliar os trabalhos da Justiça. O pressuposto, do qual não se pode afastar, é a confiança na Justiça criminal, com possibilidade de seu direito vir a ser reconhecido até em Corte Superior, caso considere inadequada decisão que eventualmente não o reconheça ou que reduza a pena de forma insuficiente (SANCTIS, 2015, p. 204).

Evidentemente, o autor fechou os olhos à realidade da jurisprudência do STF ao fazer tal afirmação, uma vez que, conforme se constatou, o discurso mais presente na jurisprudência é o de “inviabilidade do meio” ou “impossibilidade de reexame de provas”. Antes fossem os fatos da forma mencionada pelo autor.

⁹¹ HC 99736, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULGADO EM 20-05-2010 PUBLICADO EM 21-05-2010.

Além deste discurso, há outro que se pode observar na jurisprudência da corte: a colaboração deve resultar na efetivação dos coautores, na localização da vítima ou na recuperação do produto do crime. Este é o entendimento expressamente esposado pelo HC 89847/BA⁹². Como já afirmado anteriormente, esse discurso equivale submeter a concessão do prêmio ao trabalho dos agentes repressivos estatais e não à colaboração prestada pelo agente. Entretanto, este é o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁹³.

Não se pode concordar com tal posicionamento no sentido da cumulatividade dos requisitos estabelecidos para a delação. Conforme destaca Renato Brasileiro de Lima, a própria lei de lavagem de ativos estabelece, no § 5º do art. 1º que a delação deve resultar em um dos resultados ou outro, não sendo necessário que o delator forneça absolutamente todas as informações necessárias às autoridades (LIMA, 2013).

Também se mostra interessante o posicionamento da corte no julgamento HC 85701/SP⁹⁴, onde foi negada a concessão do benefício sob o argumento de que a vítima não foi localizada com a integridade física preservada. Neste caso, o tribunal entendeu que todos os requisitos do art. 13 da Lei 9.807/99 são cumulativos, além de negar a concessão do benefício sob o argumento de que o acordo não foi voluntário. Em primeiro lugar, não se pode entender que os requisitos do art. 13 da Lei 9.807/99 são cumulativos, uma vez que cada um deles trata de uma hipótese diversa de colaboração. Além disso, é um absurdo negar o benefício sob o fundamento de que a colaboração não foi voluntária: se não há voluntariedade, a delação é ilegal, e as informações obtidas são ilícitas, não podendo ser utilizadas! O reconhecimento da falta de voluntariedade do acordo leva a anulação de todo o acordo, com a impossibilidade de uso de quaisquer informações. Mais uma vez, não se pode encontrar a lógica por detrás da decisão da corte.

Além destes discursos, a jurisprudência também determina expressamente o sigilo dos acordos de delação, como se pode determinar do HC 90688/PR⁹⁵. Na verdade, em tal caso é feita uma “concessão” a favor do paciente, no sentido de lhe revelar as autoridades que

⁹² HC 89847, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULGADO EM 26-06-2008 PUBLICADO EM 27-06-2008.

⁹³ Neste sentido, os julgados: HC 89847/BA, AgR no AI 820480/RJ, HC 119976/SP, HC 109043/SP e HC 118578/PE.

⁹⁴ HC 85701, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-084 DIVULGADO EM 07-05-2009 PUBLICADO EM 08-05-2009.

⁹⁵ HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULGADO EM 24-04-2008 PUBLICADO EM 25-04-2008.

firmaram o acordo, mas reafirma-se o fato de que o sigilo do conteúdo da delação não pode ser quebrado⁹⁶.

Ainda acerca da jurisprudência do STF, no famoso caso da Ação Penal 470, caso “Mensalão”, a corte admitiu a possibilidade do Ministério Público não oferecer denúncia contra os delatores, pois o princípio da indivisibilidade da ação penal não se aplicaria à ação penal pública. Esse entendimento, apesar de se coadunar com o contido no § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13, já discutido, é inquisitório do ponto de vista do delator e do delatado, por suprimir o controle judicial do ato.

Entretanto, um dos entendimentos mais problemáticos já assumidos pela corte, representativo de parte do argumento central desta pesquisa, é aquele contido na decisão do HC 97553/PR⁹⁷, ao afirmar que a intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação não afasta sua imparcialidade.

Segundo o entendimento do tribunal, as únicas hipóteses de impedimento estão contidas no art. 252 do Código de Processo Penal, e a participação do magistrado no acordo de delação não está prevista entre elas.

Assim, apesar de ter o magistrado presidido o inquérito durante o qual foi firmado o acordo de delação, o relator entendeu que

atua apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. (...) O mesmo se diga com relação a eventual coleta de depoimentos em sede de delação premiada, cujas informações podem, a critério do Ministério Público, ser relevantes para a apuração dos fatos imputados a organização criminosa e ensejar eventual concessão das benesses previstas em lei ao delator (HC 97553/PR, p.3).

Como pôde a Corte Superior fechar os olhos ao fato de que, como ele mesmo afirmou, o juiz procedeu à montagem do acervo probatório? A partir do momento em que o juiz passa a se encarregar de matéria probatória, em qualquer procedimento, se confundem os papéis probatórios e de julgamento, afastando a imparcialidade do juiz.

Pereira já destaca que o magistrado deve se manter distante de qualquer ato investigativo, sob pena de contaminação de qualquer julgamento posterior que possa fazer:

⁹⁶ O sigilo do conteúdo da delação também é previsto na jurisprudência do STJ, podendo-se citar como exemplos as decisões na Ação Penal 707 e no Habeas Corpus nº 59115/PR.

⁹⁷ HC 97553, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJe-168 DIVULGADO EM 09-09-2010 PUBLICADO EM 10-09-2010.

A colaboração premiada, enquanto atividade preliminar de coleta de elementos apuratórios no âmbito investigativo, deve ser dirigida por membro do MP, mantendo-se o juiz afastado das tomadas de depoimento do arrependido e dos prêmios conexos aos ajustes esboçados. Ao juiz compete aferir a observância preliminar dos pressupostos do instituto em concreto e se foram observadas as garantias do colaborador, sem se comprometer antecipadamente com a concessão do prêmio ao agente, tampouco se envolvendo em atos de cunho investigatório (PEREIRA, 2014, p. 145).

Vale lembrar que a concentração das funções na figura do juiz é uma das principais características do sistema inquisitório, como debatido alhures.

Ferrajoli afirma que tal separação entre funções de prova e de julgamento é uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa (FERRAJOLI, 2006). Sendo assim, a função probatória elimina a equidistância do juiz em relação às partes, uma vez que este desejará, obviamente, confirmar as provas incriminatórias que ele mesmo ajudou a produzir.

Portanto, tal entendimento adotado pelo tribunal apenas confirma o entendimento de que a delação em nosso sistema é um reduto da moderna inquisição, violando o sistema processual penal que nossa Constituição (que deveria ser defendida pelo tribunal) tentou estabelecer.

2.7.2 – A Delação Premiada no Superior Tribunal de Justiça

Já o Superior Tribunal de Justiça possui uma jurisprudência mais farta sobre o tema. Em seu sítio eletrônico foram obtidos 107 acórdãos usando os termos “delação premiada” como filtro, e 23 acórdãos usando os termos “colaboração premiada”⁹⁸. Entretanto, todos os resultados obtidos com o filtro “colaboração premiada” já haviam sido obtidos anteriormente com o outro filtro, restando 107 resultados.

Destes, 23 resultados não possuíam relação com o tema pesquisado, ou os filtros foram apenas citados. Ainda, em outros 24 resultados a matéria não foi diretamente debatida

⁹⁸ Pesquisa realizada em 01/06/2015.

em razão da existência de algum óbice processual, como impropriedade do meio, ausência de prequestionamento ou necessidade de reexame de matéria fática (Súmula 7/STJ) ⁹⁹.

Aqui, o discurso mais comum da jurisprudência é aquele da ineficiência da colaboração ¹⁰⁰ para se negar a concessão do prêmio. De fato, 25 dos resultados encontrados afirmam não ser possível a concessão do prêmio no caso por ter sido a colaboração ineficiente ou não ter preenchido os requisitos legais (identificação dos demais coautores, localização da vítima com integridade física preservada, recuperação do produto do crime). Isso equivale a dizer que em quase metade dos casos a delação premiada é analisada apenas para se afirmar que a colaboração não foi eficiente o suficiente para justificar a concessão do prêmio.

Essa generalização discursiva chega ao auge nos casos em que o benefício é negado por não ter a colaboração não ter sido expressamente citada na sentença condenatória dos delatados. Este é o entendimento que restou consagrado no HC 90962/SP¹⁰¹ e no HC 115065/DF¹⁰². Como já afirmado anteriormente, a colaboração é a medida do prêmio, e não se pode submeter sua concessão a um efeito independente, como a condenação dos delatados. Muito menos ao fato de não ter sido a colaboração citada na sentença condenatória, pois isso permitiria que se deixasse de citar as informações apenas para se evitar a concessão do prêmio.

Ainda no âmbito da efetividade da colaboração, o HC 198665/DF¹⁰³ entendeu que não é cabível a concessão do benefício quando o delator identifica “apenas um corrêu”, sem indicar os demais. Sendo assim, seria necessário a indicação de todos para se ter direito ao benefício, ainda que mínimo? Vale lembrar que cabe ao delator escolher as informações que revelará, consciente de que esta quantidade irá influenciar a medida de seu prêmio. Não se pode afirmar que indicar “apenas” um corrêu seja insuficiente, pois já é mais do que aquilo que os órgãos investigativos conseguiram obter.

Sendo assim, pode se concluir que não se trata de uma mera coincidência a presença deste discurso em quase metade dos casos em que a delação é diretamente analisada.

⁹⁹ Neste sentido, como exemplos: AgRg no REsp 1301255/MT, HC 242663/RJ, HC 114648/RJ, HC 156349/SP, AgRg no ARES 451724, HC 294010/SP, RHC 50121/MG, AgRg no RESP 1342113, HC 131357/DF.

