

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO

MARCO POLO LEVORIN

**DELAÇÃO PREMIADA – UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS  
POLÍTICAS CRIMINAIS GARANTISTA E ANTIGARANTISTA  
E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

São Paulo

2018

MARCO POLO LEVORIN

**DELAÇÃO PREMIADA – UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS  
POLÍTICAS CRIMINAIS GARANTISTA E ANTIGARANTISTA  
E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Universidade Presbiteriana Mackenzie como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Político e Econômico, sob orientação do Professor Doutor Gianpaolo Poggio Smanio.

São Paulo

2018

L666d Levorin, Marco Polo.

Delação premiada : uma abordagem a partir das políticas criminais garantista e antigarantista e da Constituição Federal / Marco Polo Levorin. – 2018.

187 f. ; 30 cm

Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

Orientador: Gianpaolo Poggio Smanio.

Referências bibliográficas: f. 178-187.

1. Delação premiada. 2. Colaboração premiada. 3. Política criminal. 4. Garantismo. 5. Funcionalismo. 6. Emergência. 7. Inimigo. I. Smanio, Gianpaolo Poggio, *orientador*. II. Título.

CDDir 341.4343

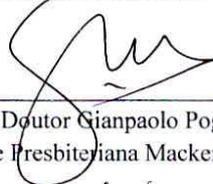
MARCO POLO LEVORIN

**DELAÇÃO PREMIADA – UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS  
POLÍTICAS CRIMINAIS GARANTISTA E ANTIGARANTISTA  
E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

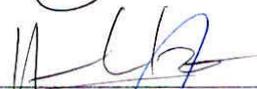
Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação  
em Direito Político e Econômico da Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à  
obtenção do título de Doutor em Direito Político e  
Econômico.

Aprovado em: 26 de fevereiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA



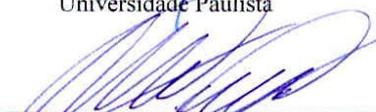
Professor Orientador Doutor Gianpaolo Poggio Smanio  
Universidade Presbiteriana Mackenzie



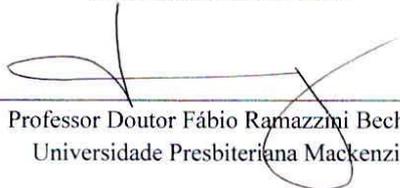
Professor Doutor Humberto Barrionuevo Fabretti  
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Professor Doutor Augusto Eduardo de Souza Rossini  
Universidade Paulista



Professor Doutor Antonio Carlos Morato  
Universidade de São Paulo



Professor Doutor Fábio Ramazzini Bechara  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

MARCO POLO LEVORIN

**DELAÇÃO PREMIADA – UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS  
POLÍTICAS CRIMINAIS GARANTISTA E ANTIGARANTISTA  
E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito Político e Econômico.

Aprovado em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Orientador Doutor Gianpaolo Poggio Smanio  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Professor Doutor Humberto Barrionuevo Fabretti  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Professor Doutor Augusto Eduardo de Souza Rossini  
Universidade Paulista

---

Professor Doutor Antonio Carlos Morato  
Universidade de São Paulo

---

Professor Doutor Fábio Ramazzini Bechara  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Para Emanuel Wallendzu Levorin,  
Marco Polo Levorin Filho e  
Patrícia Wallendzu Levorin.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pela Providência graciosa.

Aos meus pais, pela educação e amor.

Aos meus filhos e à esposa, pela compreensão e felicidade proporcionada.

Ao Prof<sup>o</sup>. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, pela generosidade e orientação.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela oportunidade e transformação.

*“O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. ”*

(Norberto Bobbio).

*“A Política Criminal, concebida a partir de uma tal doutrina dos fins das penas, tem de determinar também, em meu entender, o tratamento da dogmática jurídico-penal. ”*

(Claus Roxin).

## RESUMO

A presente tese discute a Delação Premiada a partir da Política Criminal, sob o enfoque dos vários sistemas que têm sido propostos como o Direito Penal de Emergência, do Direito Penal do Inimigo, do Funcionalismo Sistêmico Radical e do Garantismo Penal. Ademais, o mencionado instituto tem uma abordagem a partir da Constituição Federal, destacando-se as possíveis violações dos princípios da Vedação à Tortura, Estado Democrático de Direito e Liberdade/Prisão, Contraditório/Ampla Defesa e Devido Processo Legal, Igualdade, Presunção de Inocência/Ônus da Prova e *In Dubio pro Reo*, Direito ao Silêncio e Prova Ilícita, Sistema Acusatório e Imparcialidade/Jurisdição, Proporcionalidade, Titularidade da Ação e Obrigatoriedade.

**Palavras-chave:** delação premiada, colaboração premiada, política criminal, garantismo, funcionalismo, emergência, inimigo.

## **ABSTRACT**

The present thesis discusses the Awarded Award from the Criminal Policy, under the focus of the various systems that have been proposed such as the Emergency Criminal Law, Enemy Criminal Law, Radical Systemic Functionalism and Criminal Guarantor. In addition, the aforementioned institute has an approach based on the Federal Constitution, highlighting possible violations of the principles of the Torture Fence, Democratic State of Law and Liberty / Prison, Contradictory / Ample Defense and Due Process of Law, Equality, Presumption of Innocence / Proof and In Dubio Pro Reo, Right to Silence and Illegal Proof, Accusatory System and Impartiality / Jurisdiction, Proportionality, Ownership of the Action and Mandatory.

**Keywords:** award-winning delusion, award-winning collaboration, criminal policy, guaranty, functionalism, emergency, enemy.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 POLÍTICA CRIMINAL ANTIGARANTISTA.....</b>	<b>15</b>
2.1 POLÍTICA CRIMINAL .....	15
2.2 EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL.....	17
2.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO .....	21
<b>2.3.1 Principais Características do Direito Penal do Inimigo.....</b>	<b>24</b>
2.4 FUNCIONALISMO SISTÊMICO RADICAL .....	29
2.5 DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA.....	36
<b>3 GARANTISMO PENAL.....</b>	<b>48</b>
3.1 AXIOMAS GARANTISTAS .....	48
<b>3.1.1 Retribuição Penal .....</b>	<b>50</b>
<b>3.1.2 Princípio da Legalidade .....</b>	<b>50</b>
<b>3.1.3 Princípio da Necessidade e Proporcionalidade .....</b>	<b>53</b>
<b>3.1.4 Princípio da Lesividade e Ofensividade .....</b>	<b>55</b>
<b>3.1.5 Princípio da Materialidade .....</b>	<b>56</b>
<b>3.1.6 Princípio da Culpabilidade .....</b>	<b>58</b>
<b>3.1.7 Princípio da Jurisdicionalidade e Presunção de Inocência.....</b>	<b>59</b>
<b>3.1.8 Princípio Acusatório.....</b>	<b>61</b>
<b>3.1.9 Princípio do Ônus da Prova.....</b>	<b>62</b>
<b>3.1.10 Princípio do Contraditório .....</b>	<b>62</b>
<b>4 DELAÇÃO PREMIADA .....</b>	<b>72</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES .....	72
<b>4.1.1 Tensão Entre Garantia e Efetividade .....</b>	<b>72</b>
<b>4.1.2 Terminologia e Natureza.....</b>	<b>75</b>
<b>4.1.3 Histórico e Direito Comparado .....</b>	<b>78</b>
<b>4.1.4 Política Criminal no Colaboracionismo .....</b>	<b>90</b>
4.2 ASPECTOS TÉCNICOS.....	97
<b>4.2.1 Valor Probatório.....</b>	<b>97</b>
<b>4.2.2 Fases.....</b>	<b>101</b>
<b>4.2.3 Prêmio.....</b>	<b>109</b>
<b>4.2.4 Condições.....</b>	<b>111</b>

4.2.5 Momento.....	112
4.3 ANÁLISE SOBRE O PRISMA CONSTITUCIONAL .....	112
4.3.1 Princípio da Titularidade da Ação e Obrigatoriedade .....	113
4.3.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa .....	116
4.3.3 Princípio do Direito de Silêncio .....	121
4.3.4 Princípio da Igualdade .....	127
4.3.5 Princípio da Imparcialidade/Jurisdição .....	130
4.3.6 Estado Democrático de Direito.....	135
4.3.7 Vedação à Tortura.....	137
4.3.8 Princípio da Legalidade Penal e Devido Processo Legal .....	142
4.3.9 Direito à Liberdade e do Princípio da Legalidade da Prisão .....	147
4.3.10 Inadmissibilidade da Prova Ilícita .....	151
4.3.11 Presunção de Inocência e Ônus da Prova.....	156
4.3.12 Do Princípio do <i>In Dubio Pro Reo</i> .....	160
4.3.13 Princípio da Proporcionalidade .....	163
5 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DA DELAÇÃO PREMIADA.....	166
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	169
REFERÊNCIAS .....	181

## 1 INTRODUÇÃO

Neste início de século, vivemos um momento repleto de insegurança, produz na alma humana um desespero e uma ansiosa busca por uma resposta imediata à onda de criminalidade que campeia os grandes centros urbanos.

Periodicamente, há novas investidas pela criminalidade organizada e o legislador, para aplacar a insegurança da sociedade, elabora leis que não respeitam um debate necessário ao amadurecimento de um texto responsável, aproveita os conceitos porosos decorrentes da sociedade do risco, embarca na flexibilização das garantias penais e processuais, adotando uma política criminal distanciada do garantismo e afinada com a emergência penal, o inimigo penal e o funcionalismo sistêmico radical.

Nessa perspectiva, há um fenômeno comunicacional – pressão midiática – que trabalha intensamente com as angústias, ansiedades, desesperos que decorrem da violência urbana, inflacionando ainda mais tais sentimentos, manipulando expectativas, pois “novos produtos” são “vendidos” como panaceia das resoluções dos problemas.

Se credita às formas legais a resolução de problemas que são intensamente mais profundos. É lugar comum inventariar aspectos sociais, dados educacionais, macroeconomia, morosidade judiciária e, principalmente, a impunidade como causas do vertiginoso espiral da criminalidade.

Portanto, devem ser observadas “reformas” pontuais para conformidade da lei ordinária com o Texto Constitucional, pois existem institutos que desprezam os mais elementares direitos fundamentais da pessoa humana, os quais passam a coexistir com primados da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos, das liberdades públicas e garantias fundantes do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, emerge o instituto da delação premiada como a solução para a questão da criminalidade: a ideia central a punir, ainda que sem o devido processo ou não observando os limites constitucionais. Nesse sentido, se indaga: A redação da Lei 12.850/2013 atenderia aos limites constitucionais?

Desse modo, o legislador, sob o pretexto de “combater” o crescimento da criminalidade, equivocadamente adotou o punitivismo retribucionista (fruto do movimento da Lei e da Ordem) como resolução dos conflitos sociais, não observando direitos fundamentais e adotando uma legislação do pânico, colocando os “inimigos” às margens dos sistemas de garantias (Direito Penal do Inimigo).

Este punitivismo retribucionista exacerbado representa um endurecimento simbólico, pois não traz solução ao problema, não diminui criminalidade, não erradica o crime organizado, não traz segurança jurídica. É necessário, portanto, atentarmos à complexidade das circunstâncias social, legal, econômica, cultural, religiosa e jurídica que envolvem o nosso sistema, para, a partir delas, propugnarmos por uma legislação que atenda a uma política criminal bem definida.

No entanto, os institutos penais (dentre eles se destaca a delação premiada) são forjados na emergência penal, apenas atendendo ao simbolismo, na tentativa de aplacar a ansiedade social, independentemente do respeito à orientação da política criminal consagrada na Constituição e dos dispositivos dos Tratados Internacionais.

Neste trabalho, o instituto da Lei 12.850/2013 é tratado como delação premiada (e não colaboração) por compreendermos não se tratar de cooperação, mas de apenas um utilitarismo, no qual o delator apenas pretende a redução da pena e a manutenção de sua liberdade, e não propriamente uma colaboração com a justiça.

Por decorrência, a política criminal deixa de observar os valores e princípios previstos na Constituição (além dos Pactos e Tratados Internacionais), sendo a dogmática penal fortemente influenciada pela emergência penal, o “direito” penal do inimigo e o funcionalismo sistêmico radical.

A delação premiada flexibiliza as garantias penais e processuais, através da instrumentalização midiática, para otimizar a suposta efetividade, deixando de observar os valores e limites instituídos no padrão de constitucionalidade e convencionalidade. A política criminal, por decorrência, passa a sofrer significativa influência da pressão social.

A partir dessa perspectiva, demonstraremos com o presente trabalho que a política criminal prevista na Constituição tem uma configuração distinta da estabelecida na legislação ordinária, em que o Texto Constitucional vela significativamente pelas garantias penais e processuais e a lei estabelece intensa flexibilização, como na hipótese da delação premiada.

Desse modo, procuraremos comprovar que o direito penal do inimigo, o funcionalismo sistêmico radical jakobsiano e o direito penal de emergência contêm princípios e um ideário teórico que exercem influência na dogmática penal, inclusive com relação à Lei 12.850/2013. O garantismo, porém, fica eclipsado no Texto Constitucional.

A delação premiada não é inconstitucional, o próprio Supremo Tribunal Federal na Pet. 5.952/DF, relator Min. Teori Zavascki reconheceu a sua constitucionalidade, porém existem alguns aspectos de violação do Texto Constitucional. Como – por exemplo - o §1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990, que foi julgado inconstitucional (a vedação à progressão

de regime no HC 82959 STF), porém, a Lei dos Crimes Hediondos não foi considerada inconstitucional. Apenas um dispositivo.

Desse modo, a delação premiada não é inconstitucional enquanto instituto regulamentado pela Lei 12.850/2013, porém apresenta alguns dispositivos que violam a Constituição Federal. Pretendemos identificar quais são os dispositivos inconstitucionais na Lei 12.850/2013 e propor medidas para que o instituto da delação possa garantir efetividade no significado abordado no presente trabalho.

Para demonstrar a tese, o trabalho está dividido em quatro partes: **1ª parte:** Política Criminal Antigarantista (Expansionismo do Direito Penal, Direito Penal do Inimigo, Funcionalismo Sistemático Radical e Direito Penal de Emergência); **2ª parte:** Garantismo Penal [Axiomas Garantistas (Retribuição Penal, Princípio da Legalidade, Princípio da Necessidade e Proporcionalidade, Princípio da Lesividade e Ofensividade, Princípio da Materialidade, Princípio da Culpabilidade, Princípio da Jurisdicionalidade e Presunção de Inocência, Princípio Acusatório, Princípio do Ônus da Prova, Princípio do Contraditório)]; **3ª parte:** Delação Premiada (Tensão entre Garantia e Efetividade, Terminologia e Natureza, Histórico e Direito Comparado e Política Criminal), Aspectos Técnicos (Valor Probatório, Fases, Condições, Momento e Prêmio); Análise sobre o Prisma Constitucional (Vedação à Tortura; Estado Democrático de Direito e Liberdade/Prisão; Contraditório/Ampla Defesa e Devido Processo Legal; Igualdade; Presunção de Inocência/Ônus da Prova e *In Dubio pro Reo*; Direito ao Silêncio e Prova Ilícita; Sistema Acusatório e Imparcialidade/Jurisdição; Proporcionalidade; Titularidade da Ação e Obrigatoriedade); e **4ª parte:** Proposta de Alteração Legislativa da Delação Premiada.

## 2 POLÍTICA CRIMINAL ANTIGARANTISTA

### 2.1 POLÍTICA CRIMINAL

Na abordagem da política criminal ingressam a tutela da liberdade, a sistematização de valores e princípios previstos na Constituição (Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, direitos humanos, legalidade penal, culpabilidade, e devido processo legal e corolários), a sistematização de meios de controle social para diminuição do fenômeno da criminalidade (interesse social na prevenção e repressão do delito).

A política criminal decorre primordialmente de valores e princípios previstos na Constituição (além dos Pactos, Tratados e Convenções e da legislação ordinária), os quais se tornam exigências que marcam profundamente a dogmática penal e informam o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

A título de exemplo, se destacam princípios importantes na configuração do conteúdo do Direito Penal e Processo Penal, como:

- a) Estado Democrático de Direito – a impossibilidade de meios autoritários na persecução penal, de adoção de meios de provas típicos de estados de exceção, de tipificação fora da aprovação no Congresso Nacional, de um processo ou procedimento desrespeitoso às garantias e aos direitos individuais inerentes à democracia;
- b) Dignidade Humana – impede a imposição de penas que não respeitem a pessoa humana, de prisões excessivas, prova ilícita para condenação; respeito ao *fair play* do arcabouço normativo;
- c) Direitos Humanos – com vedação a penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; com a adoção de medidas violadoras dos direitos individuais previstos no art. 5º da Constituição; observância à humanidade da pena e ressocialização, afastando a visão estritamente punitivista retribucionista;
- d) Legalidade Penal – em que crimes e penas devem ser submetidos à reserva legal, à taxatividade, à determinação máxima da intervenção estatal na liberdade do indivíduo; observância da culpabilidade, ofensividade, materialidade;
- e) Devido Processo Legal – destacando o seu aspecto material revelado na proporcionalidade, no qual se impõe a proibição do excesso; com a observância dos corolários: contraditório, ampla defesa, prova lícita, juiz natural, presunção de inocência, direito ao silêncio;

- f) Princípio da Necessidade – como limitação das intervenções penais para assegurar os direitos e convivência social;
- g) Igualdade, exigindo o mesmo tratamento a todas as pessoas, com o escopo de ressocialização.