¹⁰⁰ Neste sentido, como exemplos: HC 90962/SP, HC 92922/SP, HC 131279/SP, HC 17286/DF, HC 191490/RJ, HC 194022/MS, HC 198665/DF, HC 217438/ES, HC 233855/MS, AgRg no RESP 1244641/SP, AgRg no RESP 1254534/PR, AgRg no RESP 1301255/MT, AgRg no RESP 1373622/SP, RESP 1477982/DF, AgRg no Ag 1317120/SP, HC 195794/RJ, HC 215315/SP, HC 174286/DF, HC 114648/RJ, HC 156349/SP, HC 151748/SP, HC 150408/SP, HC 120454/RJ, HC 118030/SP.

¹⁰¹ HC 90.962/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 22/06/2011.

¹⁰² HC 115.065/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 13/12/2010.

¹⁰³ HC 198.665/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013.

A conclusão a que se chega é que há um discurso pronto e cômodo na jurisprudência do STJ para se negar a concessão do prêmio: basta afirmar que a colaboração não foi suficiente, encerrando a discussão. Junte-se a isto o fato de que não se pode reanalisar a matéria fática (Súmula 7/STJ) para que se tenha uma fórmula pronta para se negar quaisquer pedidos relacionados ao tema.

Por fim, caminhando em sentido contrário à pretensão universalizante da Lei 9.807/99, que pretende que a delação possa se aplicar a qualquer tipo de crime, a jurisprudência do STJ fixou o entendimento de que não cabe no crime de latrocínio, pois não seria possível a “localização da vítima com vida”. Este é o entendimento do HC 202943/MG¹⁰⁴. Ora, se tratando de latrocínio, obviamente não se pode localizar a vítima com vida. Entretanto, o delator pode colaborar através de outros meios, como a identificação dos coautores. O entendimento do tribunal faz com que seja negado o benefício ao delator que identificar todos os coautores do latrocínio, pelo simples fato de que não foi localizada a vítima com vida. Vale lembrar que o art. 13 da Lei 9.807/99 não exige a cumulatividade dos seus requisitos, sendo esta uma criação desta jurisprudência desleal.

Até mesmo a doutrina é clara no sentido de que a aplicação da Lei 9.807/99 universalizou o instituto da delação, não cabendo à jurisprudência criar limitações aos tipos de crimes. Conforme Renato Brasileiro de Lima, se tal entendimento for levado ao pé da letra, a referida lei apenas se aplicaria para os casos de extorsão mediante sequestro (LIMA, 2013).

Mais um ponto passível de críticas na jurisprudência do STJ é aquele definido no HC 35484/RS¹⁰⁵. Neste caso, o promotor de justiça estabeleceu na denúncia que o delator deveria confirmar em sede judicial as informações para ter direito à concessão do benefício, e o Superior Tribunal de Justiça entendeu válida esta exigência. Entretanto, este entendimento fere a lógica até então estabelecida de que a colaboração pode ser apenas investigativa desde que não seja usada como prova no processo. O estabelecimento de cláusula semelhante faz com que toda a colaboração investigativa não leve a prêmio nenhum caso o delator não reiterar as informações em juízo.

Entretanto, o entendimento mais problemático de nossa jurisprudência, corroborado pelo STJ, diz respeito à relação entre a delação premiada e a prisão preventiva.

O exemplo mais emblemático pode ser identificado no caso da chamada “Operação Lava Jato”, força-tarefa investigativa da polícia federal responsável por investigar

¹⁰⁴ HC 202.943/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 04/09/2013.

¹⁰⁵ HC 35.484/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 03/10/2005, p. 291.

os casos de corrupção na estatal Petrobrás S.A., envolvendo a compra da refinaria norte-americana de Pasadena e a compra de apoio político por grandes construtoras, bem como fraudes a licitações.

Após a decretação da prisão temporária de chefes de construtoras, e sua posterior conversão em prisão preventiva, foram impetrados os Habeas Corpus nºs 5029016-71.2014.4.04.0000 e 5029050-46.2014.404.0000 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Em primeiro lugar, a decisão proferida pelo Tribunal nos processos citados entende ser motivo suficiente para a prisão preventiva dos pacientes o fato de seus nomes terem sido citados por delatores, desconsiderando o fato de as informações do delator não terem sido contraditadas e os inegáveis cuidados que se deve tomar com relação à fidedignidade das informações do delator¹⁰⁶.

O *site* Conjur publicou, em 27 de novembro de 2014, notícia intitulada “Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar”. Segundo a notícia, nos dois processos citados, entre outros, o Ministério Público Federal emitiu parecer defendendo a manutenção da prisão preventiva como mecanismo para incentivar a confissão e a colaboração dos acusados. Na cópia do parecer disponibilizado no *site*, podem ser destacados os seguintes trechos:

(...)

2. Além de se prestar a preservar provas, o elemento 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, a exemplo de tantos outros.

(...)

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

¹⁰⁶ TRF4 5029050-46.2014.404.0000, Oitava Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, publicada no Diário Eletrônico em 26/01/2015.

(Parecer apresentado pela Procuradoria Regional da República da 4ª Região nos autos do Habeas Corpus nº 5029016-71.2014.4.04.0000, divulgado pelo site ConJur)¹⁰⁷.

Esta é a tortura de nosso século. Durante o sistema inquisitório, a tortura e a inquisição possuíam fundamento religioso, mas a tortura era escancarada, abrasiva e fulminante. Agora, já que estamos diante da inquisição laica (CARVALHO, 2005), a tortura é velada, escondida, exercida através da prisão cautelar e justificada por um discurso próprio. Esse discurso se transveste de diversas ideias, como a garantia da ordem pública ou a conveniência da instrução criminal, mas em essência o objetivo é o mesmo: forçar o acusado a confessar.

No caso citado, não houve nem o cuidado de esconder a finalidade. O parecer fala claramente em “influenciá-lo na vontade de colaborar”. Assim, nada mais eficaz do que se manter o acusado preso preventivamente até que ele decida confessar e colaborar com a justiça.

Apesar de a decisão do habeas corpus citado não se referir a este controverso argumento exposto pelo procurador, manteve a prisão preventiva aos acusados, o que nos pode levar a seguinte conclusão: mesmo que oculta pelo discurso de “conveniência da instrução criminal”, a relação que se estabelece entre prisão preventiva e delação premiada é outra. A prisão preventiva passou a ser o meio para se chegar à delação. Enquanto na Inquisição medieval o meio para se chegar à confissão era a tortura física, agora esta função é preenchida pela prisão preventiva.

Além disso, como demonstra a decisão nestes mesmos processos citados, que pode ser acessada pelo sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a delação vem sendo considerada como indício suficiente para justificar as prisões cautelares, com a conivência do Superior Tribunal de Justiça. Essa conivência se comprova ao se observar que este último negou a reforma das decisões do TRF da 4ª Região, como demonstram as decisões dos Habeas Corpus 310447/PR e 310284/PR, por exemplo. Estes dois últimos foram impetrados no Superior Tribunal de Justiça contra a decisão do tribunal de segunda instância, mas continuaram sem sucesso. Aliás, isto apenas corrobora o argumento, já exposto, da existência de uma fórmula cômoda para a resolução das questões relacionadas ao tema, como já observado com relação ao discurso institucionalizado da “ineficácia da colaboração”.

¹⁰⁷ Cópia do parecer disponibilizado eletronicamente pelo site *ConJur* em 27 de novembro de 2014. Acesso disponível pelo endereço: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>. Acessado em: 25/03/2015.

Portanto, o que se pode concluir é que o discurso jurisprudencial consagra uma íntima relação entre prisão preventiva e delação premiada, relação essa que se manifesta em dois sentidos: prisão do delator e prisão do delatado. O primeiro sentido é justificado pelo discurso de garantia da ordem pública ou “conveniência da instrução criminal”, para forçar, ou então “incentivar” (eufemisticamente) o acusado a colaborar. No segundo sentido, a prisão é justificada, pois a mera delação é entendida como indício suficiente para justificá-la.

Instaurada por nossa jurisprudência, em resumo, a prisão obrigatória no âmbito da delação premiada; uma função por demais semelhante àquela representada pela prisão durante a Inquisição medieval.

2.8 – MICROSSISTEMA INQUISITÓRIO

O panorama da delação premiada em nosso ordenamento até aqui exposto serve para demonstrar a institucionalização de um microssistema inquisitório, laico, mas com o mesmo núcleo fundante da Inquisição e a manutenção de suas características principais.

Como já afirmado anteriormente, a presente pesquisa entende que, do ponto de vista do acusado, o núcleo fundante da Inquisição é a negativa do direito de defesa. Este elemento pode ser claramente observado no que foi até então exposto. Entretanto, diversas outras características da Inquisição podem ser também identificadas.

Para se concluir este capítulo, as manifestações de inquisitorialidade podem ser divididas em três categorias, apenas como reclassificação do quanto já foi exposto até então.

Do ponto de vista da organização do sistema premial, os elementos de Inquisição se manifestam, principalmente, pela emergencialidade do sistema, a atrofia do poder investigativo estatal e a fragmentação legislativa, que levam a uma negativa de defesa e uma clara violação ao princípio da legalidade, que é regra inafastável em matéria penal.

Do ponto de vista dos direitos do delator, pode-se citar os seguintes elementos: a busca pela confissão como mote do sistema (veja-se a declarada necessidade de confissão para a colaboração), a exigência de renúncia genérica do direito ao silêncio, o discurso de efetividade da colaboração e a ausência de procedimento, bem como todos os empecilhos que são criados para a concessão do prêmio.

Por fim, com relação aos direitos do delatado, as manifestações também são múltiplas: ausência de direito de defesa, segredo do conteúdo da delação, o controverso valor probatório e a destruição da presunção de inocência.

A situação é ainda agravada pela jurisprudência, que admite e defende a deslealdade estatal (negando o prêmio de diversas maneiras, por vezes contrárias à própria lei), admite a concentração da prova e do julgamento na figura do juiz e estabelece a prisão obrigatória para incentivar a colaboração.

Em razão de todos estes fatos, entre muitos outros, a presente pesquisa conclui que o ordenamento da delação premiada no Brasil é um reduto de abusos e falta de controle, se transformando em uma atualização contemporânea do inquisitório laico.