Considerando todos os valores mencionados, se observa a significativa participação da política criminal na criação do Direito Penal e Processo Penal, como reconhece Francisco Muñoz Conde:

*En resumen: a la Criminología le interesan los factores de la criminalidad y de la criminalización. Al Derecho penal, su imputación a un individuo a efectos de hacerlo responsable conforme a un esquema o estructura de responsabilidad cuyos presupuestos establece la ley penal positiva. A la Política criminal, los criterios a tener en cuenta en la creación del Derecho penal.<sup>1</sup>*

Desse modo, a política criminal surge dos princípios e valores constitucionais, estabelecendo uma influência na elaboração e aplicação do Direito Penal e do Processo Penal, como se observa a limitação na criação de lei penal que viole – por exemplo - a dignidade da pessoa humana.

A política criminal pode, portanto, optar por uma função garantidora do Direito Penal a partir de valores constitucionais (p. ex., com ênfase no valor das garantias individuais e proteção dos bens jurídicos), em que são estabelecidos determinados princípios e construída a dogmática penal, sendo considerado como *ultima ratio* a promover a descriminalização de condutas menos graves para o convívio social. Além da observância da culpabilidade como limite da pena (reação repressiva condicionada ao desvalor da conduta), da pena como necessidade de prevenção (geral/especial; não apenas retribuição) e execução penal ressocializadora.

Porém, afastando-se do Texto Constitucional podemos partir para um “utilitarismo processual” e pela “busca da máxima eficiência (antigarantista)<sup>2</sup>”. Nesse antigarantismo, a política criminal adquire um caráter totalitário, expansionista, não premiando a pessoa humana (direitos são negados ao “inimigo”), emergencial, solapando com os valores e

---

<sup>1</sup> “Em resumo: para a Criminología interessam os fatores da criminalidade e da criminalização. Ao direito penal, a imputação a um indivíduo e os efeitos de fazê-lo responsável, em conformidade com um esquema ou estrutura de responsabilidade cujos pressupostos estabelece a lei penal positiva. A la Política criminal, os critérios a ter em conta na criação do direito penal”. (CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal, parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 215, tradução nossa).

<sup>2</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 983.

princípios relacionados com o Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, direitos humanos, legalidade penal, culpabilidade, e devido processo legal e corolários.

Nesse contexto de crise, surgem novas manifestações como o Funcionalismo Radical Sistêmico, Direito Penal de Emergência, o Direito Penal do Inimigo, enquanto manifestações antigarantistas, e o Garantismo como novas vertentes da política criminal.

Desse modo, é importante observar a política criminal prevista na Constituição e, na sequência, o desafio se caracteriza por estabelecer a delação premiada segundo o modelo constitucional, sendo necessário – para tanto – velar pelos valores e princípios nele instituídos através do controle prévio de constitucionalidade e por propostas de mudanças legislativas.

## 2.2 EXPANSIONISMO DO DIREITO PENAL

O fenômeno da expansão do Direito Penal se destaca pela elaboração de novos crimes para proteção de bens jurídicos coletivos. Silva Sanchez trabalha com o conceito de generalizada expansão e flexibilização dos princípios político-criminais, classificando o Direito Penal em velocidades. A primeira velocidade seria representada pelos casos que tratassem da “prisão” e manteria os princípios clássicos do Direito Penal, as regras de imputação e os princípios processuais (garantista). A segunda velocidade se caracterizaria pelas hipóteses de penas restritivas de direitos ou multa, em que haveria uma flexibilização das garantias penais e processuais (direito administrativo sancionador – funcional).

Ou seja, nesta segunda velocidade a pena privativa de liberdade seria substituída pela privativa de direitos, mas com flexibilização das garantias. Neste contexto, Roxin chega a prever o fim da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas alternativas, pois com o aumento da criminalidade e dos dispositivos penais chegar-se-á a um ponto em que será inviável, econômica e politicamente, para o Estado mantê-la. Argumenta o autor que a Alemanha teve um aumento consideravelmente a aplicação da multa em vez da prisão, pois o Estado demonstra sua reprovação aos crimes não pela intensidade da sanção e sim pela simples prevenção<sup>3</sup>.

Há, ainda, a terceira velocidade do Direito Penal na qual Silva Sanchez conjugaria a pena privativa de liberdade com as flexibilizações das garantias penais e processuais, caracterizando o Direito Penal do inimigo (destinado ao combate à criminalidade organizada, ao terrorismo).

---

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? Doutrina penal – primeira seção. *Revista dos Tribunais*, ano 90, n. 790, p. 468-469, ago. 2001.

A justificativa da flexibilização, segundo Sánchez, fundamenta-se porque o núcleo duro do Direito Penal não estaria apto a proteger a novos interesses, propondo a expansão do Direito Penal para abarcá-los:

A demanda social de proteção por meio do Direito Penal provavelmente não se veria satisfeita de um modo *funcional* com um Direito Penal reduzido a seu núcleo principal. A ordenada resposta à demanda punitiva, deve, pois, resolver-se por intermédio de uma ampliação do Direito Penal no sentido da proteção de interesses que não pertenciam a seu âmbito clássico de proteção, dita tutela seria praticamente impossível no marco de regras e princípios clássicos.<sup>4</sup>

Este modo funcional incidiria num Direito Penal com flexibilização das regras de imputação (passa a ser coletiva e menos rígida) e das garantias tradicionais do princípio da legalidade (antecipa-se a tutela penal, não se exigindo a afetação do bem jurídico – crimes de perigo presumido), do mandato de determinação (porosidade) ou pelo incremento de crimes de mera conduta e culposos, além da inversão do ônus de prova, sendo que tais relativizações de garantias tradicionais, aliadas à pena de prisão, constituem o Direito Penal do Inimigo.

Esta terminologia “inimigo”, numa visão inicial, significa que é alguém excluído do Direito Penal porque o abandonou de forma duradoura, em razão da sua conduta social, não garantindo um mínimo segurança sobre a sua personalidade (p. ex., reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional, o ingresso numa organização criminosa).

Assim, as características genéricas deste Direito Penal do Inimigo são: a ampla antecipação da proteção penal (sem reduzir a pena correspondente a tal antecipação), adoção da legislação de combate e o aniquilamento de garantias processuais.

Esta conceituação é importantíssima, pois muitos dos nossos institutos são decorrências lógicas deste Direito Penal da terceira velocidade, sendo necessário, portanto, observarmos atentamente este fenômeno, que conjuga prisão com flexibilização de garantias.

Para entendermos esta terceira velocidade (direito penal do inimigo) é necessário compreender o fenômeno da expansão penal, assim intitulada por Jesús-María Silva Sánchez, que se caracteriza pela introdução de novos tipos penais, o agravamento das penas já existentes, flexibilização das garantias do Direito Penal e Processo Penal, sob a alegação de que as crescentes necessidades de tutela penal não encontrariam. A expansão do Direito Penal não atenderia ao princípio da intervenção mínima e as clássicas garantias, mas intensificaria a pena privativa de liberdade.

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 144.

O fenômeno da expansão no Direito Penal caracteriza-se, portanto, pela criminalização dos estágios prévios à lesão dos bens jurídicos, sanções demasiadamente altas, flexibilização de clássicas garantias materiais e processuais, que envolvem desmaterialização do tipo, imputação, causalidade, ônus de prova em razão da contemporânea sociedade do risco.

Nesse sentido, o expansionismo penal rompe com o garantismo da *ultima ratio* para se transformar no Direito Penal de *maxima ratio*, uma vez que os riscos decorrentes da sociedade contemporânea impõem ao Direito Penal um caráter preventivo, de afastar os riscos não permitidos, pois os danos causados podem ofender bens jurídicos supraindividuais, sendo, por decorrência, a sua missão proteger os interesses fundamentais das gerações futuras. Esta situação corresponde à pior configuração que o Direito Penal possa assumir, isto porque desprezam-se garantias penais e processuais, previstas na Constituição e nos Tratados Internacionais em prol da repressão a qualquer custo (sem observar com intensidade a dignidade da pessoa humana e todo o arcabouço jurídico que forma um Direito garantístico), com efeitos deletérios, tais como longas penas de prisão, processos com condenações obtidas com relativização de prova, baseados em presunção de culpabilidade etc.

Silva Sánchez propõe uma configuração dualista, ou seja, com dois níveis de garantia: a) um núcleo duro para o denominado Direito Penal clássico, com regras de imputação e princípios rígidos (legalidade, a proporcionalidade, a lesividade etc.), inclusive no âmbito processual (prova, presunção de inocência), que seria adotado para as hipóteses de penas privativas de liberdade; b) um núcleo mais “moderno” para atender às especiais necessidades da sociedade contemporânea, quando não haveria dificuldade em se admitir menos garantias materiais e processuais ao Direito Penal (relativização) se as sanções previstas fossem as pecuniárias ou restritivas de direitos, porque seriam penas menos intensas.

Desse modo, será difícil frear certa expansão do Direito Penal, dadas a configuração e aspirações das sociedades atuais. Por outro lado, que a teoria clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação político-criminal de garantia própria do Direito Nuclear da pena de prisão, não teriam que expressar idêntica medida de exigência em um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e “regulamentadora” baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias e privativas de direitos, assim como para um eventual Direito Penal da reparação. Tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis.

O significado exato de tal proposta pode ser apreendido se se leva em conta que os delitos – muito especialmente socioeconômicos – nos quais se manifesta a expansão do Direito Penal continuam sendo delitos sancionados com penas privativas de liberdade, de considerável duração em alguns casos, nos quais, sem embargo, os princípios político-criminais sofrem uma acelerada perda de rigor. Se nos ativermos ao modelo sugerido, somente há duas opções: a primeira, que tais delitos se integrem no núcleo do Direito Penal, com as *máximas garantias* (no relativo à legalidade, à proporcionalidade, à lesividade, à prova etc.) e as mais rigorosas regras de imputação (da imputação objetiva, autoria, a comissão por omissão etc.); e a segunda, que se mantenha a linha de *relativização de princípios de garantia* que hoje já acompanha tais delitos, em cujo caso se deveria renunciar a cominação das penas de prisão que agora existem.<sup>5</sup>

De qualquer forma, a situação é mais dramática quando se *conjuga pena de prisão com as flexibilizações das garantias tradicionais materiais e instrumentais*, como é o caso do Direito Penal do Inimigo, que a pretexto de satisfazer a ansiedade pela segurança máxima e tranquilizar simbolicamente a sociedade em razão do cometimento de crimes graves (terrorismo, criminalidade organizada), passou a ver a persecução criminal e provas como um obstáculo à sua eficácia.

Esta configuração que conjuga pena de prisão com flexibilização das garantias tradicionais instrumentais está presente na Delação Premiada, pois o delator aceita (às vezes na fase do inquérito) uma pena sem a garantia do devido processo legal, sem seu necessário debate contraditório, sem a possibilidade de produção de prova que poderia reduzir a sanção penal, sem a máxima efetividade das garantias constitucionais e sem possibilitar a arguição de nulidade.

Nem se olvide da possibilidade de prender para convencer o preso a delatar como na hipótese defendida pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana nos autos de *Habeas Corpus* 5029050-46.2014.404.0000<sup>6</sup> e 5029016-71.2014.4.04.0000<sup>7</sup>, quando emitiu um parecer defendendo a prisão para *convencer* os acusados a colaborarem com a identificação dos crimes.

Como asseverou Miguel Reale Júnior, trata-se de violação do Estado Democrático de Direito: “Transformar a prisão, sem culpa reconhecida na sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação é uma proposta que repugna ao Estado de Direito”, acrescentando *que a delação* por via da imposição de uma prisão injusta e desnecessária se

---

<sup>5</sup> SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 142.

<sup>6</sup> Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2017.

<sup>7</sup> Idem.

ditada apenas pelo objetivo de se obter uma confissão *não é voluntária, concluindo*: “A prisão para delatar desfigura a delação”<sup>8</sup>.

Nesse sentido, se considerarmos a hipótese suscitada por Miguel Reale Júnior (prisão para forçar a delação) como violação do Estado Democrático de Direito, a delação se transforma num instrumento apenas para a aplicação da pena.

Por sua vez, o Direito Penal do Inimigo também não premia o Estado Democrático de Direito ao propor a eficiência total (segurança) através da relativização das garantias substantivas e processuais de um direito “clássico” e “ultrapassado”, renunciando a sociedade à liberdade (prisão) com muita facilidade, pois se encontra atemorizada em face de acontecimentos contemporâneos (necessidade).

Assim, os cortes mais profundos nos mais sagrados direitos constitucionais se justificariam neste novo sistema de política criminal em nome da eficácia permanente da segurança pública, mas não apenas para ter vigência neste momento, pois, como modelo político que é, tem a pretensão de ser perene. Desta forma, configura-se o Direito Penal do Inimigo.

### 2.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O direito penal do inimigo foi criado no funcionalismo sistêmico, logo esta política criminal precede aquela, porém aqui será tratado neste momento em razão da terceira velocidade do Direito Penal (Silva Sanchez), que conjuga pena privativa de liberdade e as flexibilizações das garantias penais e processuais, apresentar características do Direito Penal do inimigo. No próximo tópico, trataremos do Funcionalismo Sistêmico Radical.

A terminologia Direito Penal do Inimigo<sup>9</sup> foi utilizada por Günther Jakobs, que diferencia o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, este mais adequado à defesa frente aos riscos futuros, sendo algumas pessoas excluídas das garantias clássicas do Direito Penal (destinadas ao cidadão), como, p. ex., um terrorista que se torna alheio à esfera da cidadania.

---

<sup>8</sup> REALE JR., Miguel. A prisão como pressão. *Jornal Folha de S. Paulo*, São Paulo, 3/12/2014.

<sup>9</sup> O Direito Penal do Inimigo chega a ser comparado aos postulados nazistas: “Com o devido respeito a qualquer outro autor que, porventura, defenda esta espécie de separação entre pessoas, o que se lê na obra de Jackobs é, em sua essência, uma apologia ao pensamento nazista. Nesta senda o autor, no melhor estilo Goebbels, trabalha com uma imagem que se encontra amplificada pela mídia mundial, qual seja o terrorismo e, ante o medo difuso que a simples evocação deste “demônio de início de milênio” gera na opinião pública, faz um retorno a autores de nosso passado para cobrir, com lustro de intelectualidade, uma verdadeira incitação ao *Reich* de mil anos” (GERBER, Daniel. *Direito penal do inimigo*: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 28 nov. 2005).

O Direito Penal do Cidadão é destinado às pessoas (sujeito envolvido com a sociedade e a sociedade civil, tornando-se sujeito de direitos e obrigações, propiciando a manutenção da ordem no mesmo) e o Direito Penal do Inimigo para os indivíduos (sujeito envolvido com a ordem natural (não se sujeitando ao estado civil), excluindo-se, portanto, dos direitos e deveres, pois busca apenas a satisfação seus interesses sem envolvimento com a sociedade e sua ordem civil; em geral, criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas).

Jakobs funda-se no conceito hobbesiano, segundo o qual o inimigo vive em estado de natureza, sem a submissão ao estado civil com a ordem vivida em sociedade (o inimigo não renunciou em parte dos seus direitos para conviver em sociedade) e, ademais, não confere às demais pessoas garantia de não os hostilizar, ou seja, não dá garantias sobre sua personalidade, de que não os tratará com agressividade ou inimizade. Por decorrência, como o inimigo não está sujeito à lei, pode lhe ser infligido qualquer tipo de castigo.

Nesse sentido, as garantias são atribuídas ao cidadão, sendo-lhe aplicada uma pena (como sanção pelo crime cometido) somente através do devido processo legal, porém a relação com o inimigo é baseada na coação, não lhe aplicando uma pena, mas uma medida de segurança (sem as garantias clássicas), já que se visa à evitação de acontecimentos futuros (periculosidade).

Assim, a periculosidade do agente é utilizada para caracterizar o inimigo, pois este não oferece garantia de que se conduzirá como cidadão, que atuará com fidelidade ao ordenamento jurídico, por isso não é punido segundo sua culpabilidade, mas segundo a sua periculosidade.

Esta periculosidade justifica a punição no âmbito interno do agente e dos atos de preparação (basta a conduta planejada), a sanção como medida de segurança para os atos futuros (inclusive pelo perigo de danos futuros), e o Direito Penal do Inimigo como um direito do autor e não do fato.

Ao que parece, o Direito Penal do Inimigo estaria voltado inicialmente ao combate do terrorismo (direito antiterrorista), em especial ao combate contra indivíduos perigosos, através de medidas de segurança, em razão de determinadas fontes de perigo significativas, sendo posteriormente propugnado para outras formas de criminalidade como tráfico de drogas, criminalidade de imigração, outras formas de crime organizado.

Esta política criminal do inimigo está vinculada ao fenômeno da expansão do Direito Penal, onde, na “terceira velocidade”, coexistiriam de penas privativas de liberdade com a

“flexibilização” dos princípios político-criminais e as regras de imputação, ou seja, Direito Penal do Inimigo.