Como se demonstrou, os espaços discricionários e arbitrários são muitos, os abusos são frequentes e o controlador não exerce sua função de controle. Como afirma Bittar:

As possibilidades de coação sutis (mas eficazes) ao agente preso (ou na iminência de sê-lo) são inúmeras e, por isso, exigem redobrada atenção do magistrado, sob pena de invalidar a delação e, com isso, comprometer toda investigação ou processo, pois a lealdade que o Estado deve ter para com o investigado ou processado fica comprometida, impossibilitando a concreção de um ato jurídico válido (BITTAR, 2011, p. 194).

Não há discurso capaz de conciliar a existência de um sistema como esse dentro da moldura acusatória e garantista estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Já pela teoria kelseniana da norma constitucional foi estabelecido que uma norma infraconstitucional não pode escapar à sua moldura, quanto mais todo um sistema legal, doutrinário e jurisprudencial.

Fato é que a prática premial atual sangra o texto da constituição, e tal situação não pode ser admitida. Entretanto, não existe disposição dos órgãos estatais para a mudança, pois, como já debatido, a delação é o mecanismo mais eficiente e rápido para a solução dos crimes, e para isso ela vem funcionando bem, ainda que a custo dos mais basilares princípios constitucionais.

CAPÍTULO 3 – *PLEA BARGAIN* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

O instituto da delação premiada no Brasil foi inspirado pela prática americana da *plea bargain*. Entretanto, o instituto foi transplantado pelo legislador para o nosso sistema sem observar as cautelas necessárias para se assegurar a preservação das garantias constitucionais. Em consequência, o sistema apresenta os mais diversos problemas, como se buscou exemplificar no capítulo anterior.

Neste capítulo se pretende demonstrar como até mesmo uma análise superficial da forma como se configura o instituto da *plea bargain* no direito norte-americano pode demonstrar algumas garantias a serem incorporadas em nossa regulação premial, sofisticando o sistema e reduzindo, ainda que minimamente, os abusos perpetrados pelas autoridades na aplicação da delação premiada.

3.1 – O CONCEITO DE *PLEA BARGAIN*

A *plea bargain* não equivale ao instituto da delação premiada presente em nosso país. Na realidade, trata-se de um instituto mais simples. Em esparsas linhas, a *plea bargain* consiste em uma negociação entre o acusador e o acusado para que este alegue ser culpado do crime do qual está sendo acusado ou assuma a pena em troca de algum benefício determinado.

A diferença central consiste em não haver a exigência de colaboração do acusado com as investigações, como regra, apesar desta estar presente nos acordos específicos chamados de “acordos de colaboração”. Contudo, o mecanismo geral de funcionamento dos institutos é o mesmo: o acusado renuncia a determinados direitos (como o de ir a julgamento e o de não produzir provas contra si mesmo) em troca da obtenção de algum benefício de natureza material.

Este é, aliás, o conceito de *plea bargaining* apresentado pelo Departamento de Investigação Federal norte-americano (FBI), ao afirmar que

plea bargain é um acordo de que o acusado se declarará culpado da acusação original ou de outro crime em retorno à alguma concessão do acusador. As concessões típicas incluem a retirada de outras acusações ou uma recomendação ao

juiz ao juiz por uma sentença em particular (ou um acordo de não se opor a eventual pedido da defesa por alguma sentença em particular). (tradução nossa)¹⁰⁸

A doutrina não diverge deste conceito, conforme a definição prestada por Saltzburg e Capra, de que a *plea bargain* “é o acordo mediante o qual o acusado se declara culpado de alguma acusação com a razoável expectativa de receber alguma consideração estatal” (SALTZBURG, CAPRA, 1996, p. 817 – tradução nossa).

Petegorsky diferencia dois tipos fundamentais de acordo: acordo de acusações (*charge bargaining*) e acordo de sentença (*sentence bargaining*). No primeiro, o acusado se declara culpado por uma acusação em troca da retirada de outras, enquanto no segundo a acusação se compromete a recomendar uma sentença menor em retorno à declaração do acusado, embora o juiz não seja obrigado a acatar a recomendação da acusação como decorrência do sistema penal norte-americano (PETEGORSKY, 2013).

Interessante notar, ainda, a diferenciação estabelecida por Gardner e Anderson entre os conceitos de *plea bargain* e *guilty plea*. Segundo os autores, a *guilty plea* é aquilo que se negocia dentro da chamada *plea bargain*. Portanto, para a *plea bargain*, não basta a mera declaração de culpabilidade, mas a negociação envolvendo essa declaração (GARDNER, ANDERSON; 2013). Apenas essa diferenciação já deixa claro que a *plea bargain* envolve a concessão de um prêmio, ou pelo menos uma postura ativa do acusador no sentido da sua concessão¹⁰⁹.

Deve-se ressaltar que o acordo, tecnicamente, envolve a renúncia a três direitos fundamentais em particular, conforme ensina Douglass: o direito de ir a julgamento, o direito à não auto-incriminação e o direito de contestar eventuais violações ocorridas previamente ao acordo (DOUGLASS, 2007).

Em razão deste alto grau de renúncia, a Suprema Corte norte-americana estabeleceu, em diversos casos, uma série de requisitos para que possa se constatar a validade de um acordo de culpabilidade; o que, aliás, deveria estar sendo feito também por nossos tribunais.

¹⁰⁸ “A plea bargain is an agreement that the defendant will plead guilty to the original or another charge in return for some concession from the prosecutor. Typical concessions include dismissal of other charges or a recommendation to the judge for a particular sentence (or an agreement not to oppose the defendant’s request for a particular sentence).” (Federal Bureau of Investigation. *A Brief Description of the Federal Criminal Justice Process*. Texto disponível em: http://www.fbi.gov/stats-services/victim_assistance/a-brief-description-of-the-federal-criminal-justice-process. Acesso em 04/05/2015.

¹⁰⁹ Assim afirmam os autores: “Not all guilty pleas are bargained, however. Many guilty pleas are entered every day in U.S. courts without any assurance from a prosecutor concerning the penalty. Plea bargaining, or sentence bargaining, implies a situation in which a defendant receives (or is assured of) a consideration in return for a guilty plea” (GARDNER, ANDERSON; 2013).

3.2 – ESTABELECIMENTO DE PROCEDIMENTO

Primeiramente, cabe destacar que, mesmo no sistema de *common law* predominante no direito norte-americano, houve o cuidado em se estabelecer um detalhado procedimento para a *plea bargain* e a submissão de uma *guilty plea*.

Tal procedimento encontra-se contido na regra 11 de “Federal Rules of Criminal Procedure”¹¹⁰. Este documento é um conjunto de regras, com força legal, que estabelece os procedimentos criminais para as cortes federais. O texto foi elaborado pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme autorização concedida pelo próprio poder Legislativo norte-americano no chamado “Code of Law of the United States of America”¹¹¹.

Não convém a esta pesquisa tratar de todos os dispositivos da citada regulamentação, considerando a sua extensão. Convém tratar apenas das disposições relevantes aos fins do trabalho.

Um primeiro aspecto que merece destaque é o fato de que todo o procedimento envolvendo a negociação deve ser público, e não sigiloso, como ocorre em nosso ordenamento. Até mesmo o nome do acusado deve ser revelado, uma vez que a regra B-2 estabelece que a corte deve se dirigir pessoal e claramente ao acusado¹¹². Da mesma forma, com maior clareza, a regra C-2 estabelece que o conteúdo do acordo deve ser negociado publicamente pelas partes¹¹³, sendo que a negociação em segredo é exceção e deve ser fundamentada pelo juiz¹¹⁴.

¹¹⁰ O documento pode ser considerado como um equivalente do nosso Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/uscourts/rules/criminal-procedure.pdf>. Acesso em 04/05/2015.

¹¹¹ O “Code of Law of the United States of America” consiste em uma “compilação” e codificação de regras federais. É publicado a cada 6 anos pela Câmara norte-americana (House of Representatives). O seu título 28, no parágrafo 2072, assim afirma: “The Supreme Court shall have the Power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases in the United States district courts (including proceedings before magistrate judges thereof) and courts of appeals”. Sendo assim, as disposições da “Federal Rules of Criminal Procedures” são disposições vinculantes da Suprema Corte, e não apenas recomendações.

¹¹² (2) Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).

¹¹³ A doutrina norte-americana destaca ainda que a negociação pública do acordo é a forma mais segura de evitar o oferecimento de falsas promessas pela acusação, como promessas especiais de leniência ou até mesmo ameaças de penas mais graves. Este foi o entendimento final da suprema corte no caso *Blackledge v. Allison* (431 U.S. 63, 1977), em que o acusador havia feito uma promessa secreta de pena reduzida, que foi posteriormente descumprida (CAPRA, SALTZBURG, 1996).

¹¹⁴ (2) Disclosing a Plea Agreement. The parties must disclose the plea agreement in open court when the plea is offered, unless the court for good cause allows the parties to disclose the plea agreement in camera.

Outro aspecto de grande relevo presente nesta regulamentação constitui na possibilidade de retirada do acordo caso este não seja aceito em juízo¹¹⁵. Assim como no sistema brasileiro, a corte que recebe o acordo não é obrigada a acatar seus termos. Neste sentido, a decisão em *Mabry v. Johnson*¹¹⁶. Entretanto, a “Federal Rule of Criminal Procedure” é expressa ao exigir que seja oferecida a oportunidade de o acusado retirar o acordo caso a corte o rejeite. Isso é um sinal de lealdade processual e respeito às regras do jogo: embora a corte tenha o poder de rejeitar o acordo realizado, isso pode implicar na impossibilidade de uso das declarações prestadas pelo acusado, já que este se viu frustrado na razoável expectativa de receber a consideração estatal.

Como já se debateu anteriormente, não é isso que ocorre na jurisprudência brasileira, uma vez que a negativa de concessão do prêmio é obscurecida pelo discurso de “colaboração insuficiente”.

Além disso, conforme destacado por Gardner e Anderson, a Suprema Corte fixou o entendimento de que o acusado tem um direito absoluto de retirar sua declaração antes do acordo ser apreciado em juízo, e a declaração não poderá ser usada, conseqüentemente, para nenhuma finalidade (GARDNER, ANDERSON; 2013). Este foi o entendimento fixado no caso *United States v. Mendez-Santana*¹¹⁷.