Por este fenômeno, o núcleo duro do Direito Penal garantista (bens jurídicos classicamente materiais, lesividade, estrita legalidade, intervenção mínima, penas proporcionais) foi excepcionado pela responsabilização prévia a lesão (delitos de perigo), penas desproporcionadamente altas e flexibilização de garantias (penais ou processuais).

Este fenômeno expansivo, por sua vez, caracteriza-se pelo “direito penal simbólico” (o objetivo é passar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido) e o punitivismo (incremento qualitativo e quantitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal), que constituem o Direito Penal do Inimigo.

Há exemplos implacáveis no sistema norte-americano de punitivismo, a *Acta Patriótica* (*Patriot Act*), que amplia a categoria de “terrorismo” e autoriza o *governo* a vigiar e espionar organizações e indivíduos sob qualquer suspeita sem autorização. O *Patriot Act* foi instituído logo depois do 11 de Setembro de 2001, quando o grupo terrorista Al Qaeda projetou dois aviões contra as torres gêmeas do World Trade Center, nos EUA.

Além de limitar a imprensa na difusão de gravação de Bin Laden; vigiar instituições religiosas ou políticas sem suspeita; vigiar por meios eletrônicos, interceptação telefônica e internet nas suspeitas vagas; vigiar os dados bancários, médicos e uso de biblioteca por presunção de atividade terrorista; desintegração dos direitos civis dos imigrantes e dos não cidadãos, como audiências secretas, detenção indefinida, incomunicabilidade e sem direito a um advogado para os “inimigos combatentes”.

Posteriormente, foi sancionada (17/10/2006) a lei para processar e interrogar suspeitos de terror (inimigos perigosos), conferindo mais poderes à CIA na guerra contra o terror. Sob a alegação de que “salvará vidas americanas” (Bush), esta lei autoriza o presidente regulamentar o interrogatório, institui um sistema de comissões militares para julgar os suspeitos de terrorismo (os réus não terão acesso às evidências) e retira dos tribunais federais a jurisdição para *habeas corpus* de não cidadãos (não contestarão o confinamento). Por isso alguns integrantes de defesa dos direitos humanos alcunharam-na de “*the corpse of habeas corpus*”, ou seja, “o cadáver do *habeas corpus*”.

Este fenômeno do punitivismo é baseado na neutralização pelo aprisionamento, a partir de uma reação extremada (desproporcional e antigarantista), com um excessivo endurecimento (desnecessário) das penas. O exemplo é a legislação dos EUA denominada *three strikes* (pena de prisão perpétua para quem comete três crimes contra a propriedade),

também conhecida como lei do criminoso habitual, lei instituída na Califórnia em 1994 e presente em vários Estados norte-americanos<sup>10</sup>.

No entanto, alguns estados americanos já começam a rever esta política criminal, em razão do incremento significativa da população carcerária decorrente da lei do *three strikes*. Por exemplo, a Califórnia aumentou aproximadamente 600% em três décadas e chegou à marca de 170.000 pessoas em 2007, 0,5% do total de habitantes do estado<sup>11</sup>. Uma das iniciativas é a Proposta 47 para reduzir a população carcerária da Califórnia.

Esta legislação [*three strikes*] prevê o encarceramento automático e prolongado para o criminoso “incurável”, em razão do cometimento do terceiro crime grave (*felony*), como medida de segurança. Ou seja, o terceiro *felony*, após dois outros *felonies* semelhantes e prévios, dará ensejo a 25 anos de prisão com a possibilidade de se perpetuar.

### 2.3.1 Principais Características do Direito Penal do Inimigo

As características do Direito Penal do Inimigo podem ser esquematizadas da seguinte forma:

- a) o indivíduo não é tratado como um cidadão sujeito de direito, mas é visto como inimigo, logo não dispõe de todas as garantias;
- b) é um direito penal do autor (pune o sujeito pelo que ele “é” e não pelo que ele “fez”; não é somente um determinado “fato” o que está na base da tipificação penal, não se excluindo a responsabilidade por meros pensamentos e “atitude interna” do autor), com a eleição e identificação de um infrator como inimigo por parte do ordenamento penal, recaindo sobre ele o reconhecimento de uma competência normativa em razão de sua “perversidade” e “periculosidade” (elementos que servem para caracterizá-lo na categoria de inimigo); assim, pune-se não pelo ato praticado, mas pelo fato de ser ladrão, assassino, terrorista ou estelionatário, por se supor uma personalidade perigosa, pelos seus antecedentes ou pela condução “anormal” de vida, violando o princípio da legalidade;

---

<sup>10</sup> Até a data de maio de 1999, estes são os 24 Estados norte-americanos que têm leis do tipo *three strikes*: Arkansas (1995), Califórnia (1994), Colorado (1994), Connecticut (1994), Flórida (1995), Geórgia (1994), Indiana (1994), Kansas (1994), Louisiana (1994), Maryland (1994), Montana (1995), Nevada (1995), New Jersey (1995), Novo México (1994), Carolina do Norte (1994), Dakota (1995), Pensilvânia (1995), Carolina Sul (1995), Tennessee (1994), Utá (1995), Vermont (1995), Virgínia (1994), Washington (1993) e Wisconsin (1994).

<sup>11</sup> [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/13/internacional/1426283301\\_978120.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/13/internacional/1426283301_978120.html)

- c) no Direito Penal do Inimigo a reprovabilidade decorre da periculosidade do agente; portanto, pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas;
- d) adiantamento da punibilidade: não se espera cometer o crime para reagir como no ordenamento penal (p. ex., a aplicação de uma pena após o cometimento de um homicídio – referência o fato passado/cometido), mas sua conduta é interrompida no estado prévio – preparação (p. ex., o cabeça de uma associação terrorista é punido já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta) em razão da sua perigosidade (sendo o ponto de referência é o fato futuro);
- e) penas desproporcionadamente altas, apesar do adiantamento da punição;
- f) flexibilização de garantias penais ou processuais, que são suprimidas ou relativizadas, em especial o mandato de determinação derivado do princípio da legalidade e suas “complexidades”, pois já não são um ponto de referência essencial para a tipificação penal (mas outros elementos que possam caracterizar o autor na categoria de inimigo), além da eliminação das diferenças entre preparação e tentativa, entre participação e autoria;
- g) trata-se de um fenômeno penal pertencente ao mundo normativo em oposição ao das coisas; o crime é a violação da norma (cuja vigência foi colocada em dúvida) e a pena reage reafirmando a esta validade, embora se caracterize mais por demonizar determinadas infrações que estabilizar normas (prevenção geral positiva);
- h) é um direito penal que reúne o punitivismo, baseado no aumento e recrudescimento de incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade, o qual se mistura com simbolismo, cuja tipificação penal tem o ideal de aplacar os anseios imediatos de segurança da sociedade;

- i) pretensão de ser considerado um instrumento de pedagogia social e de transformação<sup>12</sup>.

Tais características também se ampliam ao processo penal, em que as normas do processo penal do inimigo mais extremas se dirigem para a eliminação dos riscos terroristas, por exemplo: não se adotam os princípios garantistas da dignidade da pessoa humana, Estado Democrático de Direito, estrita legalidade processual penal, proporcionalidade (necessidade, proibição do excesso), exceção na custódia (somente em casos absolutamente necessários, *ultima ratio*), presunção de inocência, para a decretação da prisão preventiva.

Mas esta custódia cautelar é tida como simples coação física (custódia de segurança), porque o inimigo é obrigado a responder o processo preso, uma vez que é excluído de seu direito pelo Estado (inclusive não deve ter a possibilidade de entrar em contato com seu Defensor para “evitação de riscos para a vida, integridade ou liberdade das pessoas”).

Por exemplo, na prisão de Guantánamo, há relatos de tortura e desrespeito aos direitos humanos, além dos presos não terem direito de verem seus advogados<sup>13</sup>.

Günther Jakobs resume o Direito Penal do Inimigo nos seguintes pontos:

1. No direito penal do cidadão, a função manifesta da pena é a *contradição*, no direito penal do inimigo a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão numa configuração pura. Ambos tipos *podem* ser legítimos.

---

<sup>12</sup> Para Luiz Flávio Gomes (“Direito Penal do Inimigo ou Inimigos do Direito Penal”), são as seguintes as “*Características do Direito Penal do inimigo*: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade”. Para o autor (“Críticas à Tese do Direito Penal do Inimigo”), suas principais bandeiras são: (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (colaboração premiada); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.)”.

<sup>13</sup> [https://www.conjur.com.br/2009-jan-21/juizes\\_suspendem\\_julgamento\\_presos\\_guantanamo\\_pedido\\_obama](https://www.conjur.com.br/2009-jan-21/juizes_suspendem_julgamento_presos_guantanamo_pedido_obama).

2. No direito natural de argumentação contratual estrita, em realidade todo delinqüente é um inimigo (Rousseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, sem embargo, é preferível manter o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam *por princípio* (Hobbes, Kant).
3. Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal: por isso, não pode ser tratado como cidadão, senão deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito a segurança; mas a diferença da pena, não é direito também respeito do que é apenado; pelo contrário, o inimigo é excluído.
4. As tendências contrárias presentes no direito material – contradição *versus* neutralização do perigo – encontram situações paralelas no direito processual.
5. Um direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de direito, que mistura *todo* o direito penal com fragmentos de regulações próprias do direito penal do inimigo.
6. A punição internacional ou nacional de vulnerações dos direitos humanos depois de uma mudança política mostra categorias próprias do direito penal do inimigo sem ser somente por isso ilegítima.<sup>14</sup>

É preciso observar que esta concepção ideológica contida no sistema político-criminal, denominada Direito Penal do Inimigo, não é uma teoria “ideologicamente inocente”, podendo ser usado para legitimar ações de regimes autoritários e como instrumento de dominação social. Seus conceitos podem manipular condenações absolutamente injustas a partir da caracterização de um autor como personagem “perverso” e “perigoso”, digno de ser tratado como inimigo e não como cidadão.

Nesse sentido, “perversa” e “perigosa” pode ser a adoção de um sistema político-criminal que fulmine as garantias mais elementares da pessoa humana, impondo a pior sanção, que é a pena privativa de liberdade, manipulando o medo, insegurança e ansiedade da população a partir de uma falsa premissa simbólica.

Por exemplo, se considerarmos o número de lesões a bens jurídicos pessoais pela prática de crimes praticados por organizações criminosas e compararmos com a criminalidade de massa (inserida dentro do contexto de normalidade), observaremos que não existe uma especial “periculosidade” – não há um risco fático extraordinário – que pudesse justificar tamanha violação aos direitos, liberdades e garantias conquistados historicamente e com muita luta pelo homem.

A nosso ver, o Direito Penal do Inimigo é inconstitucional pela dignidade da pessoa humana (o Direito Penal não pode deixar de tratar o homem como pessoa), Estado Democrático de Direito (neste é a “Constituição” que estabelece a forma e que dá os limites

---

<sup>14</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, Universidad Externao de Colombia, 2005, p. 39-40.

substanciais do ordenamento jurídico – limites ao Direito Penal), humanização da pena (função ressocializadora), estrita legalidade (penal e processual penal), proporcionalidade (há um núcleo fundamental de garantias que não pode ser desrespeitado, proibição de excesso, necessidade), culpabilidade etc., que demonstram uma clara opção do constituinte brasileiro por um direito garantista.

Entende-se inconstitucional porque as medidas anunciadas pelo Direito Penal do Inimigo somente se justificariam em caráter excepcional (combate de guerra, por exemplo) e que, portanto, somente poderiam ser concebidas em situações anormais, como é a hipótese do Estado de Defesa e de Sítio.

No mesmo pensamento, Corte Constitucional colombiana declarou inconstitucional (Sentença C-939 de 31 de outubro de 2002) vários dispositivos que haviam sido promulgados pelo presidente daquele país e que continham expressamente o conceito de Direito Penal do Inimigo desenvolvido por Jakobs.

Ademais, o Tribunal Constitucional alemão (em março de 2004) não reconheceu como válida a legislação sobre restrição da privacidade, a Câmara dos Lordes, em dezembro de 2004, julgou inconstitucional a legislação antiterrorista inglesa e a Corte Suprema dos EUA vem fazendo reparos contundentes em relação a Guantánamo.

Entre nós, os *Habeas Corpus* 893.915-3/5 (rel. Des. Marco Nahum) e 978.305.3/0 (rel. Des. Borges Pereira) reconheceu a inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, mencionando o Direito Penal do Inimigo.

O mesmo conceito pode ser empregado ao Direito Penal do inimigo que viola as garantias materiais e processuais para crimes com pena privativa de liberdade, caracterizando-se, portanto, como um instrumento excessivo de controle social, e não se legitimando pelos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição.

É importante destacar que se o Direito Penal do inimigo não se sujeita às regras formais e materiais do próprio ordenamento jurídico, a Delação Premiada também não respeita em alguns aspectos o Estado constitucional e democrático de Direito, como na hipótese de renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso de dizer a verdade (art. 4º, §4º, da Lei 12.850/2013), em flagrante violação ao art. 5º, inc. LXIII, da CF.

Ademais, a delação premiada pode ofender ainda a dignidade da pessoa humana e vedação à tortura, Estado Democrático de Direito e liberdade, contraditório/ampla defesa e devido processo legal, igualdade, presunção de inocência/ônus da prova e *in dubio pro reo*, prova ilícita. Além da possibilidade de violar o sistema acusatório e imparcialidade/jurisdição, proporcionalidade, titularidade da ação e obrigatoriedade.

É por isso que Manuel Cancio Meliá<sup>15</sup> afirma que o “direito penal do inimigo não pode ser ‘direito’. Dito de outro modo: é algo distinto do que habitualmente se chama ‘direito penal’ em nossos sistemas jurídico-políticos”.

Por fim, é necessário observar que um Direito Penal flexibilizado, sem garantias significativas e demasiado amplo e expansivo gera insegurança jurídica, sendo meramente simbólico, o que nos faz questionar a sua eficácia sob o ponto de vista prático. A nosso ver, o Direito Penal do Inimigo é um sistema político-criminal contrário ao Direito Penal Garantista, por se constituir como um Direito Penal excepcional, sendo violador de clássicas garantias acolhidas pelo Estado Constitucional e Democrático de Direito.

#### 2.4 FUNCIONALISMO SISTÊMICO RADICAL

Inicialmente, é preciso observar que a doutrina de Claus Roxin (desenvolvida a partir de 1970) propõe um funcionalismo moderado, em que a política criminal incide na interpretação do Direito positivo (política criminal penetrar na dogmática; a finalidade do Direito Penal não prescinde da proteção de bens jurídicos mais relevantes; trata da aplicação do princípio da intervenção mínima e do princípio da insignificância).

A doutrina de Günther Jakobs (em meados de 1980), por sua vez, propõe o funcionalismo sistêmico radical baseado na validade da norma, que deve ser cumprida independentemente de ser injusta (será abordado na sequência).

Por fim, há o funcionalismo de contenção proposto por Eugenio Raul Zaffaroni (2000) fundado na ofensividade e lesividade do bem jurídico, compreende o denominado funcionalismo redutor, no qual a função do direito penal é de limitar a arbitrariedade estatal.

O presente trabalho pretende demonstrar como a sociedade do risco e o funcionalismo influenciaram o Direito Penal contemporâneo, pois baseados na flexibilização de direitos e na eficácia da pretensão punitiva, independentemente da dignidade da pessoa humana.

O funcionalismo, aqui enfocado, é o sistêmico radical do prof. Jakobs, baseado na validade das normas.

Antes, porém, não se olvide que a sociedade do risco pretende tutelar determinados bens jurídicos (meio ambiente, saúde pública, ordem econômico-financeira etc.) antecipando a proteção penal. Por outras palavras, a referida antecipação está centrada no “Direito penal

---

<sup>15</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Centro de Investigación em Filosofía y Derecho, Universidad Externa de Colombia, 2005, p. 14.

do risco”, sendo obtida através da utilização de crimes de perigo abstrato, como pudemos observar no tópico anterior.

Mas é preciso ressaltar que é o funcionalismo quem fundamenta o Direito Penal do Risco, ou seja, para evitar riscos inerentes aos avanços tecnológicos da globalização<sup>16</sup>, intensifica-se a carga simbólica do Direito, garantindo a estabilidade de expectativas. Nesse sentido, a finalidade é garantir a expectativa de tranquilidade para a realização dos atos da vida em sociedade, o que seria feito pelo sistema funcional. Passemos a entender melhor este fenômeno.

Com o advento da globalização e dos avanços tecnológicos, o Direito Penal sofre influências de doutrinas que visam flexibilizar as garantias penais e processuais, pretendendo sua funcionalização para, uma vez instrumentalizado em função dos objetivos econômicos da globalização, ser o mais eficiente possível.

Alberto Silva Franco<sup>17</sup> identifica uma flexibilização e desqualificação do formalismo jurídico decorrentes da globalização, destacando a tendência

a ampliar o caráter repressivo das normas penais (‘enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se um período de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no Direito Penal se verifica a definição de novos tipos de delito; a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a relativização dos princípios da legalidade e da tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados, vagos e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das autoridades policiais e com isso lhes permitindo invadir esferas da responsabilidade do Judiciário; e, por fim, a redução de determinadas garantias processuais, mediante, por exemplo, a inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência. E o objetivo dessa postura, é tornar as normas penais abrangentes e severas, para disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo, os excluídos’).