Por fim, na regra C-1 é estabelecido claramente que o órgão jurisdicional não pode participar nas discussões envolvendo a formação do acordo¹¹⁸. Essa regra é levada a sério pela Suprema Corte norte-americana, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, apesar de a mesma regra estar prevista em nosso ordenamento¹¹⁹.

¹¹⁵ Regra presente na disposição C-5: “(5) Rejecting a Plea Agreement. If the court rejects a plea agreement containing provisions of the type specified in Rule 11(c)(1)(A) or (C), the court must do the following on the record and in open court (or, for good cause, in camera):

(A) inform the parties that the court rejects the plea agreement;

(B) advise the defendant personally that the court is not required to follow the plea agreement and give the defendant an opportunity to withdraw the plea; and

(C) advise the defendant personally that if the plea is not withdrawn, the court may dispose of the case less favorably toward the defendant than the plea agreement contemplated.”

¹¹⁶ Em *Mabry v. Johnson*, a Suprema Corte firmou a regra de que a aceitação de um acordo proposto pelo acusador não cria um direito constitucional ao cumprimento do acordo, uma vez que os acordos não são vinculantes ao Poder Judiciário (*Mabry v. Johnson*, 467 U.S. 504, 104 S. Ct. 2543, 81 L. Ed. 2d 437 (1984)).

¹¹⁷ *United States v. Mendez-Santana*. 6th Circuit, 2011. WL 1901545.

¹¹⁸ (c) Plea Agreement Procedure.

(1) In General. An attorney for the government and the defendant’s attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or nolo contendere to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will: (...).

¹¹⁹ A esse respeito, conferir o HC 97553/PA, já citado, em que o STF fixou o entendimento de que a intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada não gera impedimento para o julgamento da ação penal.

A própria Suprema Corte norte-americana reafirmou os motivos para esta proibição nos fundamentos da decisão proferida no caso *United States v. Barret* (1992), conforme a seguir:

Quando um juiz se torna um participante na *plea bargain* ele representa e impõe a força e a majestade de seu ofício. Seu incrível poder de impor uma sentença substancialmente maior ou até mesmo máxima está presente, ainda que não seja referido. (...) O acusado pode relutar em rejeitar uma proposta oferecida por alguém que detém um poder tão grande. (...) Há ainda um risco real de que a neutralidade judicial seja comprometida¹²⁰.

A corte extraiu ainda a conclusão de que há intervenção judicial, sendo desconsiderada a negociação, ainda no caso em que o juiz rejeita o acordo e indica quais seriam os termos aceitáveis, conforme conclusão exposta no caso *United States v. Miles*, 1993.

Portanto, além de haver um procedimento claro e detalhado sobre o instituto, suas regras são obedecidas pelo poder judiciário em respeito à básica divisão de poderes, criando um sistema mais confiável.

3.3 – REQUISITOS DE VALIDADE DA DECLARAÇÃO

Segundo Capra, a suprema corte vem fixando requisitos cada vez mais rígidos para a aferição da validade de uma declaração de culpabilidade, com procedimentos cada vez mais formais (CAPRA, SALTZBURG; 1996).

Já em 1969, em dois casos paradigmáticos, a corte estabeleceu dois requisitos principais para se verificar a validade da declaração: a voluntariedade e a inteligência.

O primeiro destes casos é o *McCarthy v. United States*¹²¹. Neste caso, a Corte invalidou um acordo ao constatar que o juiz não indagou o acusado acerca de seu conhecimento das consequências da declaração, bem como acerca de sua voluntariedade.

O caso *Boykin v. Alabama*¹²² é, sem dúvida, o caso mais paradigmático neste aspecto. Neste caso a corte fixou que a declaração de culpabilidade envolve uma série de

¹²⁰ *United States v. Barret*. 6th Circuit, 1992. 982 F.2d 193.

¹²¹ *McCarthy v. United States*. 394 U.S. 459, 1969.

¹²² *Boykin v. Alabama*. 395 U.S. 238, 89 S. Ct. 1709, 23 L. Ed. 2d 274 (1969).

renúncias, como o direito a não produzir prova contra si mesmo, direito de ir a julgamento e o direito de confrontar seus acusadores.

Em razão desta ampla renúncia envolvida, a Corte fixou o entendimento de que a declaração deve ser ao mesmo tempo voluntária e inteligente, sob pena de nulidade do acordo por violação ao devido processo legal (GARDNER, ANDERSON; 2013).

As consequências deste entendimento, que foram fixadas pela doutrina e pela jurisprudência, no próprio caso e em casos subsequentes, serão debatidas no próximo tópico.

3.3.1 – Caso *Boykin v. Alabama* e a Prova da Voluntariedade

A corte consagrou, na análise do caso em questão, que a submissão de uma declaração de culpabilidade envolve uma ampla renúncia a direitos constitucionais, razão pela qual deve ser cercada de todas as possíveis cautelas. Uma destas cautelas necessárias é a verificação necessária da voluntariedade do acordo pelo juiz.

Até aí nenhuma novidade. Também em nosso sistema a voluntariedade do acordo é requisito de sua validade, conforme já exposto. O que muda neste caso é a forma como se encara a voluntariedade. A partir do caso *Boykin v. Alabama*, exige-se que a voluntariedade do acordo esteja comprovada expressamente nos autos; caso contrário, haverá presunção de involuntariedade do acordo.

No caso em questão (julgado em 1969), Boykin, um homem negro de 27 anos, declarou-se culpado de 5 acusações de roubo, o que levou, ainda assim, à imposição da famigerada pena de morte ao acusado. A Suprema Corte invalidou a condenação, pois não havia nos registros qualquer elemento (ou até mesmo uma afirmação por parte do acusado) que atestasse, sem dúvida razoável, a voluntariedade das declarações.

Justice Douglas, ao expor as conclusões da Corte, assim afirmou:

Foi um erro, claro nos registros, que o juiz tenha aceitado a declaração de acusado sem uma afirmativa demonstrando que ela era inteligente e voluntária. (...) Muitos direitos constitucionais estão envolvidos na renúncia que ocorre quando a declaração é prestada. Primeiro, o privilégio contra a autoincriminação compulsória garantido pela Quinta Emenda e aplicável aos estados em razão da Décima Quarta. Segundo, é o direito ao julgamento por júri. Terceiro, é o direito de confrontar seus acusadores.

Não podemos presumir uma renúncia destes três importantes direitos de um registro omissivo. (*Boykin v. Alabama*, tradução nossa)¹²³

Portanto, o que de mais importante se pode extrair deste caso, em nosso contexto, é a impossibilidade de se presumir a voluntariedade de uma renúncia deste grau, devendo sua validade estar claramente comprovada pelos registros dos autos. Não cabe à defesa demonstrar a involuntariedade do acordo, mas sim à acusação demonstrar que a declaração foi voluntária.

Essa interpretação é ratificada ao se considerar a forma como o caso passou a ser utilizado pela Corte. No caso *Parke v. Raley*¹²⁴, Justice O'Connor, apesar de julgar os parâmetros de *Boykin* inaplicáveis ao caso, devido a circunstâncias especiais, se referiu ao caso como instituidor de uma presunção de invalidade.

Sem dúvida, uma inversão probatória como esta seria bem-vinda em nosso sistema, uma vez que obrigaria a acusação a se preocupar minimamente com a demonstração de que o acordo foi voluntário. Além disso, forçaria os acordos a serem negociados com maior cautela, diante da necessidade probatória futura.

De acordo com Saltzburg e Capra, *Boykin* criou ainda uma série de deveres adicionais acerca da voluntariedade do acordo, como o aconselhamento por um advogado e o alerta prévio acerca de todos os direitos constitucionais envolvidos na renúncia (CAPRA, SALTZBURG, 1996).

Além disso, vale ressaltar que em nenhum momento a Corte expôs a necessidade de uma renúncia genérica ao direito ao silêncio, como o fez a legislação brasileira na Lei 12.850/13.

Saltzburg e Capra ressalvam, entretanto, que esta presunção de invalidade criada pelos parâmetros de *Boykin* não é absoluta:

O requerimento de *Boykin* de um registro explícito é aplicado de maneira flexível. A ausência de um registro explícito cria uma presunção de invalidade; mas esta presunção pode ser revertida pelo estado. Ver, por exemplo, *United States v.*

¹²³ “It was error, plain on the face of the record, for the trial judge to accept petitioner's guilty plea without an affirmative showing that it was intelligent and voluntary. (...)Several federal constitutional rights are involved in a waiver that takes place when a plea of guilty is entered in a state criminal trial. First, is the privilege against compulsory self-incrimination guaranteed by the Fifth Amendment and applicable to the States by reason of the Fourteenth. *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 . Second, is the right to trial by jury. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 . Third, is the right to confront one's accusers. *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 . We cannot presume a waiver of these three important federal rights from a silent record.”

¹²⁴ *Parke v. Raley* (91-719), 506 U.S. 20 (1992).

Ferguson, 935 F.2d 862 (7th Cir.1991). (CAPRA, SALTZBURG; 1996, p. 830, tradução nossa)¹²⁵.

Portanto, o registro omissivo, sem prova da voluntariedade do acordo, cria uma presunção relativa de invalidade da declaração, a não ser que a acusação produza prova apta a comprovar sua regularidade.

Além disso, com relação a voluntariedade do acordo, aponta Levenson a necessidade de que o acusado esteja aconselhado por um advogado, bem como de que a acusação produza prova suficiente a demonstrar, além de uma dúvida razoável, que o acusado realmente cometeu o crime pelo qual prestou sua declaração (LEVENSON, 2012).

Sendo assim, mais uma vez, não basta a mera declaração de culpabilidade, devendo ainda haver prova da acusação de que o crime pelo qual o acusado se declarou foi realmente cometido.

Acerca dos parâmetros de *Boykin*, entende a doutrina que o caso foi um passo adiante dos parâmetros previamente fixados no caso *McCarthy*, nos seguintes termos:

Alguns meses depois de *McCarthy*, a Corte levou ainda adiante os requerimentos de inteligência e voluntariedade em *Boykin v. Alabama*. A Corte sustentou que, sendo a declaração de culpabilidade uma renúncia a múltiplos direitos constitucionais, tal renúncia não pode ser presumida de registros omissivos. Pelo contrário, deve haver uma afirmativa do acusado de que entende a natureza das acusações contra ele e as consequências da renúncia, e ainda assim deseja renunciar a estes direitos constitucionais. Se uma declaração de culpabilidade não é igualmente voluntária e inteligente, ela foi obtida em violação ao devido processo legal e é, portanto, inválida. (PETEGORSKY, 2013, p. 3609).