---

<sup>16</sup> “Atuação do Direito Penal, em particular: a) A funcionalização e as desformalização são duas tendências explicitamente reveladas pelo Direito Penal atual. A primeira decorre de uma deformação da corrente funcionalista que vincula o Direito Penal à política criminal. Num processo distorcido, tem-se atrelado o Direito Penal a um determinado movimento político-criminal: o da Lei e da Ordem. Por outro lado, aumenta, a olhos vistos, o apoio à corrente funcionalista de Jakobs – que se mostra ajustável ao próprio sistema de globalização – não obstante os perigos que representa para o paradigma garantista. A segunda está inserida no bojo da primeira: é o melhor caminho para um Direito Penal perversamente funcionalizado, pois na medida em que se suprimem ou se reduzem as barreiras processuais penais conquistadas a tanto custo, torna-se possível o uso de um instrumento repressivo, com caráter político (FRANCO, Alberto Silva. Um prognóstico ousado. As perspectivas do direito penal por volta do ano de 2010. In: *Perspectivas criminológicas – en el umbral del tercer milênio*. Local: Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 34), b) O Direito Penal funcionalizado e desformalizado vai acabar num eficientismo que objetiva, afinal, a busca da eficácia de controle repressivo, sem nenhum limite ético, ao preço de garantias penais e processuais penais já incorporadas, há muito tempo, no patrimônio dos cidadãos.”

<sup>17</sup> FRANCO, Alberto Silva. Um prognóstico ousado. As perspectivas do direito penal por volta do ano de 2010. In: *Perspectivas criminológicas – en el umbral del tercer milênio*. Local: Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 19-20.

Tal flexibilização pode ser constatada em razão da previsão das seguintes características: a) tutela de bens jurídicos supraindividuais; b) excessiva previsão de delitos de perigo abstrato; c) emprego de tipos penais e sanções porosas e vagos; d) substituição do caráter subsidiário, pela utilização do Direito Penal como instrumento de política de segurança.

A partir daí, surge a relevante questão se o Direito Penal deve assumir uma flexibilização em suas garantias, total ou parcialmente, para atender aos novos riscos neste avanço tecnológico. Ou seja, a funcionalização do Direito Penal rouba a cena da discussão acerca das teorias.

Os motivos da prisionização são o punitivismo, que vê apenas na prisão a solução dos conflitos penais, e o caráter acentuado do Direito Penal de Emergência e simbólico, pois a custódia passa a ser vista como “solução” imediata para aplacar a insegurança da população.

A partir dessas informações iniciais sobre a influência e transformações que o Direito Penal sofre em decorrência da globalização na sociedade do risco, se deve compreender melhor o funcionalismo (sistêmico radical jakobsiano).

A terminologia função significa o cumprir um dever. Funcionalismo pode ser entendido como a doutrina que estuda os comportamentos que são obrigatórios em prol da realização de um propósito, ou seja, se ocupa da análise dos deveres do homem no plano da eficácia (ter que cumprir obrigações que produzam utilidade).

Sob o ponto de vista sociológico, o funcionalismo pode ser entendido como a perspectiva teórica baseada na ideia de que os acontecimentos sociais se explicam melhor em termos das funções que realizam, ou seja, da contribuição que os homens fazem para a manutenção da sociedade.

Nesse sentido, o papel das estruturas é contribuir para a manutenção e adaptação dos sistemas a que os homens pertencem, pois, como a sociedade requer um conjunto de metas articuladas (metas do sistema normativo), sua função se caracteriza por um complexo de atividades orientadas para a satisfação de uma ou várias necessidades do sistema.

Por decorrência, sociologicamente, o homem é observado não em função de seus pensamentos ou comportamentos, mas em função de conjunto de *status* (posição estrutural do homem dentro do sistema) e do *rol* (o que faz nesta posição), é dizer, em função do sistema.

Desta forma, o comportamento ou conduta funcional é aquele cujas consequências favorecem a adaptação ou o ajuste do sistema e, no sentido contrário, o comportamento ou

conduta é disfuncional (divergente) quando as consequências diminuem a acomodação ou ajuste do sistema. Portanto, funcional é tudo o que se exige para a manutenção do sistema.

É preciso distinguir entre o funcionalismo proposto por Roxin daquele anunciado por Jakobs. O funcionalismo de Roxin é moderado, aberto, com características mais liberais, no qual se observa a finalidade na atribuição de conteúdo da dogmática penal. Assim, a política criminal deve orientar cada categoria da dogmática penal para uma função. A culpabilidade se caracteriza pela finalidade da pena (mas o agente somente responderia pessoalmente quando fosse culpável e fosse inevitável o seu castigo). A tipicidade está caracterizada pelo *nullum crimen sine lege*. Roxin não radicaliza as dimensões do sistema do Direito Penal como faz Jakobs a tal ponto de considerar o homem um mero “subsistema físico-psíquico”, um mero centro de imputação, tampouco repulsa toda e qualquer limitação que proceda do bem jurídico.

Já o de Jakobs é mais radical (sistêmico), adotando a teoria da prevenção geral positiva, prevê a flexibilização de garantias penais e processuais. Concede um valor absoluto ao critério funcional, despreza a proteção de bens jurídicos e entende que a finalidade do Direito Penal é a proteção de suas normas. O crime é considerado uma conduta disfuncional do sistema, porque o Direito Penal visa à manutenção do sistema através das normas. Assim, o agente desrespeita às normas que sustentam o sistema, violando-o com um comportamento disfuncional. O crime significa a infidelidade do autor ao ordenamento jurídico, colocando em dúvida a vigência da norma, e a pena se caracteriza pela função de confirmar a vigência da expectativa defraudada com o crime praticado, sendo seu destinatário o cidadão e a opinião pública para a manutenção na confiança do sistema, abalada pelo crime.

É importante destacar que, no funcionalismo de Jakobs (teoria sistêmica), o fundamento é o funcional-estruturalismo, com o qual se dá a entender que a função da política criminal antecede a estrutura da dogmática penal.

No presente trabalho, é interessante destacar a análise do funcionalismo proposto por Jakobs, visto que parece ser o que melhor explica alguns dos institutos do nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, no Direito Penal o funcionalismo se caracteriza especialmente por: a) construir um sistema aberto, pensando nos seus resultados; b) utilizar um sistema modificável em qualquer momento, segundo as necessidades; c) os conceitos do Direito Penal não são inalteráveis; d) adotar argumentos e soluções mais adequadas pensando nos resultados e eficiência; e) a culpabilidade está baseada na prevenção geral para a estabilidade do sistema; f) a prevenção geral pretende estabilizar na cidadania a confiança no ordenamento normativo.

Nesse sentido, é importante trazer à colação a descrição dos fundamentos do funcionalismo feito por Álvaro Orlando Pérez Pinzón<sup>18</sup>:

Em primeiro lugar, a *teoria sistêmica* de Niklas Luhmann, que concebe o direito como instrumento de estabilização social; como meio de orientação das ações, de institucionalização das expectativas, é dizer, daquilo que se espera que os demais façam em prol do sistema total; e como instrumento que implica confiança institucional, ou seja, credibilidade no ordenamento entendida como forma de integração social.

Em segundo lugar, a *relação expectativas-defraudações*. Dada a diversificação social e a multiplicidade de atividades, dentro do grupo social a cada pessoa corresponde o cumprimento de determinadas condutas, é dizer, os homens são chamados a realizar ou executar delimitada função (rol). Desse ponto de vista, de cada ser humano se espera, e se exige, o desenvolvimento de certa competência, é dizer, o comportamento de acordo com seu rol. Quando o homem atua como se espera e se exige, colabora com a coesão social, com a harmônica convivência. Portanto, cumula as expectativas. Ao contrário, quando o homem exerce imperfeitamente seu rol, não cumpre com as expectativas e, por consequência, defrauda. Até aqui, então, o delito pode ser captado como comportamento humano que *defrauda as expectativas*, pois se espera que o homem não infrinja a lei (expectativa) e, não obstante, execute-o (defraudação).

Em terceiro lugar, a *posição de garante*, que significa: Socialmente, de cada pessoa se espera certo comportamento, ao desenvolvimento daquilo que lhe compete. No mundo social, nem tudo incumbe a todos. Por isso, a pessoa está obrigada a comportar-se, fazendo (ação) ou não fazendo (omissão) aquilo que a sociedade lhe exige. O cumprimento do papel que corresponde a cada um dentro da sociedade, se é corretamente realizado, satisfaz as expectativas; se não, defrauda. Assim, a reprovação penal somente pode recair sobre quem a respeito de determinadas atuações tem *função de garante*. No sentido contrário, se a pessoa trabalha, realiza uma conduta, mas não lhe compete ou não tem posição de garante em relação com esta atividade, não é viável a reprovação jurídico-penal.

Logo, o crime se caracteriza por um comportamento disfuncional, não importando tanto a lesão ao bem jurídico, que viola, porém, a confiança dos cidadãos na manutenção das suas perspectivas em sociedade, representando uma ameaça à integridade e estabilidade sociais e constituindo a expressão simbólica da falta de fidelidade ao Direito.

Por outro lado, a responsabilidade penal somente incidiria para aquela pessoa que defrauda (lesiona) os interesses sociais (em razão de não ter cumprido as expectativas que dela eram exigidas), por faltar com a sua posição de garante. Ou seja, será responsável quem defraudar as expectativas sociais porque não cumpriu aquilo que lhe competia (rol).

---

<sup>18</sup> PINZÓN, Álvaro Orlando Pérez. *El funcionalismo em la sociologia actual*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo em derecho penal* – libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 125.

Nesse sentido, a pena é prevenção geral positiva, ou seja, um instrumento que persegue o reconhecimento da norma e da fidelidade frente ao direito pelos membros da sociedade. Por decorrência, busca restabelecer a confiança e a consolidar a fidelidade ao direito.

Assim, a pena é a manutenção da norma como modelo de direção para a relação social, reafirmando o propósito de orientação e de confiança próprio das normas jurídicas. Seu limite, portanto, é a necessidade para a conservação da confiança da norma.

Considerando tais apontamentos iniciais, a missão do Direito Penal não é impedir a violação de bens jurídicos, mas de confirmar a validade da norma, ou seja, deve preservar a função de orientação das normas jurídicas, que criam expectativas, mas que são defraudadas pelo cometimento de crimes.

Por decorrência, a finalidade do direito é a estabilização de expectativas sociais, em que Jakobs desenvolveu a teoria da “prevenção geral positiva”, fundamentada nos deveres que o sujeito tem em sociedade e decorrentes da aceitação do mundo normativo e de competências por parte do Estado.

Para a prevenção geral positiva, a finalidade da pena é manter a vigência da norma, pois o crime viola as expectativas normativas, tendo a sanção a função de demonstrar que a sociedade, apesar da desautorização da norma (com a prática do crime), pode seguir confiando na vigência das mesmas.

A culpabilidade, por sua vez, deve ser orientada pela prevenção geral positiva, pois, como a função da pena para esta teoria é garantir a vigência da norma para a estabilização do sistema social, a responsabilidade se caracterizaria pela falta de fidelidade ao Direito, ou seja, por não ter agido conforme as expectativas normativas.

Desta forma, o direito se transforma em uma estrutura através do qual se facilita a orientação social, e a norma uma generalização de expectativas. A configuração fundamental da sociedade se produz através do direito, e a missão do Direito Penal é garantir essa configuração. As expectativas sociais se estabilizam através das sanções.

Nesse sentido, como eu posso esperar algo de alguém (expectativa), por sua vez, essa pessoa pode esperar algo de mim (expectativa). Porém, tais expectativas podem ser defraudadas com a prática de crime, por isso o Direito Penal aplica as penas para reagir frente essas violações.

Por conseguinte, embora o agente tenha defraudado alguma expectativa, os homens podem continuar confiando em suas expectativas, porque a pena tem a função de afirmar que não vale a concepção individual do mundo que tem o agente (que praticou o crime), mas de

reafirmar a vigência da norma, ou seja, declara vigente as expectativas sociais (de toda a sociedade, como, por exemplo, a expectativa de não ter ofendida a sua integridade física).

Como decorrência lógica, o conceito de bem jurídico não pode mais ficar limitado à proteção contra lesão de um determinado bem, mas se caracteriza por um conceito normativo, a proteção pela vigência da norma. O que interessa é contar com a expectativa de ter respeitados os bens jurídicos da sociedade.

Como esclarece Jakobs<sup>19</sup>, quando se refere ao bem jurídico: “o direito penal garante a expectativa de que não se produzam ataques aos bens”, acrescentando que se “há um bem, por exemplo, a propriedade, e este não deve ser lesionado. Portanto, do ponto de vista do direito penal, o bem aparece exclusivamente como pretensão do titular de que este seja respeitado; dito de outro modo, do ponto de vista do direito penal, o bem não há de representar-se como objeto físico ou algo similar, senão como norma, como expectativa garantida”. Ou seja, O direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos.

Assim, no homicídio, o agente rompeu com a expectativa que os integrantes da comunidade têm em manter a integridade de seus membros. O bem jurídico, portanto, não é o dano naturalmente perceptível de tirar a vida de uma pessoa ou destruir seu patrimônio, mas manter vigentes as expectativas sociais através da norma.

A par disso, Jakobs cuidou também da antecipação da tutela penal, a partir da seguinte questão: Por que razão há de se esperar que se produza uma lesão? Propõe a sua antecipação (tutela penal), porque a proteção de bens jurídicos vai se querer efetivar, e, portanto, não se entenderia a renúncia na responsabilização das condutas geradoras de um perigo abstrato.

Ademais, para Jakobs a culpabilidade é a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico de acordo com um juízo objetivo, social; dito de outro modo, a culpabilidade é a constatação social de que a contribuição do autor para a sociedade, é dizer, a comunicação, é errônea, destruidora das estruturas e que por isso não é suscetível de ser seguida<sup>20</sup>.

A culpabilidade se caracteriza, portanto, pelo dever de agir do agente em face de uma perspectiva, ou seja, as necessidades de prevenção lhe impõem o dever de assumir uma conduta, tomar determinadas precauções, como garante para que o resultado não lhe seja objetivamente imputado. Assim, o fim da pena determina o conteúdo da culpabilidade.

---

<sup>19</sup> JAKOBS, Günther. Que protege el derecho penal: bienes juridicos o la vigencia de la norma? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo em derecho penal* – libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 44.

<sup>20</sup> JAKOBS, Günther. Que protege el derecho penal: bienes juridicos o la vigencia de la norma? In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo em derecho penal* – libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 55.

Por decorrência, a pena deve garantir a expectativa prevista na norma, violada com a prática do crime, e imputável objetivamente ao agente que tinha o dever de agir de determinada forma pela sua posição de garante (se competia ou não evitar a lesão de um bem).

O pensamento funcionalista radical de Jakobs traz um Direito Penal expansionista, autoritário, máximo, do risco, preventivo, flexível às clássicas garantias penais e processuais e desigual (funcionalidade), inspirando alguns dos nossos institutos.

É possível identificar algumas características do funcionalismo sistêmico radical com relação à Delação Premiada, como, por exemplo, a flexibilização das garantias, a desconsideração da forma como garantia, o aumento do caráter repressivo, relativização de princípios de estatura constitucional, alargamento das intervenções policiais e diminuição de garantias processuais (inversão do ônus da prova (é culpado quem não provar inocência)).

A Delação encontra na decretação da prisão a possibilidade para “convencer” os presos a “aderirem” à colaboração ou descobre na ameaça de decretação da preventiva aos investigados/réus soltos o “estímulo voluntário” para adesão do mencionado instituto. Ademais, o mencionado instituto procura alcançar o máximo de eficiência na atividade repressiva, despreocupando-se com o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade e a vedação de prova ilícita.

## 2.5 DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA

O Direito Penal moderno confere a ideia de garantia da liberdade, justiça e igualdade como decorrência do modelo clássico do Iluminismo. Para alguns, no entanto, há um descompasso entre o real funcionamento da justiça criminal e os princípios constitucionais e as leis.

Ou seja, é questionada a eficiência da justiça criminal, a partir de um mencionado descompasso entre como deveria funcionar a estrutura penal e como efetivamente funciona, à medida que não se teria conseguido realizar de modo satisfatório a segurança necessária da proteção dos bens jurídicos, pois o Direito Penal de Emergência ingressa nessa ineficiência estatal propondo um uso inflacionário e simbólico da legislação penal, com sacrifício das garantias constitucionais e tendência autoritária, e uma “administrativização” penal, em prol de uma simbólica razão de eficiência.

O discurso é baseado em mais Direito Penal e menos obstáculos à aplicação da pena. São utilizados os fenômenos sociais presentes, como, por exemplo, o terrorismo para, em

reconhecendo a ineficiência das respostas penais, proporem-se medidas mais eficientes e simbólicas.

Função meramente punitiva, com legislação “forte” e endurecida em detrimento dos princípios constitucionais clássicos, que passam a ser responsáveis pela ineficiência em razão da limitação formal e material, aliada à ideia de dramatização da violência com o correspondente espetáculo de repressão criminal (mais medidas cautelares restritivas, mais prisões televisionadas) constituem a emergência penal.

Desta forma, o Direito Penal de Emergência adota uma política de espetáculo, trazendo a falsa percepção de endurecimento (legislação forte) e administrativização (adoção de conceitos menos rígidos à aplicação da pena, como transação penal e delação premiada) com perda de garantias, em um discurso sustentado de maior eficiência.

Assim, tem-se a ilusão de segurança. É passada a falsa percepção que mais leis “duras” e mais cárcere “duro” diminui a criminalidade e se faz justiça. Dentro de uma relação teatral, a emergência penal estabelece um desequilíbrio entre a função simbólica e a função instrumental punitiva. Ou seja, o importante é punir (e os cidadãos devem ver esta punição) e a pena não se presta a ressocializar.

Premiar exclusivamente a eficiência (efeitos simbólicos com finalidade instrumental), por si só já seria enganoso, visto que o Direito Penal não tem somente a função de conter as violações aos direitos fundamentais, mas de assegurar os limites do exercício do poder punitivo. E, ademais, a certeza da punição não está relacionada com “endurecimento” de penas.

É preciso considerar que a própria acepção “emergência” já revela um açoitamento em face de uma situação crítica, demandando pouco tempo para a consistência sistemática e para a estabilidade do processo de elaboração da lei penal.

Logo, é emergente porque não houve um debate que assegurasse uma elaboração legislativa séria, não houve um questionamento sério no seio da sociedade sobre as implicações jurídicas, políticas, econômicas, sociais, deveria ter havido um maior aprofundamento no parlamento com a necessária contribuição dos agentes políticos acerca de temas caríssimos para a sociedade.

Nesse sentido, o tempo passa a ser determinante para a caracterização do fenômeno da emergência penal, pois, no afã de atender à ansiedade punitiva, prejudica-se o processo de elaboração da lei, sendo justificadas as maiores violações aos direitos e garantias constitucionais conquistados com significativa dificuldade.

O Direito Penal de Emergência, por decorrência, não é estável, porque está sempre baseado nas falsas premissas de situações graves e perigosas, ou em momentos críticos ou difíceis, caracterizando-se pelas enganosas contingências, e que, portanto, legitimam uma enxutíssima elaboração científica, política e empírica sem o devido respeito aos bens jurídicos mais caros à pessoa humana.

Assim, a emergência atende à expectativa momentânea dos cidadãos em detrimento da estabilidade do processo de construção legislativa, instituindo-se violações ao princípio da legalidade, materialidade, ofensividade, subsidiariedade, fragmentariedade, prejudicando a certeza do direito.

Esta expectativa momentânea de segurança dissimula a manipulação da violência, fazendo os cidadãos acreditar que o sistema penal não pune e que, por decorrência, são necessárias mais leis “duras”. Ledo engano, pois “as *sentenças condenatórias* totalizam um percentual de 96,86% das decisões judiciais em crimes de roubos em São Paulo”<sup>21</sup>. É praticamente a totalidade.

Nesse sentido, o Direito Penal de Emergência se caracteriza pela dramatização da violência, o espetáculo de repressão criminal, a rápida tramitação no processo legislativo sem a séria discussão da temática que reduz direitos individuais, a manipulação do medo, a falta de estabilidade do processo de elaboração da lei penal (em resposta imediata e pontual a determinados fatos sociais), simbolismo extremado (ilusão de segurança e sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições), redução da maioria penal (inexpressiva participação de menores em crimes não diminuiria índice de violência), aumentos desproporcionais de penas previstas em abstrato, a escolha pela neutralização carcerária, a incapacitação seletiva (classe, raça, nacionalidade) em penitenciárias de máxima segurança, o abandono da ressocialização (mero custodialismo) com a sua substituição pelo confinamento (exclusão como finalidade da execução penal), o endurecimento das instituições carcerárias, o enfraquecimento das clássicas proibições de produção e utilização de provas ilícitas no processo penal.

Exemplos vencedores da emergência penal são a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/1990 e Lei 8.930/1994), a Lei da Falsificação dos Medicamentos (Leis 9.677/1998 e a 9.695/1998, que alteraram os arts. 272 e 273 do Código Penal), além da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013).

---

<sup>21</sup> Decisões Judiciais nos crimes de roubo em São Paulo – A Lei, O Direito e A Ideologia, p. 24, publicação em parceria do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, em 2005.

Lei dos Crimes Hediondos surge sob o impacto dos meios de comunicação de massa, mobilizados em face de extorsões mediante sequestro, que vitimaram proeminentes econômicos e sociais (Beltran *Martinez* (sistema financeiro), Luiz *Salles* (publicidade), Abilio *Diniz* (distribuição de alimentos), Roberto *Medina* (cultura), inclua-se caso Geraldo Alonso (publicidade), caso Ezequiel Edmond Nasser (sistema financeiro)). A lei se propõe a punir os crimes mais graves, mas não contempla o homicídio, que ingressa em 1994, somente quando qualificado ou praticado em atividade típica de grupo de extermínio.

A Lei da Falsificação dos Medicamentos decorreu do escândalo da falsificação dos medicamentos, em razão da contrafação da *pílula de farinha Microvlar* (contraceptivo), da falsificação do *antibiótico Amoxil* (antibiótico de amplo espectro indicado para o tratamento de infecções bacterianas), o *Androcur* (câncer de próstata).

Desta forma, o simbolismo de eficiência do Direito Penal de Emergência apenas tem uma real eficácia instrumental para a exclusão e para o confinamento, pois não diminuiria a criminalidade a redução da maioria penal, quer pelo pequeno percentual de infrações praticadas por estes agentes, porque já existe a previsão de internação para menores infratores que pratiquem condutas graves.

Ademais, embora o discurso da emergência penal seja aprioristicamente destinado às situações excepcionais, como, por exemplo, o terrorismo, crime organizado e o tráfico de entorpecente, há uma capilaridade que estende este conceito para além dos criminosos que estão nesta situação de emergência, encarcerando e endurecendo contra os presos pobres, negros ou pardos, toxicodependentes, estrangeiros (principalmente no caso dos EUA e países europeus).

Nesse clima de emergência penal, são violados os princípios constitucionais mais comezinhos aplicáveis ao Direito Penal, como a legalidade, taxatividade, materialidade, ofensividade, determinação, a responsabilidade pessoal, subsidiariedade, proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, a ressocialização da pena, trazendo a exaltação do cárcere numa dimensão meramente punitiva e aflitiva, além dos princípios decorrentes do devido processo legal.

A partir daí, a busca por um controle social autoritário e não efetivo, porque baseado em premissas contrárias aos valores democráticos e a prevenção primária (fundada em educação, socialização, trabalho, casa, qualidade de vida) é desprezada, ou seja, a emergência penal é hipertrófica (mais leis e mais prisões), porém não resolve problemas estruturais, portanto, não é mais eficaz (mais leis e prisões não significam menos delitos).

Esta hipertrofia legislativa (panpenalismo) prevê a incidência da intervenção penal de forma excessiva, não só para os bens juridicamente mais caros e para os casos de comprovada necessidade, mas também prevê um “endurecimento” nos institutos já existentes e a retirada de garantias clássicas que “dificultam” a aplicação da pena (menos limites para a intervenção penal).

O Direito Penal deve ser máximo na hipertrofia legislativa, pois busca sua incidência máxima, a partir da ansiedade social por punição, não havendo um equilíbrio entre as aspirações por segurança e a intervenção penal somente nas hipóteses de violação significativa aos bens jurídicos mais caros.

Desta forma não se pode administrativizar o Direito Penal adotando conceito do Direito Administrativo simplesmente pela maior facilidade de aplicação da sanção, retirando as “dificuldades” na criação do tipo penal, superando os “problemas” com as provas, ou utilizando-se em grande medida as normas penais em branco, que preencherão seus vazios com prescrições de autorizações administrativas.

Se assim fosse, existiriam sérios problemas com a legalidade, tipicidade, determinação, fragmentariedade, subsidiariedade, pois o Direito Penal deve ser de *extrema ratio*, somente para formas graves e difusas de criminalidade, afastando-se o perigo da ilusão repressiva do tipo emergencial apenas para abaixar a tensão entorno do problema casuístico.

Além das mencionadas, as características emergenciais são dadas pelo aumento do rigor sancionatório, introdução de novos tipos penais associativos, pela intensificação ao recurso das medidas de prevenção, no *automatismo na custódia cautelar*, da involução da disciplina da prova, da valorização do arrependimento, ainda em termos de clemência indulgencial, e da previsão da possibilidade da forma de *cárcere duro*, com a legítima exigência de *isolamento* com o externo<sup>22</sup>.

Outra questão importantíssima para o Direito Penal de Emergência diz respeito ao uso simbólico das normas penais, as quais procuram demonstrar imprescindibilidade de intervenção punitiva em face da ilusão de segurança, privilegiando a investigação sobre estrutura associativa, caindo nos tipos de autores pelos eventos. Em oposição ao direito penal do fato adotado pela Constituição, o direito penal do autor ressalta os sujeitos aos eventos, ou seja, nas possibilidades de o sujeito hipoteticamente praticar os eventos.

---

<sup>22</sup> MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza – Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Itália: Edizioni Scientifiche Italiane, (s/d), p. 53.

Em nosso sentir, podem ser destacados de imediato alguns equívocos do Direito Penal de Emergência: a) relacionado com eficiência; b) a postura do juiz; c) direito penal do autor; d) redução das garantias formais e substanciais.

Se existem ineficiências, como parece ter sido historicamente o caso da lavagem de dinheiro ou os crimes contra o sistema financeiro no passado, embora não faltassem instrumentos legais, estas impunidades necessitariam ser enfrentadas, como de fato parecem ter sido (vide várias operações recentes), porém não ao custo de se generalizar conceitos e de distorcer o Direito.

Com relação ao juiz, este não é um soldado no *front* pronto a revidar um disparo, o magistrado não é um estado beligerante contra o inimigo, antes, é um árbitro que julgará um conflito, mas dele não se deve partidarizar, sob pena de se distorcer a jurisdição para uma involução inquisitória do modelo jurisdicional. Há muitas pressões para que o magistrado esteja em “luta”, mas deve resisti a elas, pois o primado da jurisdição é a independência e imparcialidade do juiz.

Ademais, a legalidade impõe um *ius puniendi* sob o fato criminoso praticado, afastando os parâmetros autoritários do direito penal do autor, que inflige a sanção penal sobre base de um juízo meramente na personalidade do sujeito. Deve ser considerado o fato praticado, não se buscando a responsabilidade apenas pela personalidade do agente, mas pela conduta que efetivamente ele incorreu.

A opção da Carta constitucional foi pelo direito penal do fato pelo princípio da legalidade (punido pelo *fato cometido*) e, ainda, pelos princípios da ofensividade, materialidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e integração social (ressocialização).

O tipo emergencial apresenta, ao contrário, constantemente tais características: aproximação, caoticidade, rigorismo repressivo, estéril simbolismo, sendo que o perfil da técnica de redação, se apresenta excessivo, confuso, superabundante, de característica casuístico. Acrescente-se a antecipação da tutela, uso excessivo de normas penais em branco e crimes de mera transgressão.

Outra questão de forte influência da emergência penal diz respeito ao processo penal. Inicialmente com o recrudescimento inquisitorial, inclusive com frequentes iniciativas judiciais, incompatível com Estado Democrático de Direito e o sistema acusatório.

O processo, sob o influxo emergência, desaparece como garantia, surgindo sob o verniz tranquilizante de invólucro que acaba por assumir a função de medida política, ou seja,

a forma é substituída pelos valores do resultado a qualquer custo, liberando o processo dos “estéreis” formalismos que impedem a repressão.

A influência da emergência pode ser sentida no notável enrijecimento da coerção processual, como a de mecanismos de automática aplicação da *custódia cautelar*, numa reexpansão dos poderes inquisidores da polícia judiciária e, em geral, no questionamento dos princípios basilares do processo acusatório, como o contraditório, a formação da prova em discussão.

Por exemplo, na custódia cautelar, são evidentes os valores simbólicos de autorrepresentação estatal e de mera tranquilização dos cidadãos que, como de costume, estão atrás da opção de prevenção geral intimidativa.

No Estado Democrático de Direito deve se oportunizar as condições para um efetivo exercício da pretensão punitiva estatal, porém esta deve explicar-se com respeito às garantias. Logo, a justiça penal deve operar eficazmente, mas de modo aceitável e controlável, em que os níveis de garantia devam resultar suficientes com equilíbrio nas instâncias de garantia e de eficiência.

Assim, num processo penal garantístico, temos limite aos poderes da magistratura, respeito aos direitos individuais, identificando-se o processo com o contraditório, com a prova contraditada e discutida, sem certezas a priori, presumida a inocência e, por fim, o respeito de liberdade, personalidade e dignidade individual nos confrontos de um possível arbítrio estatal.

Um setor muito afetado pela emergência penal é o das medidas cautelares coercitivas, com a flexibilização de garantias (endurecimento), como, por exemplo: a) a devida falta de fundamentação para aplicação da prisão preventiva; b) falta de limites de duração, no qual se considera a duração geral da custódia cautelar e não os termos intermediários relativos à fase processual; c) a adoção de prisão cautelar como uma maneira de execução antecipada da sentença condenatória; d) alongamento, em concreto, da custódia cautelar ao máximo possível, com evidente queda quanto ao respeito da presunção de não culpabilidade; e) a espetacularização e a teatralização de prisões cinematográficas, com significado simbólico, para tranquilizar os cidadãos (verniz tranquilizante); f) adoção de critérios muito vagos e indeterminados para aplicação da prisão preventiva; g) o clamor público, e não a estrita necessidade, como o critério definitivo para a decretação de prisão.

Outra questão incômoda no processo emergencial diz respeito à sistemática inobservância das regras do segredo na produção da prova durante a fase instrutória, por exemplo com as recentes publicações de interceptações telefônica na *mass* mídia para todo o país, quebrando o segredo da Justiça (art. 10 da Lei 9.296/1996).

Como se observa na divulgação do diálogo gravado do ex-presidente Lula mantido com a ex-presidente Dilma Rousseff, em razão do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas decretado pelo juiz Sergio Moro<sup>23</sup>.

É interessante observar que a própria Lei 9.296/1996 limita significativamente a interceptação telefônica (não pode ser adotada se não houver indícios razoáveis, se a prova puder ser feita por outros meios e se o crime não tiver pena de reclusão), porém, na prática, há um uso em excesso na adoção deste meio de prova – inclusive com prorrogação por longos períodos, desrespeitando os direitos fundamentais a privacidade, legalidade processual penal, prova lícita.

É necessário manter a investigação dentro dos limites compatíveis com a tutela de garantias individuais, pois a interceptação tem natureza subsidiária, devendo-se adotar outros meios menos invasivos da liberdade do indivíduo e obrigando assim o juiz a motivar acerca da insuficiência de outros instrumentos de investigação, garantindo maior possibilidade de controle.

A atuação da emergência penal no processo produziu uma diminuição probatória como admissão sem nenhuma limitação da testemunha indireta de ofício e agentes de polícia judiciária ou depoimentos provenientes de outros procedimentos sem o consenso das partes, bem como o uso desmedido da *colaboração com a justiça* (ou a *venda de indulgência*).

É significativa a suspeita que recai sobre o delator que acusa alguém de participação somente para obter a redução da pena, sendo que a delação não vem acompanhada de qualquer arrependimento, demonstrando que sua intenção não era de colaborar, mas apenas de obter o benefício.

Não se olvide que a delação vem a desatender explicitamente a exigência de reeducação da pena, pois o benefício é aplicado à pessoa que “colaborou” sem ter demonstrado qualquer traço de ressocialização (nem arrependimento)

Desta forma, a “venda de indulgência” viola o devido processo legal ao contemplar a possibilidade de uma pena ser aplicada na fase inquisitorial ou judicial, sem trânsito em julgado, permitindo ao delator calcular as consequências penais a partir da sua retórica seletiva.

Ademais, o delator procura atender – muitas vezes – as expectativas da acusação e, por isso, pode manifestar-se além dos fatos efetivamente ocorridos, apenas para receber o prêmio,

---

<sup>23</sup> <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/moro-divulga-grampo-de-lula-e-dilma-planalto-fala-em-constituicao-violada.html>.

bem como pode se apresentar condescendente à exigência acusatória pelo receio de ser incriminado por falsa informação ao Ministério Público e ser preso.

Desta forma, no devido processo legal do Estado Democrático de Direito, o indivíduo não pode se torna uma ‘coisa’, um objeto (enquanto meio de obtenção de prova), mas deve ser sujeito de direitos, garantindo-se os princípios limitadores do *ius puniendi*, sendo a privação da liberdade a *ultima ratio*, rechaçando-se a dessocialização e o dever produzir prova contra si.

Sergio Moccia acrescenta que, na emergência penal<sup>24</sup>

a grande quantidade de normas penais se junta uma técnica totalmente carente de legislação com aproximação, misturada, com obscuridade nos textos e também, sobre o plano do singular tipo, carente de taxatividade, antecipação exagerada e frequentemente vaidosa, da tutela, com uma queda vertical em termos de certeza, acabando por impor-se, em consequência do surgir de urgentes exigências de repressão, *atalhos probatórios*, *abusos em matéria de custódia cautelar*, títulos presumidos de responsabilidade e contextual mecanismos *lato sensu* premiais, que acentuam, ainda em relação a fatos gravíssimos, aquela relação de causalidade que acaba por colocar em discussão a mesma lógica de um sistema penal. Fica aqui também denunciada a perigosa tendência a valorizar o modelo do tipo de autor.