3.3.2 – Inteligência do acordo e o Caso *Henderson v. Morgan*

Além do parâmetro de voluntariedade já exposto, o caso *Boykin v. Alabama* determinou também a necessidade de que a declaração seja “sábia” e “inteligente” (*knowing and intelligent*, no original). Entretanto, o que se entende por inteligente?

¹²⁵ “Boykin’s requirements of na explicit recor hás also been flexibly applied. Absence of an explicit record creates a presumption of invalidity; but that presumption can be overcome by the government. See, e.g., United States v. Ferguson, 935 F.2d 862 (7th Cir.1991).” (CAPRA, Saltzburg, 1996, p. 830).

Primeiramente, cumpre destacar que a Suprema Corte norte-americana não separa completamente os conceitos de “inteligência” do acordo e “voluntariedade”, tratando-os como um requisito único: o acordo deve ser voluntário e inteligente (PETEGORSKY, 2013). Portanto, constatada a não inteligência de um acordo, a sua própria voluntariedade resta afetada.

Entretanto, apesar desta união entre os conceitos, a exigência é maior do que a que se faz em nosso ordenamento. Em nenhum momento, nossa legislação ou nossa jurisprudência exigiu que os acordos de delação premiada fossem inteligentes por parte do delator.

Segundo Petegorsky, a inteligência do acordo envolve a exigência de que o acusado tenha conhecimento das acusações que pesam contra ele, a natureza do crime e como isso se relaciona com os fatos pelos quais se declara culpado (PETEGORSKY, 2013). Mais ainda, em consonância com o parâmetro de voluntariedade, o acusado deve ter consciência de todas as consequências que poderão vir de uma declaração de culpabilidade (GARDNER, ANDERSON, 2013).

Portanto, a partir do momento em que se verifica que o acusado não tinha consciência real das acusações, ou que não foi alertado das consequências da declaração, o acordo perde a sua inteligência, não atendendo ao parâmetro de validade instituído pela Suprema Corte.

Este foi o entendimento adotado pela Corte no caso *Henderson v. Morgan*¹²⁶. No caso em questão, um jovem de 19 anos era acusado de *first degree murder*, e foi aconselhado a declarar-se culpado por *second degree murder* para ser imposta uma sentença de 25 anos¹²⁷.

Posteriormente, o jovem alegou que não foi informado de que a intenção de causar a morte era elemento típico de *second degree murder*, tendo ele imaginado que estaria se declarando culpado por uma figura que se assemelharia ao nosso homicídio culposo. A Suprema Corte, então, após constatar que não havia elementos que atestassem que o acusado havia sido informado das características do crime, aceitou seus argumentos e declarou o acordo involuntário e “não inteligente”.

¹²⁶ *Henderson v. Morgan*, 426 U.S. 637 (1976).

¹²⁷ *First degree murder*, embora o conceito varie de estado para estado, é geralmente um homicídio deliberado e premeditado (planejado), em conjunto com outros crimes como roubo, estupro, etc., que envolva várias mortes ou então o uso de determinado meio. Assemelhar-se-ia ao nosso homicídio qualificado. Já *second degree murder* seria semelhante ao nosso homicídio simples, onde não há premeditação ou não cometido em conjunto com outro crime.

A corte sustentou que este entendimento se aplicaria ainda que se assumisse que os advogados do acusado o aconselharam, e até mesmo se ficasse comprovado que, mesmo sabendo do elemento volitivo, o acusado ainda assim se declararia culpado.

Justice Stevens, ao expor o entendimento da corte, assim afirmou:

Não há nada nos registros que possa substituir uma admissão voluntária de que o acusado possuía a intenção de matar. O conselho da defesa não pareceu estipular tal fato; eles não explicaram ao acusado que sua declaração seria uma admissão de tal fato; e ele não prestou nenhuma declaração ou admissão necessariamente implicando que ele possuía a intenção. Nestas circunstâncias, é impossível concluir que sua declaração para a inadvertida acusação de *second degree murder* tenha sido voluntária (*Morgan v. Henderson*, 1976, tradução nossa)¹²⁸.

Assim, o conhecimento dos elementos do crime é essencial para a inteligência e voluntariedade da declaração prestada¹²⁹. Aliás, é neste sentido o entendimento também no caso *United States v. Briggs*¹³⁰, em que a corte afirmou expressamente que uma declaração não é voluntária se o acusado possuía um entendimento incompleto da acusação, a ponto de sua declaração não se sustentar como uma admissão inteligente de culpa.

Além disso, de acordo com Saltzburg e Capra, um acusado não possui nem ao menos competência para se declarar culpado se não tiver capacidade de fazer uma “escolha racional” entre as alternativas disponíveis. Para isso, é necessário se garantir que o acusado tenha amplo conhecimento acerca dos fatos da acusação (CAPRA, SALTZBURG, 1996)¹³¹.

Essa declaração da Suprema Corte norte-americana já é um grande avanço quando comparado ao quadro brasileiro. Como se pode depreender da exposição, a exigência de uma declaração inteligente é incompatível com o segredo.

¹²⁸ “There is nothing in this record that can serve as a substitute for either a finding after trial, or a voluntary admission, that respondent had the requisite intent. Defense counsel did not purport to stipulate to that fact; they did not explain to him that his plea would be an admission of that fact; and he made no factual statement or admission necessarily implying that he had such intent. In these circumstances it is impossible to conclude that his plea to the unexplained charge of second-degree murder was voluntary.” (*Morgan v. Henderson*, 1976).

¹²⁹ Conforme destacam Saltzburg e Capra, a Corte no próprio caso admitiu a desnecessidade de se descrever todos os elementos do crime, mas destacou que a intenção é um elemento crítico do crime de *second degree murder*, razão pela qual sua descrição é obrigatória (CAPRA, SALTZBURG, 1996). Em nossa lógica, poderia se interpretar que todos os elementos típicos do delito devem ser revelados para se garantir a inteligência da declaração.

¹³⁰ *United States v. Briggs*, 939 F.2d 222, 5th circuit, 1991.

¹³¹ Este entendimento foi expressamente adotado pela suprema corte no julgamento do caso *Godinez v. Moran* (113, S.Ct. 2680, 1993), em que sustentou que um “entendimento racional” do caso, que era necessário para o acusado ir a julgamento (*Dusky v. United States*), é também necessário para que o acusado tenha competência para se declarar culpado. O processo de tomada de decisão durante um julgamento é tanto quanto ou mais complexo que o processo de decisão necessário para se submeter a um acordo de culpabilidade.

Afinal, se a Corte já adotou este entendimento em um caso onde alegação da parte era “desconhecimento de direito”, mais razão ainda para se trazer à tona a questão quando se considera o total desconhecimento derivado da adoção do segredo.

Como já debatido, o segredo é consagrado como regra durante a fase de investigação no processo penal brasileiro, o que evidencia a dificuldade de um acordo de delação premiada ser efetivamente inteligente, sob a ótica de *Henderson*. Efetivamente, raras vezes o delator terá consciência de todas as acusações que podem ser impostas contra ele, mesmo com a possibilidade de acesso aos autos do inquérito por seus advogados.

A situação é ainda pior quando se considera que o conteúdo da delação premiada deve ser mantido em sigilo. Isso implica na consideração de que qualquer acordo de delação premiada subsequente a um primeiro será involuntário e não inteligente. Como se sabe, o próprio delatado pode optar por celebrar um novo acordo de delação com o Ministério Público, o que ocorre frequentemente em casos de organizações criminosas. Entretanto, como o conteúdo do acordo prévio de delação, onde constam informações contra ele, estará mantido sob sigilo, não há possibilidade de que o delatado tenha conhecimento das acusações para fazer uma escolha inteligente.

Portanto, o requisito da inteligência do acordo derruba a possibilidade de sigilo das declarações. Talvez seja esse o motivo pelo qual a doutrina, a jurisprudência e a legislação são reticentes quanto a este parâmetro de voluntariedade.

3.4 – A BUSCA PELA CONFISSÃO E A *ALFORD PLEA*

Conforme explicitado no capítulo anterior, tanto a jurisprudência quanto a doutrina brasileira não abrem mão da necessária confissão do delito como pressuposto de existência da delação premiada. Essa busca desenfreada pela confissão contribui para um agravamento das condições inquisitórias presentes no sistema premial, levando à repetição de diversas características da persecução medieval, como a tortura, por exemplo. Todas estas consequências da “confissão a qualquer custo”, bem como sua exibição da fraqueza investigativa do estado, já foram debatidas anteriormente.

O que se pretende debater é a possibilidade de superação do paradigma da confissão, com base no modelo norte-americano da *Alford Plea*, que pode representar um caminho que mantém a eventual utilidade da cooperação estado-acusado sem que se tenha como objetivo final obter a admissão da culpa.

A *Alford Plea* é, em esparsas palavras, uma declaração de culpabilidade sem confissão. Ou então, conforme ensinamento de Gardner e Anderson, “declaração de culpabilidade que permite ao acusado manter sua inocência” (GARDNER, ANDERSON, 2013, p. 58).

Portanto, sob o manto da *Alford Plea*, é possível que o acusado entre com uma *guilty plea* ao mesmo tempo em que protesta por sua inocência. É, portanto, um mecanismo de estratégia processual: o acusado não quer declarar-se culpado, mas quer chegar a um acordo com a acusação devido a fatores diversos, como a existência de poucas teses defensivas, por exemplo.

A diferença pode parecer formal, mas não o é. A possibilidade de barganhar com o estado sem admitir sua culpa pode eliminar a pecha de réu confesso, bem como evitar as consequências nefastas da busca pela confissão.

A Suprema Corte admitiu a validade deste tipo de declaração no caso *North Carolina v. Alford*¹³². No caso em questão, o acusado Alford optou por declarar-se culpado, em face da perspectiva de ser condenado à morte caso fosse a julgamento e perdesse. Entretanto, protestou por sua inocência. Esta declaração foi aceita e declarada válida pela Suprema Corte.