Para superação da emergência o juiz deverá tornar-se o garante da legalidade e o legislador conscientizar-se do caráter subsidiário, da tutela penal resídua, de bens de notável relevo da modalidade de agressão particularmente perigosas, com respostas sancionatórias baseadas em razoabilidade e orientadas à integração social do réu, de maneira a realizar o direito penal mínimo, contrário à estrutura de tutela penal hipertrófica.

Desta forma, um Direito Penal deve estar baseado na legalidade (reserva legal), determinação (com proibição da analogia), taxatividade (sem textos obscuros, superabundantes), necessidade, *ultima ratio*, proporcionalidade, ofensividade (contra crimes de perigo abstrato e presumido), subsidiariedade (seletividade com significatividade), responsabilidade subjetiva (eliminando crimes de suspeitos), apartado de simbolismos estéreis, emocionalismos, manipulação da violência pela *mass media*, *law and order*, sendo eficiente, porém, sem olvidar da dignidade da pessoa humana (limites substanciais e formais, como a ressocialização).

O interesse crescente que a teoria da prevenção geral positiva despertou na doutrina desencadeou o chamado simbolismo penal. Conceito que não

---

<sup>24</sup> MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza – tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Itália: Edizioni Scientifiche Italiane, (s/d).

nasceu de nenhuma formulação doutrinária, nem de qualquer Escola penal conhecida, mas sim de uma constatação empírica, extraída da observação sobre a prática legislativa de alargamento e de deturpação dos ideais preventivistas, com fins despojados da necessária dignidade e idoneidade. O Direito Penal, mercê de sua forte carga emocional, tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população.<sup>25</sup>

Com o simbolismo penal, despertou-se o Direito Penal de Emergência, que manipula o sentimento de medo, imprimindo propostas de segurança absolutamente ilusórias, que acabam sendo acolhidas pela sociedade em face do nível de vulnerabilidade que esta se encontra. Portanto, com a sociedade do risco, o medo (expectativa do perigo) manipulado faz com que se creia na ideia ilusória de segurança máxima advinda da prisão.

Logo, o Direito Penal de Emergência acaba por laborar significativamente no aspecto emocional, expansionista e autoritário. No emocional, a vulnerabilidade apresentada pela sociedade contemporânea em face do “risco” imprimido pelas novas tecnologias. Expansionista, à medida que se trabalha com a falsa ideia de “quanto mais leis ou penas, maior será a segurança”. Autoritário, porque despreza direitos e garantias individuais conquistados a duras penas. É, portanto, um Direito Penal meramente punitivo, no qual a prisão prolongada representa seu fundamento.

O Direito Penal de Emergência utiliza-se tanto do simbolismo em detrimento dos postulados dos direitos humanos, que se observarmos empiricamente as penitenciárias estão absolutamente falidas, mas o discurso emergencial destina a elas a “segurança” da sociedade, pois a pena, enfim, serve *apenas* para castigar.

É possível observar a delação premiada no contexto da emergência penal, pelos seguintes aspectos: a) uso simbólico da legislação penal, com sacrifício das garantias constitucionais, como na hipótese de vazamentos sistemáticos das delações sigilosas embora o art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013 estabeleça a sigilosidade; b) a política de espetacularização com a falsa percepção de endurecimento pela retórica da eficiência, como na instrumentalização midiática de políticos na lava-jato, execrados pela opinião pública [como a condução coercitiva do ex-presidente Lula que violou o art.218 do CPP (não deixou de comparecer) e o art.260 (e não deixou de atender à intimação)]; c) pena a não se prestar a socializar: na delação, o delator quer diminuição da pena e o proponente, a condenação, não há, assim, uma preocupação com a ressocialização.

---

<sup>25</sup> SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002, p. 73.

É preciso considerar que – assim como o direito emergencial – o objetivo da delação é apenas premiar exclusivamente a eficiência (assim entendida como aplicação da pena), descurando-se das garantias inerentes do devido processo legal. A ideia é apenas assegurar o poder punitivo independentemente das possibilidades de violações aos direitos fundamentais.

Nas delações celebradas, percebemos a absoluta vulnerabilidade que se encontra o Averiguado/Acusado, que aceita qualquer violação aos direitos fundamentais, como no caso de Paulo Roberto Costa, em que se identificam as exigências de desistir de *habeas corpus* impetrados, desistir de questionar nulidades, de assumir o compromisso de falar a verdade e renunciar ao direito de recorrer de sentenças condenatórias<sup>26</sup>, em absoluta oposição aos princípios do direito ao silêncio, de não autoincriminação, de não produzir prova contra si mesmo, do duplo grau de jurisdição, da garantia do *habeas corpus* e do devido processo legal previsto na Constituição, na qual forma é garantia.

No que tange à elaboração da Lei 12.850/2013, apesar da regulamentação da delação ser melhor do que as legislações anteriores, o mencionado instituto tem graves omissões, inadequações com relação à Constituição, algumas dúvidas são suscitadas, demonstrando a necessidade de melhor regulamentação. Por exemplo, a previsão de renúncia ao direito ao silêncio é inconstitucional, há dúvida se o Delegado de Polícia pode celebrar o acordo de delação, além de grave omissão procedimental desde a presença do contraditório (assegurando aos delatados o conhecimento do conteúdo da delação) até a possibilidade do perdão ser pactuado entre as partes a revelia da garantia da jurisdicionalidade.

Por fim, a delação se caracteriza pela dramatização da corrupção, através do espetáculo de repressão criminal (pelas prisões cinematográficas) com invencíveis entrevistas e uma rápida tramitação do processo, para atender a um simbolismo extremado (prisão de colarinho branco), propugnador de ilusão de segurança e sentimento de confiança nas instituições (embora praticamente não se tenha alterado o modo de se fazer política), além de penas absolutamente desproporcionais, tudo em conformidade com o Direito Penal de Emergência.

Como contraponto a esses pensamentos antigarantistas do expansionismo penal, do funcionalismo sistêmico radical, do Direito Penal do Inimigo e do Direito Penal de

---

<sup>26</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Delação premiada na "lava-jato" está eivada de inconstitucionalidades*, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Emergência, se identifica a teoria apresentada por Luigi Ferrajoli<sup>27</sup> sobre o garantismo penal através de dez axiomas, que caracterizam o mencionado sistema. A partir desses axiomas, Ferrajoli explica seu sistema aprofundando o significado e finalidade do Direito Penal. Por isso, é necessário observá-lo.

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 93.

### 3 GARANTISMO PENAL

#### 3.1 AXIOMAS GARANTISTAS

Como contraponto aos pensamentos do funcionalismo sistêmico radical jakobsiano, ao Direito Penal do Inimigo e ao Direito Penal de Emergência, Luigi Ferrajoli desenvolveu a Teoria do Garantismo Penal, como um sistema penal com o escopo de tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder.

O modelo garantista clássico se funda nos princípios da legalidade estrita, materialidade, lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório e presunção de inocência, formando um conjunto coerente e unitário como um esquema epistemológico destinado a assegurar a limitação do poder punitivo e a tutela da pessoa contra arbitrariedade.

Este esquema epistemológico é composto pelo convencionalismo penal, ou seja, a técnica legislativa da legalidade penal trata das ações taxativamente indicadas pela lei, sendo o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que diz a lei.

Nesse sentido, o convencionalismo penal exclui as convenções referidas fora do âmbito do fato e direcionadas à pessoa, como as normas perseguidores de bruxas, hereges, judeus, subversivos, inimigos do povo, desocupados, vagabundos, socialmente perigosos etc.

Por decorrência, surgem dois efeitos fundamentais: a garantia da liberdade, qualquer cidadão tem a liberdade para realizar qualquer ato desde que não tenha restrição legal, e a garantia da igualdade, independentemente de ser qualquer cidadão, só haverá crime se houver cometimento dos tipos objetivos do desvio.

O cognitivismo processual é outro elemento do esquema epistemológico do garantismo, o qual pressupõe a determinação concreta do desvio punível através da motivação judicial a partir da verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias. Ou seja, é necessária a prova e confrontação judicial para corresponder às figuras delituosas, que são indeterminadas.

Como sinal da coerência e unidade do plano epistemológico, o garantismo penal, desenvolvido por Luigi Ferrajoli<sup>28</sup>, apoia-se em dez axiomas:

*A1 Nulla poena sine crimine*

---

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

- A2 *Nulla crimen sine lege*  
 A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*  
 A4 *Nulla necessitas sine iniuria*  
 A5 *Nulla iniuria sine actione*  
 A6 *Nulla actio sine culpa*  
 A7 *Nulla culpa sine iudicio*  
 A8 *Nullum iudicium sine accusatione*  
 A9 *Nulla acusatio sien probatione*  
 A10 *Nulla probatio sine defensione.*

Ferrajoli denomina estes princípios, além das garantias penais e processuais por eles expressadas, respectivamente: a) princípio de *retributividade* ou da sucessividade da pena a respeito do delito; b) princípio da *legalidade*, em sentido lato ou em sentido estrito; c) princípio da *necessidade* ou de economia do direito penal; d) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do ato; e) princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; f) princípio da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; g) princípio da *jurisdicionalidade*, também em sentido lato ou em sentido estrito; h) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; i) princípio do *ônus da prova* ou da verificação; j) princípio do *contraditório*, ou da defesa, ou da refutação.

Segundo mencionado autor,

*estos diez principios, ordenados y conectados aqui sistemáticamente, definen – con cierto forzamiento lingüístico – el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales ou naturales de limitación de poder penal ‘absoluto’. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno estado de derecho.*<sup>29</sup>

<sup>29</sup> “Estes dez princípios, ordenados e conectados aqui sistemáticamente, definem - com certo esforço linguístico - o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamentais do direito penal. Foram elaborados sobretudo pelo pensamento iusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebeu como princípios políticos, morais ou naturais de limitação de poder penal 'absoluto'. Foram ulteriormente incorporados, mais ou menos íntegra e rigorosamente, nas constituições e codificações de ordenamentos desenvolvidos, convertendo-se assim em princípios jurídicos do moderno estado de direito”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1998, tradução nossa).

### 3.1.1 Retribuição Penal

O Princípio da Retribuição Penal (A1 *Nulla poena sine crimine*) se caracteriza pelo fato de a pena ser aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e que se configura como efeito ou consequência jurídica, ou seja, a pena é consequência do delito (primeira garantia do direito penal).

É preciso observar que o ilícito pelo garantismo é uma condição normativa somente necessária e não suficiente para a aplicação da pena, em razão das condições posteriores da ausência de eximentes, as condições de punibilidade e de procedibilidade, e as outras garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito.

Há uma relação entre retribuição e prevenção, pois retribuição tem repercussão na prevenção, por exemplo, na prevenção especial como desestímulo para que aquele autor apenado não cometer novos crimes. Por decorrência, a garantia retribuição impõe a pena somente pelo fato cometido e não pelas características do autor, pelo que ao mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito, se inocente, não poderá ser tributada uma sanção.

Desta forma, a finalidade preventiva ou utilitarista da pena sem a garantia da retribuição penal caracterizará o autoritarismo penal, pois poderá legitimar aplicação da sanção para inocente em razão das suas características pessoais como ser perigoso ou propenso à prática de crimes (tendência favorável ao direito penal máximo no extremismo da defesa social).

É necessário observarmos que para doutrina formalista o delito é previsto em lei válida como pressuposto da pena, segundo princípio *nullum crimen sine lege*; para a doutrina substancialista o conceito de delito contém elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural e, em qualquer caso, ontológico.

Logo, é evidente que somente as definições formalistas podem servir como definições jurídicas do delito e como respostas pertinentes à questão do “quando punir”, ainda que somente do ponto de vista interno.

### 3.1.2 Princípio da Legalidade

No Princípio da Legalidade (A2 *Nulla crimen sine lege*) é preciso reconhecer e identificar o direito vigente como objeto exclusivo e exaustivo da ciência penal, estabelecendo

que somente as leis dizem o que é delito. O princípio da estrita legalidade diferencia-se da mera legalidade. A estrita legalidade condiciona a validade das normas penais à denotação taxativa das figuras do delito que ela define.

A mera legalidade é regra de distribuição de poder penal que prescreve ao juiz determinar como delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal; já a estrita legalidade com uma regra que prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delitivas, para que seja possível sua aplicação na linguagem judicial.

O princípio da mera legalidade (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica (primeiro postulado do positivismo jurídico), que determina o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da lei penal, que tem exclusividade para dizer somente o que é delito (separando o Direito da moral).

Ferragoli ressalta que

efetivamente, só adotando-se uma noção exclusivamente formal do delito e abandonando-se todo o moralismo ou naturalismo jurídico será possível interpretar e criticar o sistema substancial dos delitos previstos num determinado ordenamento pelo que efetivamente é: o catálogo – estabelecido com caráter autoritário e hierarquicamente ordenado sobre a base das diferentes medidas da pena – dos interesses e dos bens jurídicos protegidos por esse ordenamento.<sup>30</sup>

Desta forma, o princípio da estrita legalidade condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos. Esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado de Direito do direito penal dos Estados simplesmente legais, no quais o legislador é onipresente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes sem nenhum limite substancial para a primazia da lei. É o que diferencia o garantismo do autoritarismo penal, o formalismo do substancialismo jurídico, o direito penal mínimo do direito penal máximo.

É, por decorrência, necessário que a lei esteja em conformidade não apenas com a mera legalidade, mas também com a estrita legalidade. Não se pode admitir que um fato novo, embora seja substancialmente crime, mas não seja formalmente um delito, uma vez que não incrimina por nenhum dispositivo legal.

O princípio da estrita legalidade exige que, como função garantista, o fato de os delitos serem predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio a parâmetros extralegais,

---

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2 ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 344.

como as orientações substancialistas com os fundamentos ontológicos de imoralidade, periculosidade, anormalidade psicofísica etc., que satisfariam os juízos de valor.

Isto tem propiciado tipos penais indeterminados, abertos à analogia *in malam partem*, em razão das investigações sobre a pessoa do réu e sua periculosidade, legitimando doutrinas autoritárias como a do “tipo de autor”, que prescindem das figuras normativas do delito para abraçar as figuras normativas dos réus, os sintomas de personalidade antissocial, desleal ou criminosa.

Como exemplos temos o art. 2º do Código Penal nazista, com a roupagem dada pela Lei de 28/06/1935 (“será punido quem pratique um fato que a lei declare punível ou que seja merecedor de punição, segundo o conceito fundamental de uma lei penal e *segundo o são sentimento do povo*”), o art. 6º do Código da República Russa de 1922 (delito é toda “ação ou omissão *socialmente perigosa*, que ameace as bases do ordenamento soviético e a ordem jurídica estabelecida pelo regime dos operários e camponeses para o período de transição em prol da realização do comunismo) ou o etiquetamento dos antissociais (desocupados, vagabundos, propensos ao delito, viciados, traficantes etc.).

Nesse sentido, o princípio da estrita legalidade (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno, sine actione, sine defensione*) tem uma regra metacientífica (segundo postulado do positivismo jurídico), à medida que condiciona a validade à taxatividade (regra semântica acerca das condições de uso da palavra verdadeiro na linguagem penal), a uma extensão muito determinada quanto seja possível na definição do crime.

Assim, a lei penal está obrigada a vincular as formas e, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam, pelo que a mera legalidade é pressuposto do princípio da retribuição e a estrita legalidade, da materialidade da ação, da lesividade do resultado, da culpabilidade, da presunção de inocência, ônus de prova e direito de defesa.

Como decorrência da legalidade, temos a irretroatividade das leis penais e a proibição da analogia pena *in malam partem*, indispensáveis para a certeza do direito penal mínimo. A primeira decorre da mera legalidade, sendo os atos anteriores mera hostilidade, e, se favorável, haverá a retroatividade e ultra-atividade pelo fundamento da injustificabilidade de agravamentos não predeterminados legalmente ou que não se consideram mais necessários.

Por sua vez, a proibição da analogia decorre da estrita legalidade, porque esta impõe aos tipos penais uma análise sobre a verdade ou falsidade em relação aos fatos que se examinam, não havendo lugar para o raciocínio analógico. Se os tipos fossem indeterminados,

haveria uma analogia antecipada. Princípio decorrente é a permissão da analogia *in bonam partem* (proibição somente para estender a punibilidade).

### 3.1.3 Princípio da Necessidade e Proporcionalidade

O Princípio da Necessidade (*A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate*) determina que a lei deve estabelecer pena estrita e evidentemente necessária, ou seja, necessária e a mínima das possíveis para a prevenção de novos delitos. Acrescente-se que o princípio da necessidade e da dignidade da pessoa humana (humanidade das penas) são complementares, pois toda pena qualitativa ou quantitativa deve ser suficiente para frear as reações mais aflitivas ao réu, como, por exemplo, penas excessivamente largas.