Uma das conclusões do julgamento afirmou que este tipo de declaração pode servir ao interesse do acusado, nos seguintes termos:

(c) Um acusado pode voluntariamente, conscientemente e de maneira inteligente consentir na imposição de uma sentença de prisão ainda que não esteja disposto a admitir a participação no crime, ou ainda que sua declaração de culpabilidade contenha um protesto de inocência, quando, como no caso, ele conclui de maneira inteligente que seus interesses requerem uma declaração de culpabilidade e os registros não lhes são favoráveis. (*North Carolina v. Alford*, 1970, tradução nossa)¹³³

Embora a admissão de tal tipo de declaração não seja obrigatória para todos os estados norte-americanos, Gardner e Anderson ressaltam que a maioria dos estados a adotaram, até mesmo devido à facilidade de sua aplicação e o fato de seu procedimento e

¹³² *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 1970.

¹³³ “(c) An accused may voluntarily, knowingly, and understandingly consent to the imposition of a prison sentence even though he is unwilling to admit participation in the crime, or even if his [400 U.S. 25, 26] guilty plea contains a protestation of innocence, when, as here, he intelligently concludes that his interests require a guilty plea and the record strongly evidences guilt.” (*North Carolina v. Alford*, 1970).

consequências não diferirem daquelas da *guilty plea* comum (GARDNER, ANDERSON, 2013).

O que se pode extrair deste particular reduto da regulação da *plea bargain*, é que o importante não é a confissão do acusado, até mesmo porque ela pode ter sido obtida por meios ilegais. O importante, considerado o instituto como meio de barganha, é a abertura de estratégias processuais amplas ao acusado, que pode optar, inclusive por colaborar com o estado sem que isso implique na própria admissão da culpa.

Vale ressaltar que esta possibilidade não é totalmente estranha ao nosso ordenamento, uma vez que também temos instrumentos a disposição do acusado que não exigem sua confissão como pressuposto. É o caso dos institutos comuns da *transação penal*¹³⁴ e da *suspensão condicional do processo*¹³⁵, previstos na Lei 9.099/95 para os crimes de menor potencial ofensivo.

¹³⁴ Lei 9.099/95. Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

¹³⁵ Lei 9.099/95. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

Em nenhum momento se exige a confissão dos fatos por parte do acusado para que possa usufruir de tais benefícios. Ora, se não existe motivo para se exigir a confissão nestes casos, não haveria também motivos para se exigir esta para os acordos de delação premiada.

Portanto, a conclusão a que se chega é que a *Alford Plea* poderia servir de exemplo para a adoção de um modelo mais limpo de delação premiada, que forneça maiores opções de estratégias processuais ao acusado. Este poderia deixar para se declarar culpado, caso fosse de seu interesse, apenas em fase processual, para se beneficiar pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do Código Penal).

Não se precisaria ir muito longe para se vislumbrar uma possibilidade de aplicação do instituto, podendo o modelo se basear na regulamentação da transação penal e da suspensão condicional do processo.

3.5 – A LEALDADE PROCESSUAL E *SANTOBELLO V. NEW YORK*

Um dos últimos tópicos a ser abordado diz respeito à consagração no direito norte-americano de um dever de lealdade processual após a feitura do acordo.

Primeiramente, cumpre destacar a inexistência de um dever deste porte no Brasil. Como se demonstrou em diversos momentos desta pesquisa, com frequência o prêmio é negado ao delator com base no discurso de “insuficiência da colaboração”, fazendo com que a confissão e a prestação das informações não sejam premiadas como deveriam.

Apesar de a suprema corte norte-americana considerar o acordo não vinculante para o poder judiciário, como já exposto, firmou entendimento no sentido de que o acordo é vinculante para a acusação, e esta não pode se eximir do dever de cumprir sua parte e pedir a concessão do quanto foi acordado.

Este entendimento foi adotado pela suprema corte no caso *Santobello v. New York*¹³⁶, com base em considerações, principalmente, contratuais. Segundo a corte, um acordo de culpabilidade entre o governo e o acusado deve ser considerado um contrato, e é exigível de acordo com as regras e princípios contratuais.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

¹³⁶ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 1971.

No caso em questão, Santobello havia firmado um acordo com seu acusador para que este não fizesse qualquer recomendação de sentença. Entretanto, antes da sua prolação, o acusador foi substituído, e o novo acusador, desconhecendo os termos do acordo prévio, recomendou determinada sentença ao acusado.

Ao analisar o caso, a corte decidiu que mesmo um descumprimento do acordo por desconhecimento de seus termos era inaceitável, e este deveria ser cumprido como decorrência de sua natureza contratual. Não pode haver quebra do acordo por parte da acusação. Assim, a corte determinou o retorno dos autos para as seguintes consequências: retirada do acordo pelo acusado ou novo procedimento de sentença perante outro juiz.

Saltzburg e Capra entendem ser esta consequência uma escolha do próprio acusado, de acordo com sua estratégia processual. No caso em questão, Santobello preferiu retirar sua declaração, mas destacam que em casos diversos poderia ser da preferência do acusado exigir o cumprimento do acordo (CAPRA, SALTZBURG, 1996).

A jurisprudência norte-americana entendeu, ainda, em caso posterior, que o descumprimento do acordo pela acusação pode se dar também de forma implícita ou velada. Foi o caso *United States v. Hayes*¹³⁷, onde o acusador, apesar de cumprir o acordo e não fazer recomendações de sentença, fez questão de ressaltar a gravidade da ofensa durante a audiência, equivalendo a uma recomendação negativa.

Portanto, o cumprimento de um acordo deve obedecer aos princípios e regras contratuais. Com base nestas regras se estabelece quando um acusador cumpre ou descumpre sua parte do acordo.

Em razão deste entendimento da corte os acusadores tendem a acordar apenas obrigações genéricas, dificultando sua exigência por parte do acusado (CAPRA, SALTZBURG, 1996).

Portanto, mesmo no sistema norte-americano, onde há a presença expressa deste dever de lealdade e de cumprimento contratual das obrigações acordadas, os acusadores encontram métodos de incluir apenas obrigações genéricas, para evitar a exigência de cumprimento efetivo. O que dizer, então, de nosso sistema, onde nem ao menos existe este dever explícito de cumprimento por parte do promotor? Nossa legislação permite até mesmo que o acusador simplesmente não ofereça a denúncia contra o colaborador, compondo um procedimento completamente informal e ainda mais fácil de ser descumprido sem consequências.

¹³⁷ *United States v. Hayes*, 946 F.2d 230, 3d Cir., 1991.

Uma parte de nossos problemas com relação ao instituto poderia ser atenuada caso se adotasse entendimento semelhante ao parâmetro de *Santobello*. Não se pode tolerar, como ocorreu no caso, um acusador simplesmente se olvidar de defender a concessão do prêmio, uma vez que um acordo de “colaboração premiada”, como se costuma chamar, não pode ser uma real colaboração se não houver o estabelecimento de deveres para ambas as partes, evitando a deslealdade processual e o descumprimento injustificado de promessas e acordos.

3.6 – *BRADY RULE*: DIREITO AO ACORDO INFORMADO

A última das regras acerca da *plea bargain* que se pretende abordar neste trabalho diz respeito ao direito do acusado de firmar um acordo “informado”, derivado da chamada *regra de Brady* (*Brady rule*). A aplicação regra de Brady no âmbito dos acordos de culpabilidade é uma consequência de diversos deveres já expostos, principalmente da exigência de acordo “inteligente” e “voluntário” e da visão do acordo como mecanismo de estratégia processual do acusado.

Primeiramente, importa descrever no que consiste a chamada regra de Brady. A importante regra foi estabelecida pela Suprema Corte no julgamento do caso *Brady v. Maryland*¹³⁸. No caso em questão, John Brady e Charles Boblit estavam sendo acusados, separadamente, pelo assassinato de um homem durante um roubo. Antes do julgamento, a defesa de Brady solicitou à acusação a divulgação das declarações do outro acusado, mas nem todas as informações foram disponibilizadas. Propositamente, a acusação não revelou um depoimento de Boblit em que este assumia a responsabilidade pelo homicídio.

A corte sustentou, então, ao julgar o caso de Brady, que a não revelação das evidências materiais pela acusação constituía violação à cláusula do devido processo legal. Portanto, foi criado um dever legal de revelação das evidências pela acusação. Se esta tiver em seu poder alguma evidência que possa até mesmo comprovar a inocência do acusado, este elemento deve ser necessariamente revelado, assim como as provas que corroboram a acusação (PETEGORSKY, 2013).

Portanto, a regra de Brady consiste, segundo Petegorsky, na exigência de que a acusação revele todas as evidências que sejam materiais, principalmente para a defesa:

¹³⁸ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 1963.

A corte estabeleceu o que veio a ser conhecido como a regra de *Brady*, que requer que o governo forneça ao acusado, em julgamento, qualquer evidência que seja material tanto para a culpa quanto para a punição. O entendimento não visa punir a sociedade ou o acusador por um ato ilícito, ainda que a supressão da evidência tenha sido intencional. Pelo contrário, o entendimento surgiu da crença da corte de que um acusado não pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem ter acesso a todas as evidências materiais e justificativas em poder da acusação. A corte ainda anotou que a sociedade é protegida não apenas pela condenação de criminosos, mas também quando os julgamentos são justos, e que o sistema de administração da justiça sofre quando um acusado é tratado injustamente (PETEGORSKY, 2013, p. 3604-3605, tradução nossa)¹³⁹.

Vale destacar que a corte não restringiu a regra apenas para a revelação das evidências justificativas, mas também para todas as evidências a respeito da qualificação das testemunhas ou seus impedimentos. Além disso, tal revelação de evidências deve ocorrer ainda que não exista pedido expresso da acusação neste sentido.

A corte fixou, ainda, evidência material como aquela que detinha uma probabilidade razoável de alterar os rumos do julgamento caso tivesse sido revelada pela acusação¹⁴⁰.

Em um movimento jurisprudencial descrito por Douglass, a Suprema Corte passou a incorporar a regra de Brady no âmbito da *plea bargain*, embora inicialmente de forma indireta (DOUGLASS, 2007).

Segundo Douglass, a corte se baseava, inicialmente, nos parâmetros da voluntariedade e inteligência para a validade da declaração. Assim, uma declaração prestada com ignorância das provas em mãos da acusação não poderia ser considerada inteligente, pois prestada sob desconhecimento de circunstâncias essenciais do caso. Outrossim, a corte passou a considerar como evidência material aquela cuja revelação poderia levar à rejeição do acordo pelo acusado e sua opção por ir a julgamento (DOUGLASS, 2007).

Portanto, a corte analisava as violações a regra de Brady apenas indiretamente, até o julgamento do caso *United States v. Ruiz*¹⁴¹. Neste caso, a corte adotou um entendimento

¹³⁹ “The Court set out what became known as the Brady rule, which requires that the government provide the defendant any evidence at trial that is material to either guilt or punishment. The holding was not intended to punish to society or the prosecutor for any misdeeds, even if the suppression of evidence was willful. Rather, the holding in Brady came from the Court’s belief that a defendant could not be justly deprived of his life, liberty, or property, without being presented with all material, exculpatory evidence held by the prosecution. The Court further noted that society is served not only by the conviction of criminals but also when trials are fair, and that ‘our system of the administration of justice suffers when any accused is treated unfairly.’” (PETEGORSKY, 2013, p. 3604-3605).

¹⁴⁰ *United States v. Bagley*, 473 U.S. 667, 1985.

mais restritivo em relação ao dever de revelação de evidências, principalmente através do raciocínio de que o direito às evidências de impugnação das testemunhas (*impeachment evidence*) pode ser renunciado durante o acordo¹⁴².

Apesar desta polêmica limitação, Douglass ressalta que essa possibilidade de renúncia pode ser até favorável ao acusado, por possibilitar acordos eventualmente mais vantajosos (DOUGLASS, 2007).

Entretanto, todas as evidências justificantes devem ser reveladas antes do acordo, não cabendo com relação a estas evidências a renúncia prevista no caso Ruiz.

Segundo Petegorsky, a lógica do caso Ruiz não permite uma renúncia a tais evidências. Além disso, a sua não revelação viola os requisitos da inteligência e voluntariedade (PETEGORSKY, 2013).

A aplicação da regra de Brady permite, conforme o ensinamento de Douglass, reais vantagens ao processo criminal:

Como uma regra geral, advogados em qualquer tipo de litígio – civil ou criminal – resolvem casos com base, em parte, em uma avaliação dos riscos e benefícios de se ir a julgamento. A revelação total possibilita uma avaliação mais exata dos dois lados e produz acordos que espelham mais precisamente o resultado possível de um julgamento. (...) Finalmente, a não revelação pode causar desvantagens especiais para uma população de acusados que ficam mais vulneráveis à coerção durante o processo de barganha (DOUGLASS, 2007, p. 582, tradução nossa)¹⁴³.

Mais uma vez, a presença desta regra implica no reforço da concepção do acordo como mecanismo de estratégia processual. A revelação das informações possibilita ao acusado tomar uma decisão estratégica, considerando as suas reais possibilidades de condenação e o resultado do julgamento.

¹⁴¹ United States v. Ruiz, 536 U.S. 622, 2002.

¹⁴² Até a análise do Caso Ruiz, a suprema corte não fazia diferenciação entre as chamadas *exculpatory evidences* e *impeachment evidences*, bastando a ocultação de qualquer uma delas para que o acordo fosse inválido. Entretanto, as circunstâncias do caso eram específicas. O acordo proposto para a acusada previa uma renúncia às *impeachment evidences*, embora os acusadores tenham fornecido todas as outras evidências justificadoras que estavam em seu poder. Por esta razão, a corte não viu problemas na renúncia às evidências, diante da ausência de prejuízo. Em razão destas circunstâncias específicas, Douglass opina no sentido de ser o caso um teste fraco para a aplicação direta da regra de Brady à *plea bargain* (DOUGLASS, 2007, p. 586-587).

¹⁴³ “As a general rule, lawyers in any kind of litigation - civil or criminal - settle cases in part based on an assessment of the risks and benefits of going to trial. Full disclosure promotes more accurate assessments on both sides and produces bargains that more accurately mirror the likely outcome of a trial. (...) Finally, nondisclosure can cause special disadvantages for a population of defendants who are most vulnerable to coercion in the plea bargaining process” (DOUGLASS, 2007, p. 582).

A mesma lógica pode ser aplicada à nossa delação premiada. Quando a acusação tem em seu poder provas ou evidências justificantes da conduta do acusado, sua não revelação viola os requisitos de voluntariedade e inteligência. Caso contrário, a delação se torna um instrumento favorável apenas ao acusador, que poderia até mesmo mentir acerca de suas provas para “incentivar” o acusado a celebrar um acordo.

Além disso, conforme destacado por Douglass, já citado, a não revelação das provas aumenta o risco de coerção do acusado durante o processo de negociação. Quando não se sabe quais são os instrumentos disponíveis ao adversário, mais vulnerável fica o delator e mais desiguais as regras do jogo. Nada impede, diante da não revelação das provas, a indução do acusado a pensar que a acusação já tenha todos os fatos contrários provados e registrados, e não exista uma única prova justificante ou abonadora dos fatos.

Portanto, a aplicação do dever de revelação sofisticada as regras do jogo, favorece a lealdade entre os participantes e aprimora a delação como um mecanismo estratégico dentro do processo penal, e não apenas como mais uma forma de agilizar a punição.

CONCLUSÃO

Tal como demonstrado no transcorrer desta pesquisa, a aplicação da delação premiada em nosso sistema constitui um amplo espaço de arbitrariedades, reunindo diversas características inquisitórias. Esta aplicação equivocada do instituto decorre não só do trato legislativo, mas também do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

Sendo assim, reiteram-se as características do sistema inquisitório e renova-se o seu apontado núcleo fundante: a ausência de defesa do ponto de vista do acusado. Em razão desta situação, declara-se a delação premiada como um microsistema inquisitório dentro da estrutura processual penal brasileira.

Em razão disso, buscou-se traçar alguns caminhos de regulação diversos para o instituto premial, baseados em princípios constitucionais e no sistema acusatório clássico. Por fim, foi analisado o sistema da *plea bargain* norte-americana, com o fito de indicar garantias e procedimentos que podem trazer maior eficácia ao instituto e preservar direitos fundamentais frequentemente violados pelo sistema brasileiro.

Neste sentido, o direito comparado pode fornecer alternativas que minimizem alguns espaços de arbitrariedade, como a desnecessidade da busca incondicional pela confissão, a inversão do ônus da prova da voluntariedade, a implantação de deveres de lealdade, a exigibilidade do acordo pelas regras contratuais e o dever de revelação das provas justificantes, por exemplo.

Entretanto, mesmo com essas garantias, não se pode negar o caráter duvidoso de tais institutos colaborativos. Até no direito norte-americano, onde estão presentes diversas garantias sem correspondência em nosso sistema, a *plea bargain* sofre críticas doutrinárias ferrenhas (DOUGLASS, 2007; PETEGROSKY, 2013).

Saltzburg e Capra listam uma série de argumentos usados pela doutrina norte-americana para se opor ao uso da *plea bargaining*: o perigo de condenação de pessoas inocentes, a distribuição desigual e inapropriada entre os acusados de capacidade de barganhar, a ineficiência e inutilidade do instituto e a redução da força da lei diante das sentenças menores geradas pelos acordos, dentre outros (CAPRA, SALTZBURG, 1996).

Os autores ainda afirmam que, para parte da doutrina, a *plea bargain* dá uma chance única ao acusado, quer seja inocente ou não: firmar acordo para que se evite o julgamento e a conseqüente fixação de uma pena ainda maior. Além disso, o sistema desfavorece acusados com piores condições econômicas, pois os advogados que não são

suficientemente pagos aconselham a aceitação do acordo em primeiro plano, ainda que seja um acordo injusto. Assim, para esta parcela da doutrina, a solução seria a própria abolição da *plea bargain* (CAPRA, SALTZBURG, 1996).

Destaca-se, ainda, a dificuldade em se diferenciar quando se está diante de uma premiação pela declaração ou se se trata, na realidade, de uma possível punição pela decisão de ir a julgamento. Portanto, por vezes, apenas o fato de um acusado rejeitar um acordo implicaria em uma sentença maior, por ter movido a máquina judicial com sua decisão de ir a julgamento e não encerrar a discussão de maneira rápida.

Gardner e Anderson não poupam críticas ao sistema, apesar de admitirem que pode ser útil:

O principal perigo no presente sistema de arranjos sem julgamento é que é tão informal e invisível que levanta receios de que não opere com justiça e de que não identifica com precisão aqueles que deveriam ser acusados e que arranjo deve ser feito em cada caso. Frequentemente, decisões importantes são feitas sem informações adequadas, sem regras e políticas claras, e na ausência de garantias procedimentais básicas ao acusado, como auxílio de advogado e análise judicial dos pontos controversos. Pelo fato de tais acordos serem feitos em um estágio primário, com frequência há pouco material fático acerca da acusação, do acusado e de alternativas. (...) Existem perturbadoras oportunidades para coerção e engano, bem como para leniência indevida. A informalidade e flexibilidade dos procedimentos são, simultaneamente, fontes de utilidade e de arbitrariedade (GARDNER, ANDERSON, 2013, p. 64-65, tradução nossa)¹⁴⁴.

Portanto, as críticas são múltiplas, destinadas a problemas como a informalidade, a mitigação de direitos, a dificuldade de clara identificação dos culpados e os espaços de coação e arbitrariedade.

As críticas, entretanto, não se resumem a estes pontos. De fato, os institutos colaborativos e transacionais sofrem críticas também sob o ponto de vista dos princípios da submissão à jurisdição, legalidade, presunção de inocência, publicidade e igualdade entre as partes (FERRAJOLI, 2002).

¹⁴⁴ “The main danger in the present system of nontrial dispositions is that it is so informal and invisible that it gives rise to fears that it does not operate fairly or that it does not accurately identify those who should be prosecuted and what dispositions should be made in their cases. Often important decisions are made without adequate information, without sound policy guidance or rules, and without basic procedural protections for the defendant, such as counsel or judicial consideration of the issues. Because these dispositions are reached at an early stage, often little material is available about the offense, the offender, and the treatment alternatives. (...) The informality and flexibility of the procedures are sources of both potential usefulness and abuse” (GARDNER, ANDERSON, 2013, p. 64-65).