A crueldade produzida pelas penas é horrenda, principalmente se considerar que a violência imposta por meio da pena caracteriza-se por ser programada, consciente, organizada por muitos contra um cidadão, cujo somatório tem legado historicamente um custo de sangue, vidas, e sofrimentos intensos.

Digno de nota é a omissão histórica do pensamento jurídico e filosófico pela humanidade da pena. Ao contrário, sob o manto da justa retribuição, intimidação, defesa social, ideia da sociedade como organismo que legitima a amputação do órgão infeccionado, muitas atrocidades têm sido propostas.

Como decorrência da necessidade e humanidade, temos uma correspondência natural entre pena e delito. Desde o talião tinha-se a ideia de que a pena deva igualar-se ao delito, como um mal da mesma natureza e intensidade. Fruto de uma concepção retributiva, o princípio do talião deixou efeitos deletérios: a) garantiu penas corporais e de morte, nem sempre com correspondência direta, como da amputação da mão de um falsário ou do pé de um ladrão; b) obstruiu o processo de formalização e tipificação porque, como as penas devem ser na mesma qualidade dos delitos, não se tem como prever tantos tipos para todos os delitos cometido; c) a apregoada igualdade entre pena e delito causou um profundo sentimento de desigualdade social, em razão das condições sociais.

Atualmente, a pena configura-se como técnica de privação de bens diante do pressuposto da valorização qualitativa e quantitativa, como a privação de tempo de liberdade (privativa de liberdade), a privação da propriedade pecuniária (multa) ou a privação da capacidade de trabalhar ou do direito de cidadania (restritivas de direito).

É inegável que este delineamento – a tipicidade, a igualdade, a abstração, a quantificação, o cálculo, a proporcionalidade, a predeterminação legal e a determinação judicial da pena – apresenta um pronunciado caráter ‘burguês’. Concorrem efetivamente para fazer com que assim seja, além dos princípios modernos de igualdade jurídica e formal dos cidadãos, do primado da lei geral e abstrata e da certeza do direito, também a *forma de mercadoria* e o *valor de troca* adquiridos pela força do trabalho e de maneira mediata, pelo *tempo* de trabalho (e de liberdade) na sociedade capitalista. Tal qual a moeda na determinação convencional do valor da troca dos bens, assim também o *tempo* assume no direito penal moderno o papel ‘equivalente geral’ na determinação convencional da gravidade dos delitos segundo o ‘valor’ por eles lesionado.

Desta forma, observa-se que a pena deve ser necessária, a mínima dentre as possíveis, sendo proibido a imposição de castigos cruéis, desumanos e degradantes, constituindo-se tais características em limites à ferocidade punitiva, que considera o homem como coisa, sobrepondo o argumento utilitarista à dignidade da pessoa humana.

Por decorrência, o princípio da necessidade e o princípio da dignidade da pessoa humana contrapõem-se às lógicas retribucionistas e de defesa social, tornando ilegítima qualquer diferenciação na execução penal (igualdade), inadmitindo qualquer flexibilização na duração da pena (legalidade) e intolerando qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena (caráter apenas privativo da pena).

Com relação à vedação da atividade pedagógica ou corretiva, Ferrajoli<sup>31</sup> afirma que

excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinatória, a única coisa que se pode e se deve pretender da pena é que, como escreveu Francesco Carrara, ‘não perverta o réu’, quer dizer, que não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior.

Proporcionalidade: Acrescente-se, por fim, o princípio da proporcionalidade (*poena debet commensurari delicto*) como adequação da gravidade dos delitos às medidas de pena, considerando os bens e os interesses eleitos pelo legislador como merecedores de tutela.

A medida da pena pode ser analisada pela predeterminação do legislador do tipo (princípio axiológico da ofensividade e da culpabilidade – limite da pena baseado no dano e culpa) e da medida máxima e mínima de pena, pela determinação do juiz da natureza e medida da pena para cada delito concreto (epistemologia da interpretação equitativa de todas as circunstâncias específicas do fato e de seu autor com a finalidade exclusiva de justiça no

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 365.

caso concreto) e pelo pós-determinação, na fase executiva, da duração da pena efetivamente imposta (princípio da certeza – a flexibilidade da pena representa a flexibilidade dos seus pressupostos, supondo o esvaziamento da lei e do juízo e gerando a dissolução de todas as garantias penais e processuais).

### **3.1.4 Princípio da Lesividade e Ofensividade**

O Princípio da Lesividade ou da Ofensividade (A4 *Nulla necessitas sine iniuria*) constitui a natureza lesiva do resultado, ou seja, os efeitos que produz. A necessidade fica condicionada pela lesividade, pelo dano causado. Assim, a ofensa a um bem jurídico é uma garantia e um limite para a caracterização do crime de imposição de pena, que compreende um ataque concreto ao bem (direitos fundamentais, assim compreendidos os direitos individuais e os coletivos/sociais) em razão do dano causado ou o perigo que tenha ocorrido, não considerando em abstrato.

A lesividade decorre do fundamento axiológico da necessidade da pena como tutela de bens fundamentais, considerando-se a natureza lesiva do resultado e tendo o ônus da demonstração dos efeitos que produz (lesão, dano e bem jurídico).

O primeiro critério da lesividade é identificar o dano causado e o perigo causado que justifiquem a imposição de pena. A ofensa (ou perigo) a direitos jurídicos fundamentais, como os clássicos direitos individuais ou os coletivos e sociais (meio ambiente, saúde etc.), e o interesse coletivo (p. ex., Administração Pública não corrupta), devem ser verificáveis empiricamente e à luz do conteúdo da proibição.

Acrescente-se que a política penal de tutela de bens se justifica à medida que as proibições são idôneas (proibição não poder ser inútil) e à medida que é subsidiária de uma política de proteção dos mencionados bens.

A garantia da lesividade, por decorrência, exige a concretização do dano ou do perigo determinados, para que não haja uma proliferação quantitativa dos interesses tutelados, o incremento de delitos sem dano, uma ampliação indeterminada do campo designável como bens tutelados (mediante a utilização de termos vagos, imprecisos, ou valorativos, que derogam a estrita legalidade do tipos penais), a antecipação da tutela (mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo), pela descrição aberta e não taxativa da ação (expressadas pelas expressões “atos preparatórios”, “dirigidos a”, “idôneos para pôr em perigo”).

O princípio da lesividade impõe as restrições referentes: a) ao caráter quantitativo, que afeta os delitos de bagatela, não justificando a existência da pena ou do processo; b) ao caráter qualitativo, no qual só pode ser bens jurídicos aqueles cuja lesão se concretiza num ataque lesivo as pessoas e não sob a etiqueta emergencial de “delitos contra a personalidade do Estado”; c) ao caráter estrutural, em que se exige uma modificação nos delitos de atentado (como aqueles descritos “atos dirigidos a” determinado resultado, os atos preparatórios e a cogitação, independentemente do perigo a que os bens afetados estiveram sujeitos – perigo abstrato ou presumido).

Em razão das características que se afastam da concretização do dano e do perigo, se experimenta na atualidade uma dissolução do conceito de bem jurídico-penal com critério axiológico de orientação de delimitação das opções penais.

Como existe uma relação entre a lesividade do delito e o caráter aflitivo da pena, é oportuno ressaltar a necessidade de avaliar custo da pena, pois quanto maiores as lesões justificaria somente penas alternativas e não largas penas privativas de liberdade, como é a regra do ordenamento penal.

É preciso ressaltar, ainda, a limitação da subsidiariedade, a lesividade pode ser prevenida por outros instrumentos como medidas administrativas, e do caráter utilitário, deve verificar a eficácia de intimidação. Ademais, a garantia da lesividade está relacionada ao resultado danoso e perigoso.

Em conclusão, o princípio da lesividade, como ficou aqui definido, tem o valor de critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a um princípio de tolerância tendencial da desviação, idôneo para reduzir a intervenção penal ao *mínimo necessário* e, com isso, para reforçar sua legitimidade e credibilidade. Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a ‘fraude de etiquetas’, consistente em qualificar como ‘administrativas’ sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.<sup>32</sup>

### 3.1.5 Princípio da Materialidade

O Princípio da Materialidade ou da Exterioridade da ação (*A5 Nulla iniuria sine actione*) determina que nenhum dano, por mais grave que seja, pode estimar-se penalmente

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 440.

relevante senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressuposto da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimos interiores, nem sequer genericamente em fatos, senão devem concretizar-se em ações humanas – materiais, físicas ou externas, é dizer, empiricamente observáveis – descritíveis exatamente, enquanto tais, pela lei penal.

Assim, a materialidade da ação é um pressuposto necessário da lesividade ou danosidade do resultado, em razão da relação entre ação e o resultado danoso (ou perigoso), caracterizado como um fato empírico externo que se distingue da ação, como ocorre nos chamados delitos de resultado, ou que se identifica com ela, nos casos de crime de mera conduta.

O princípio da exterioridade ou materialidade sofreu questionamentos em razão de doutrinas positivistas do delinquente natural e da defesa social, que valorizavam a figura subjetiva da periculosidade, no aspecto da natureza psicofisiológico do sujeito e considerando o seu desvio como patologia que deve ser submetida com medidas correcionais ou de prevenção. Esta é a orientação inspiradora, no século XIX, de toda legislação de polícia contra sujeitos e classes perigosas: as medidas de prevenção e medidas de segurança, as disposições contra pessoas suspeitas (etiquetas da periculosidade, da capacidade de delinquir, do caráter do réu, da infidelidade).

Porém, há um campo delimitado no qual não pode haver intervenção estatal (poder estatal, controle público e vigilância policial) que é resguardado pelo princípio da materialidade, pois as intenções, os projetos, os erros de pensamento, opinião, as vontades sem a respectiva ação não podem ser responsabilizadas.

Dessa forma, o princípio da exterioridade da ação constitui garantia política, posto que resguarda a tolerância para com o diferente e a tutela da liberdade de consciência, garantia jurídico-penal, uma vez que configura o princípio da legalidade como princípio de estrita legalidade (garantia de certeza, exigindo prescrições taxativas das proibições legais) e garantia jurídico-processual, pois é pressuposto de verificabilidade da acusação (não há acusação com intenção não materializada).

Nesse sentido, a materialidade contrapõe-se à doutrina positivista do delinquente natural e da defesa social, que valorizam a figura subjetiva da periculosidade (enfatizando mais a natureza psicofisiológica que a ação), e a doutrina do tipo de autor (reduzida ao sintoma da personalidade do agente), que acabam estimulando as teorias de delinquente nato e tipo criminológico, personalidade inimiga e desleal, ou tipo normativo de autor.

### 3.1.6 Princípio da Culpabilidade

Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade Pessoal (A6 *Nulla actio sine culpa*) é o chamado elemento subjetivo ou psicológico do delito, prevendo que nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; por decorrência, não pode ser punido, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

A culpabilidade é composta, sob o prisma conceitual, na: a) personalidade da ação, que significa a sujeição do aspecto material do delito à pessoa do autor, isto é, a relação de causalidade que vincula reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito; b) imputabilidade ou capacidade penal, que significa uma condição psicofísica do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer; c) intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito, que designa a consciência e vontade de concretizar o delito e que, por sua vez, pode assumir a forma de dolo ou culpa, segundo a intenção.

Portanto, não cabe culpabilidade sem imputabilidade, ou sem imputação penal subjetiva, ou, ainda, sem nexos causal entre ação imputada e resultado produzido. Modelos de responsabilidade objetiva (dispensar voluntariedade, igualando inocentes a culpáveis), solidária (responsabilizar pessoas distintas do ofensor), impessoal (responsabilidade penal genérica), corporativa (atribuição a entidades e universidades) e desigual (responsabilidade diferenciada para aqueles que se encontrem na mesma situação) não podem ser conhecidos pelo Direito Penal, segundo o garantismo.

Como consequência, exclui-se a responsabilidade se: a) pelas causas de exclusão da personalidade da ação, como ocorre nos fatos alheios ou no caso fortuito; b) pelas causas de exclusão da culpabilidade em sentido estrito, como a inconsciência involuntária, a força maior, constrangimento físico ou os diferentes tipos de erro.

Há, ainda, para o garantismo, quatro fundamentos políticos ou externos que desqualificam a responsabilidade objetiva: a) reprovação da ação – não é culpável uma ação que não admite reprovação; b) fatos não culpáveis não podem ser objeto de prevenção por meio da pena, porque inexigíveis; c) a culpabilidade garante a planificação futura da vida, impedindo que erros e acidentes não sejam castigados se a pessoa fez o melhor dentro das possibilidades; d) ações culpáveis são as únicas que podem ser lógicas e sensatamente proibidas.

É preciso considerar a questão do determinismo e livre-arbítrio quando se trata de culpabilidade. Para o determinismo o fenômeno (incluindo ações e intenções) é efeito

necessário das causas absolutamente condicionantes (tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social). Para o livre-arbítrio, a culpabilidade só se caracteriza se o autor não pudesse ter agido de outra forma.

Esses dois extremos têm levado a conclusões convergentes quando se tem desvalorizado o elemento material da ação, com predomínio da periculosidade ou perversidade do réu, pouco importando se atribuídas, pelo determinismo, a causas externas ou objetivas de tipo natural ou social, ou, pelo moralismo, à livre eleição do estilo de vida.

Porém o princípio da culpabilidade garantista evita os extremismos, tanto o determinista, que desvincula o fato delituoso da culpabilidade, quanto o indeterminista, que afasta a culpabilidade do fato delituoso, caracterizando-se como um princípio normativo que impõe uma estrutura regulativa às proibições penais, exigindo uma ação (e não condição de vida do sujeito) e a possibilidade de ela ocorrer. Pode-se concluir que a culpabilidade, no garantismo, é um elemento normativo não do autor, mas do delito.

### **3.1.7 Princípio da Jurisdicionalidade e Presunção de Inocência**

O Princípio da Jurisdicionalidade (*A7 Nulla culpa sine iudicio*) trata de garantia em sentido lato, ou seja, o processo deve ser resguardado pelo conjunto de garantias penais ou substanciais (*nulla poena, nullum crimen, nula lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*), ou em sentido estrito, quando o processo deve ser resguardado pelo conjunto de outras garantias processuais ou instrumentais (*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione y sine defensione*).

Há, assim, uma correlação entre garantias penais e processuais, pois as garantias penais podem ser consideradas necessárias para garantir juízos não arbitrários (penas sem limites previamente estabelecidos em lei e abusos em razão da ausência das garantias processuais).

Desse modo, é estabelecida estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade, pressupondo ainda as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade.

No sentido clássico, o princípio da submissão à jurisdição apresenta as seguintes garantias: a) *habeas corpus* – imunidade contra arbitrariedades na sua liberdade, contra punições ou intervenções autoritárias e atentatórias aos seus direitos; b) reserva de jurisdição – confiar o julgamento ao juiz legal, imparcial e independente; c) presunção de inocência – sem um juízo legal e antes da sua conclusão nenhum homem poder ser punido ou considerado culpado.

Por sua vez, o princípio de submissão à jurisdição em sentido lato (*nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*) é uma exigência de qualquer tipo de processo, seja acusatório ou inquisitivo, e o princípio de submissão à jurisdição em sentido estrito (*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione e sine defensione*) supõe a forma acusatória do processo.

São denominadas garantias orgânicas as relativas à formação do juiz (independência, imparcialidade, responsabilidade, separação entre juiz e acusação, juiz natural, obrigatoriedade da ação) e garantias procedimentais as relativas à formação do júri (acusação determinada, ônus da prova, contraditório, atos instrutórios, publicidade, oralidade, direitos de defesa, motivação dos atos judiciais).

A garantia orgânica de separação do juiz e acusação e os procedimentos de publicidade, oralidade, contraditório são específicos do procedimento acusatório, sendo os outros comuns a todos os tipos de processo.

A partir daí, pode-se determinar dois modelos de processo penal: a) o modelo processual garantista ou de estrita submissão à jurisdição (cognitivo), caracterizado pela busca da verdade processual empírica, correspondente ao modelo de direito penal mínimo (verdade mínima, sistema acusatório, presunção de não culpabilidade, ônus da prova, *in dubio pro reo*, publicidade, contraditório, direito de defesa). A legitimação é obtida pela verdade.

Nesse sentido, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais está condicionada pela verdade processual dos discursos assertivos que formam sua motivação, caracterizado pelo conflito entre verdades judiciais contrapostas.

b) o modelo substancialista ou de mera submissão à jurisdição (decisionista), caracterizado pela busca da verdade substancial e abrangente, baseado em valorações, correspondente ao modelo de direito penal máximo (sistema inquisitivo, verdade máxima – perseguida sem limites, indeterminação da acusação, juízos de valor sobrepondo-se às provas). Ou seja, sua legitimação é constituída por juízos de valor.

Desta forma, as garantias procedimentais configuram garantias de verdade e garantias de liberdade, ou seja, uma reduzida, porém controlada, em oposição às substanciais aprioristicamente instituídas pelo juiz.

Podemos, pois, concluir que, no sistema garantista, a) o consenso majoritário/político (opinião pública, partido, imprensa etc.) ou a investidura judicial não legitimam a jurisdição; b) a jurisdição penal é imunidade contra arbítrio e a intromissão inquisitiva; c) pressupondo a defesa dos fracos mediante igualdade a dignidade da pessoa do imputado; d) o direito penal se caracteriza pela prevenção de delitos, como técnica de redução da violência e arbítrio; e) a finalidade do processo penal é a garantia das liberdades do cidadão através da garantia da

verdade (obtida através de prova e debate); f) exige-se do juiz tolerância, imparcialidade, prudência, equilíbrio, ponderação e dúvida, dispensando o consenso e devendo preocupar-se com o imputado.