Conforme Ferrajoli, o caráter inerentemente desigual da negociação esvai de sentido as garantias como a legalidade e a submissão à jurisdição, devido ao caráter indeterminado e variável da “relevância” da colaboração e à subjetividade da postura de colaboração (FERRAJOLI, 2002).

A respeito especificamente à relação entre os instrumentos de negociação e o princípio da submissão à jurisdição, Aury Lopes Jr. destaca a incompatibilidade entre os instrumentos, nos seguintes termos:

A lógica da *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. A *negotiation* viola, desde logo, esse pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade (LOPES JR., 2012, p. 659)¹⁴⁵.

Diante das críticas feitas ao instituto, pode-se constatar que não é apenas a sua aplicação prática que gera controvérsias, mas sua própria concepção abstrata. A delação premiada, ou a *plea bargain*, já sofre críticas por sua natureza jurídica, independentemente de sua forma de aplicação.

Como já destacado, até mesmo no sistema norte-americano, onde estão presentes diversas garantias e direitos ao colaborador, o instituto colaborativo (ou premial, como se preferir) gera críticas doutrinárias por seus amplos espaços de arbitrariedades e pela dificuldade de controle. A idealização de um instituto restritivo da submissão à jurisdição é suficiente para analisa-lo e admiti-lo com grande parcimônia.

O que podemos dizer, então, do sistema brasileiro, aonde nem ao mesmo as garantias originais do sistema colaborativo foram preservadas? Aliás, a tendência de nosso ordenamento é reduzir ainda mais tais garantias, como se extrai da análise da implantação da delação premiada em 1990 até seu atual estado.

Contudo, apesar das críticas à natureza jurídica do instituto, ele encontra respaldo legislativo válido e vem sendo aplicado com mais frequência. Não se pode fechar os olhos à aplicação da legislação premial e reduzir-se a tecer críticas acerca de sua eticidade ou de sua

¹⁴⁵ A exata crítica transcrita se aplica também à possibilidade de o órgão acusatório deixar de oferecer a denúncia ao delator, conforme previsto na Lei 12.850/13, conforme já exposto no capítulo 2.

violação à submissão à jurisdição, sem buscar, também, alternativas aptas a corrigir a má gestão da delação premiada e desenvolver sua potencial efetividade.

Isso deve ocorrer do ponto de vista legislativo e jurisprudencial, e não apenas doutrinário. Diante da supremacia da delação premiada como instrumento “investigativo” para a apuração, principalmente, da criminalidade organizada e lavagem de dinheiro, devem ser criados e implantados mecanismos de preservação de garantias e direitos.

A presente pesquisa buscou demonstrar a falha de regulamentação e aplicação do instituto, como um alerta inicial da necessidade de mudança e adequação. Neste sentido, após descrever as características do sistema inquisitório no primeiro capítulo, demonstrou como todas estas características principais se repetem na regulação e aplicação da delação premiada em nosso país.

Além disso, no mesmo capítulo, foram apontadas mudanças necessárias dentro do sistema, do ponto de vista legislativo, jurisprudencial e doutrinário.

Por fim, no último capítulo, foi demonstrada uma forma diversa de regulamentação do instrumento colaborativo, baseada no sistema norte-americano da *plea bargain*. Tal sistema, apesar de não ser perfeito (longe disto, como demonstram as críticas já tecidas), apresenta direitos e garantias fundamentais aptos a melhorar a efetividade do instituto premial e, ao mesmo tempo, contribuir para a preservação da integridade do sistema.

Entretanto, a necessidade de mudança ainda não foi apreendida por nossas instituições jurídicas. Espera-se a urgente constatação desta realidade e a implantação de mudanças com vistas a preservar, enquanto ainda há tempo, os direitos de defesa. Disso depende a própria efetividade do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 4ª Ed., rev. e at. Salvador: Juspodium, 2010.

ALKON, Cynthia. Plea Bargaining as a Legal Transplant? A Good Idea for Troubled Criminal Justice Systems? *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 19, p. 355, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1660469>. Acesso em: 04/05/2015.

BARREIROS, José Antônio. Processo Penal. Coimbra: Almedina, vol. 1, 1981.

BELLI, Benoni. Violência, Tolerância Zero e Democracia no Brasil: Paradoxos da Década de 90. 220 págs. Tese – UnB, 2003.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. Crimes contra a Ordem Tributária. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOYKIN V. ALABAMA. 395 U.S. 238, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/238/>. Acesso em: 04/05/2015.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. *In*: EYMERICH, Nicolau. Manual dos Inquisidores. 2ª Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

BRADY V. MARYLAND, 373 U.S. 83, 1963. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/case.html>. Acesso em: 04/05/2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei de Crimes Hediondos. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

BRASIL. Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei de Lavagem de Ativos. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

BRASIL. Lei de Proteção à Vítimas e Testemunhas. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

CAPRA, Daniel J.; SALTZBURG, Stephen A. American Criminal Procedure: Cases and Commentary. 5th Ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

CARVALHO, Gabriela Ponte. O Aviso de Miranda e a Prova Ilícita por Derivação. 94 págs. Monografia (Graduação) – UnB. Brasília/DF, 19 de julho de 2013.

CARVALHO, Salo. Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, vol. 2, Ano 2, nº 2, jan-jun 2005, p. 229-252.

CARVALHO, Salo; CARVALHO, Amilton Bueno de. Aplicação da Pena e Garantismo. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo; LIMA, Camile Eltz. Delação Premiada e Confissão: Filtros Constitucionais e Adequação Sistemática. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. Ciências Criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Texto disponível em: <http://msmidia.profissional.ws/awsc/artigos/05.PDF>. Acesso em: 22 de abril de 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo Penal de Emergência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. NORÍN CATRIMÁN Y OTROS VS. CHILE. Julgamento de 29 de Maio de 2014. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em: 01/06/2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DOUGLASS, John G. Can Prosecutors Bluff? *Brady v. Maryland and Plea Bargaining*. 57 Case W. Res. L. Rev. 581, 2007. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=law-faculty-publications>. Acesso em 04/05/2015.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. 2ª Ed. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª Ed., rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O Processo Penal de Emergência Faces as Garantias Constitucionais ao Devido Processo Legal na Utilização do Instituto da Delação Premiada no Brasil*. 121 págs. Dissertação (Mestrado) – PUC/MG. Belo Horizonte/MG, 7 de Fevereiro de 2011.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 40ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

GARDNER, Thomas J., ANDERSON, Terry M. *Criminal Evidence: Principles and Cases*. 8th Ed. Belmont: Wadsworth, 2013.

GÍDARO, Wagner Roby. As Medidas Especiais de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Réus Colaboradores Como Mecanismo de Efetividade do Processo Penal. 155 págs. Dissertação (Mestrado) – USP. São Paulo, 2010.

GINZBURG, Carlo. O Queijo e os Vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição. 2ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

GRANO, Joseph D. Problems in Criminal Procedure. 3rd Ed. St Paul: West Publishing Co., 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Lei de Lavagem de Capitais. São Paulo: RT, 1998.

HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de hoy (Norma, interpretación, procedimiento. Límites de lá prisión preventiva). 2ª Ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. Segurança Pública no Estado de Direito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

HENDERSON V. MORGAN, 426 U.S. 637, 1976. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/426/637/>. Acesso em: 04/05/2015.

ISRAEL, Jerold H.; KAMISAR, Yale; LAFAVE, Wayne R.; KING, Nancy J. Proceso Penal y Constitución de Los Estados Unidos de Norteamérica: Casos Destacados Del Tribunal Supremo y Texto Introductorio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

LEVACK, Brian P. A caça às bruxas na Europa moderna. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

LEVENSON, Laurie L. Peeking Behind the Plea Bargaining Process. Loyola Law School, Los Angeles, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2188077>. Acesso em: 04/05/2015.

LIMA, Camile Eltz de. Delação Premiada e Confissão: análise dos institutos a partir da fundamentação constitucional do direito penal e direito processual penal. Dissertação (Mestrado) – PUC/RS. Porto Alegre/RS, 27 de Maio de 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MABRY V. JOHNSON, 467 U.S. 504, 104 S. Ct. 2543, 81 L. Ed. 2d 437, 1984. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/504/>. Acesso em: 04/05/2015.

MCCARTHY V. UNITED STATES. 394 U.S. 459, 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/459/>. Acesso em: 04/05/2015.

MISSE, Michel (org.) O Inquérito Policial no Brasil: uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ; Booklink, 2010.

NORTH CAROLINA V. ALFORD, 400 U.S. 25, 1970. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=400&invol=25>. Acesso em: 04/05/2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15ª Ed., at. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor Probatório da Colaboração Processual (Delação Premiada). *In*: Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, jan./mar. 2009.

PETEGORSKY, Michael Nasser, *Plea Bargaining in the Dark: The Duty to Disclose Exculpatory Brady Evidence During Plea Bargaining*, 81 Fordham L. Rev. 3599 (2013). Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/13>. Acesso em 04/05/2015.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALOMI, Máira B. O Acordo de Leniência e Seus Reflexos Penais. 293 págs. Dissertação (Mestrado) – USP. São Paulo, 2012.

SANCTIS, Fausto Martins de. Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Destinação de Bens Apreendidos, Delação Premiada e Responsabilidade Social. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOBELLO V. NEW YORK, 404 U.S. 257, 1971. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/257/case.html>. Acesso em: 04/05/2015.

UNITED STATES V. BAGLEY, 473 U.S. 667, 1985. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=473&invol=667>. Acesso em: 04/05/2015.

UNITED STATES V. BARRET. 6th Circuit. 982 F.2d 193, 1992. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-barrett-35>. Acesso em: 04/05/2015.

UNITED STATES V. HAYES, 946 F.2d 230, 3d Cir., 1991. Disponível em: <https://casetext.com/case/us-v-hayes-9>. Acesso em: 04/05/2015.

UNITED STATES V. RUIZ, 536 U.S. 622, 2002. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/622/>. Acesso em: 04/05/2015.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 361 págs. Dissertação (Mestrado) – PUC/RS. Porto Alegre/RS, 10 de novembro de 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História de Direito. 3ª Ed., 2ª tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.