Presunção de Inocência – A presunção de inocência é uma das garantias da jurisdicionalidade, pois se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e nenhum sujeito pode ser considerado culpado nem submetido à pena.

Neste sentido, o princípio da jurisdicionalidade – ao exigir em seu sentido lato que não exista culpa sem processo e, em sentido estrito, que não haja processo sem que a acusação seja submetida à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até prova em contrário sancionada pela sentença com condenação definitiva.

Como corolário, é a culpa que deve ser demonstrada e não a inocência (presumida desde o início), sendo que é a prova da culpa que forma o objeto do juízo (imunidade do inocente sem exceção). Tal imunidade suscita a vedação da prisão preventiva obrigatória e impõe a mencionada prisão provisória aos casos de estrita necessidade.

Ocorre, entretanto, uma perversão do uso da custódia cautelar, transformada em instrumento de prevenção e de defesa social (abandonando os casos de estrita necessidade), recaindo sobre o imputado uma presunção de periculosidade pela suspeita de autoria (equivalendo à presunção de culpabilidade) e antecipando os efeitos da condenação à medida que se atribui à prisão preventiva as mesmas finalidades e conteúdo da pena.

Houve uma transformação da estrita necessidade para aplicação da custódia cautelar para necessidade da defesa social, assumindo a característica de um instituto contra perigosos e suspeitos, e de execução provisória, estabelecendo critérios de sua obrigatoriedade, baseada na presunção da periculosidade pelos indícios de autoria (presunção de culpabilidade).

De qualquer forma, não é razoável o expansionismo da prisão sem julgamento, que viola o princípio da submissão à jurisdição, pois esta inclui – além da necessidade de decretação de prisão por ordem judicial – a necessidade de se observar as circunstâncias fáticas para a decretação prisão segundo o processo.

### **3.1.8 Princípio Acusatório**

O Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusação (A8 *Nullum iudicium sine accusatione*) trata da inderrogabilidade do juízo, ou seja, o juiz não pode declinar do

juízo (indeclinável) e do caráter infungível (o juiz não pode ser substituído por outra forma), revelando a obrigatoriedade da prestação jurisdicional e o monopólio penal da repressão criminal.

Por decorrência, devem ser distribuídas as funções de julgar e acusar, definindo-se a figura do juiz, os procedimentos e métodos de investigação que caracterizam o processo. Como decorrência desta separação, temos a imparcialidade do juiz com relação às partes e um pressuposto da carga da imputação e da prova, que pesam sobre a acusação.

Existe um nexo entre o sistema acusatório e o modelo garantista, assim como existe uma relação entre o sistema inquisitivo e o modelo autoritário de repressão. No sistema acusatório, além da separação das funções de julgar e acusar, há uma diferenciação entre a acusação e a defesa, em posição de paridade de armas, pois ao acusador não é dado nenhum poder sobre a pessoa do imputado.

### **3.1.9 Princípio do Ônus da Prova**

O Princípio do Ônus da Prova ou da verificação (*A9 Nulla acusatio sien probatione*) – a rígida separação de papéis entre os atores do processo, que constitui a primeira característica do sistema acusatório, impede que esse ônus possa ser assumido por sujeitos diversos da acusação: nem pelo imputado, a quem compete o direito oposto da refutação, tampouco ao juiz, que tem a função de julgar livremente as verificações ou refutações expostas.

Da mesma maneira que ao acusador, estão vedadas as funções de julgamento, ao juiz devem estar proibidas as funções de acusação, sendo inadmissível a confusão de funções entre os dois sujeitos que, pelo contrário, caracteriza o processo misto, em que o Ministério Público forma as provas e decide sobre a liberdade pessoal do imputado e o juiz instrutor tem, por sua vez, poderes de iniciativa em matéria probatória e desenvolve de fato as investigações com a ajuda da acusação.

### **3.1.10 Princípio do Contraditório**

Princípio do Contraditório, ou da defesa, ou da refutação (*A10 Nulla probatio sine defensione*) é identificado como a principal condição epistemológica da prova: a refutabilidade da hipótese acusatória experimentada pelo poder de refutá-la da contraparte interessada, de modo que não é admissível nenhuma prova sem que se tenha ativado todas as possibilidades de refutação e contraprovas.

A defesa, que tendencialmente não tem espaço no processo inquisitivo, é o mais importante instrumento de impulso e de controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipóteses de acusação e de defesa e as provas e contraprovas correspondentes

A epistemologia que está na base deste método não permite juízos potestativos senão que requer, como tutela da presunção de inocência, um procedimento de investigação baseado no conflito, ainda que seja regulado e ritualizado, entre as partes contrapostas. Esta concepção de processo contraditório expressa os valores democráticos de respeito à pessoa do imputado, da igualdade entre as partes da contenda e a necessidade prática da refutação da pretensão punitiva e de sua exposição ao controle por parte do acusado.

É óbvio que o pressuposto epistemológico da defesa – como de resto da prova – é a taxatividade e materialidade do tipo penal: as hipóteses acusatórias devem consistir em asserções empíricas que afirmem a comissão de um fato exatamente denotado pela lei, posto que as asserções de significado indeterminado e, menos ainda, os juízos de valor (v.g. Tício cometeu maus-tratos, atos obscenos, subversivos) não são verificáveis nem refutáveis e não permitem refutações.

Para a paridade de armas com a perfeita igualdade das partes, a defesa deve estar dotada da mesma capacidade e dos mesmos poderes que a acusação, bem como deve ser garantido o contraditório em todo o momento e grau do procedimento e em relação ao qualquer ato probatório.

Ademais, a defesa técnica representada por um advogado, a presença do acusado e seu defensor em todos os atos probatórios, a obrigação do Estado em assegurar defensor público àqueles que não dispõem de meios, publicidade, motivação das decisões e a ausência de poder da acusação sobre o acusado, são decorrências lógicas do contraditório dentre outras.

O garantismo parte da premissa da limitação do poder penal a partir da legalidade, ressaltando os conceitos de certeza e previsibilidade para a garantia da liberdade, ou seja, somente percorridos os aludidos axiomas poderá o Estado intervir. Logo, é um sistema fechado de garantias, cuja intervenção penal é limitada por vários princípios de cunho humanista, na qual a pena não poderá incidir sem o respeito aos aludidos axiomas.

Observando o garantismo, temos a convicção de que a função do Direito Penal e da pena não é apenas punir, mas ressocializar, garantindo mecanismo de reintegração social,

sempre em observância aos direitos humanos fundamentais, bem como estabelecer a desejada prevenção, mas nos termos propostos por Antonio García Pablos de Molina<sup>33</sup>:

Prevenir o delito é algo mais – e também algo distinto – que dificultar seu cometimento ou dissuadir o infrator potencial com a ameaça do castigo. Sob o ponto de vista ‘etiológico’, o conceito de prevenção não pode ser desvincular da gênese do fenômeno criminal, isto é, reclama uma intervenção dinâmica e positiva que neutralize suas raízes, suas ‘causas’. A mera dissuasão e deixa raízes intactas. De outro lado, a prevenção deve ser contemplada, antes de tudo, como prevenção ‘social’, isto é, como mobilização de todos os setores comunitários para enfrentar solidariamente um problema ‘social’. A prevenção do crime não interessa exclusivamente aos poderes públicos, ao sistema legal, senão a todos, à comunidade inteira. Não é um corpo estranho, alheio à sociedade, senão mais um problema comunitário. Por isso, também convém distinguir o conceito criminológico de prevenção – conceito exigente e pluridimensional – do objetivo genérico, de pouco êxito, por certo, implicitamente associado ao conceito jurídico penal de prevenção especial: evitar a reincidência do condenado. Pois este último implica uma intervenção tardia no problema criminal (déficit etiológico); de outro lado, revela um acentuado traço individualista e ideológico na seleção dos seus destinatários e no desenho dos correspondentes programas (déficit social); por fim, concede um protagonismo desmedido às instâncias oficiais do sistema legal (déficit comunitário).

Assim, a previsão de tipos com responsabilidade objetiva, presumida ou sem culpa; ou ainda, delitos “sem ação” (punindo situações puramente subjetivas de imoralidade sem a exteriorização de manifestações concretas) ou “sem ofensa” (prescindindo da lesão de bens jurídicos concretos ou reprimindo antecipadamente a simples colocação abstrata em perigo) e sem separação entre o direito e a moral; ou, ainda, da previsão de tipo de auto (técnica punitiva que criminaliza imediatamente a interioridade ou a identidade subjetiva do réu – como, p. ex., o inimigo do povo pelo stalinismo ou nas punições baseadas meramente em concurso moral e no delito associativo, sem qualquer fato específico, mas fundadas apenas nos antecedentes ou identidade social, com o pretexto de combater a criminalidade organizada); caracterizam um direito penal autoritário, que prescinde da legalidade, culpabilidade, materialidade, lesividade e retributividade.

Nem se olvide da irracionalidade do modelo punitivo que premia os tipos de mera prevenção, que suprime o fato delituoso, punindo a mera suspeita de delitos cometidos, mas não provados, ou o mero perigo de delitos futuros. A punição assume a natureza de medida

---

<sup>33</sup> MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. *Criminologia*. 3. ed. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2000, p. 334.

preventiva de desvio em vez de retributiva, que exigiria a comprovação e punição dos fatos delituosos já ocorridos.

É preciso considerar ainda a semântica “garantismo” que apresenta três significados:

a) para um primeiro significado, garantismo é um modelo normativo de direito, ou seja, representa um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente<sup>34</sup>.

Garantismo é um atributo funcional do Estado de Direito, no sentido do poder judicial de punir os crimes ser *sub lege* e o Poder Legislativo de definir os crimes ser *per leges*, embora também este esteja *sub lege* em razão da norma constitucional. Poder *sub lege* significa que o poder deve ser conferido e exercitado por lei (sentido formal) ou que o poder deve ser limitado pela lei, no sentido da forma e conteúdo (sentido substancial).

Disto decorre que a legalidade pode ser de validade formal, em que os poderes e as suas formas de exercício são predeterminados, ou de validade substancial com prévia circunscrição das matérias de competência e os critérios de decisão.

Nesse sentido, o garantismo encontra na legalidade um aspecto formal, quando o poder está subordinado às leis com controle de legitimidade pelos juízes, e um aspecto substancial com a funcionalização do poder à garantia dos direitos fundamentais através da limitação constitucional com vedação de lesão aos direitos de liberdade ou com obrigação da satisfação de direitos sociais.

Desta forma, o poder é limitado na sua forma e conteúdo, estabelecendo o Estado democrático (forma de governo expressa pela soberania popular através do sufrágio) e o Estado de direito (estrutura de poder com garantias fundamentais estabelecendo limites à liberdade pessoal e obrigando a promoção social).

Ou seja, as garantias liberais negativas impõem um limite para defender ou conservar os direitos (vida, liberdade, imunidade contra arbítrio, meio ambiente) e as garantias sociais positivas funcionalizam aquisições de condições sociais de vida para satisfazer direitos (trabalho, saúde, instrução, habitação, subsistência).

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 786-787.

Por decorrência, é possível um Estado de direito mínimo na esfera penal com a garantia de liberdade (restrições excepcionais) e limitação da atividade repressiva e ao mesmo tempo um Estado de direito máximo na esfera social com a expansão das obrigações sociais.

Quanto mais se expandem os direitos e garantias maior a diversificação ente a normatividade e efetividade, à medida que aumentam as possibilidades de serem violados os deveres ou de não serem realizados os valores previstos.

Disto decorre a ilegitimidade jurídica do Estado de direito em razão da virtualidade (sem efeito real) das promessas formuladas na lei ou da vontade dos direitos ou interesses que nunca são realizados.

Logo, para este primeiro significado, garantismo designa um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores posta para a tutela de direitos fundamentais.

b) num segundo significado, garantismo designa uma teoria jurídica de validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela existência ou vigor das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantêm separados o “ser” e o “dever ser” *no* direito; e, aliás, põe como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a como antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas<sup>35</sup>.

Assim, como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade se apresenta como mera legalidade (fonte formal de vigor das normas jurídicas que representa uma garantia de certeza e de liberdade contra os poderes desregulados) ou como estrita legalidade (fonte substancial de validade das normas jurídicas que representa uma técnica de positivação e estabilização dos direitos fundamentais).

A teoria garantista parte da distinção do vigor da norma tanto na sua validade como na sua efetividade, em razão da hierarquia das normas (as superiores como padrão às inferiores); previsão nas normas superiores do processo de formação das inferiores, como sendo necessário para efetividade daquelas e validade destas; normas inferiores violam as superiores ou vigor simultâneo de uma inválida ou não efetiva, causando antinomias; consequente ilegitimidade jurídica caracterizada por ser não efetiva

---

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 786-787.

Uma lei existe ou está em vigor aparentemente pelo texto legislativo não anulado, porém o Juiz poderá não a aplicar, desde que a reconheça como inválida pela violação à Constituição, ou seja, é sua tarefa valorar a validade da norma sob o parâmetro formal ou substancial.

Para que uma norma esteja em vigor, basta que respeite as condições de validade formal (formas e procedimento do ato normativo, competência do órgão que emana e adimplemento de fatos). Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda condições de validade substancial (resguardar o conteúdo – significado; respeito aos valores como igualdade, liberdade, garantias dos cidadãos etc.).

Desta forma, os juízos de validade consistem na valoração da conformidade com os valores expressos nas normas superiores (como os direitos invioláveis dos cidadãos), não bastando as condições formais que consentem no vigor, ou seja, devem ser respeitados no Estado de direito os requisitos de validade formal e substancial.

No âmbito penal, para que um fato como seja considerado suficiente no Estado de direito, a lei deve ser vigente e válida, ou seja, deve estar de acordo com as normas superiores no sentido formal e substancial, para que o Juiz possa aplicá-la.

A contrário senso, o Juiz tem um poder de reprovação, através do juízo de valor, das leis inválidas, pois a técnica do garantismo consiste na inclusão de valores (limites ou deveres) nos níveis mais altos do ordenamento, tornando-os juízos de validade sobre as normas de níveis mais baixos.

Portanto, para o segundo significado, garantismo designa uma teoria jurídica que permite a crítica e a perda da legitimação desde o interior das normas vigentes inválidas.

c) o terceiro significado de garantismo designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” *do* direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 786-787.

Garantismo está baseado, neste contexto, na rígida separação entre direito e moral, entre validade e justiça ou entre o ponto de vista jurídico (interno) e o ponto de vista ético-político (externo).

O pensamento penal sempre foi dividido entre a ideia de autojustificação do direito penal como valor em si ou como imediata atuação de valores ontológicos e metajurídicos (legitimação interna ou jurídica, que justifica o direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos), e a ideia de heterojustificação como instrumento oneroso de tutela de interesses concretos e vitais dos cidadãos (legitimação externa ou moral, que funda sua finalidade social e justifica as instituições políticas e jurídicas).

Luhmann caracteriza-as como autopoiéticas (o Estado é um fim, possuindo valores ético-políticos, que deverão ser funcionalizados para a conservação dos direitos, subordinando-o, a sociedade e o indivíduo – visão interna) e heteropoiéticas (o Estado é meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão e politicamente ilegítimo se não os garante – visão externa, em que sociedade e pessoas são os fins e valores que devem ser tutelados pelo Estado).

No sentido filosófico-político, o garantismo consiste essencialmente na fundação heteropoiética do direito, estando separado da moral, ou seja, consiste, por um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; e, por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizando apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.

Assim, a finalidade e justificação heteropoiética do direito e do Estado é a satisfação dos direitos fundamentais, sendo a política (dever ser político) a dimensão axiológica do agir social, na qual a sujeição da pena (obrigação política) tem apenas o caráter jurídico (e não moral), impondo aos cidadãos a obrigação de obedecer às leis e de sujeitarem-se ao direito e ao Estado.

Entre nós tais características se fazem presentes nos Tratados Internacionais, que foram ratificados pelo Brasil, e pelos princípios e normas previstas na Constituição Federal e na legislação ordinária.

Foram ratificados os seguintes Tratados Internacionais que contemplam as características mencionadas do garantismo: a) Carta das Nações Unidas (em 21.09.1945 – oficializa a Organização das Nações Unidas); b) Declaração Universal dos Direitos Humanos (em 10.12.1948); c) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em 24.01.1992); d)

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em 24.01.1992); e) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (em 28.09.1989); f) Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (em 01.02.1984); g) Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (em 27.03.1968); h) Convenção sobre os Direitos da Criança (em 24.09.1990); i) Convenção Americana de Direitos Humanos (em 25.09.92); j) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (em 20.07.1989); k) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (27.11.1995); l) Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (em 25.09.2002); m) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003), e a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948).

Na Constituição Federal, temos os seguintes princípios e normas garantistas: Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/1988); Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inc. III, da CF/1988); Prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc. II, da CF/1988); Inviolabilidade do Direito à Liberdade (art. 5º, *caput*, da CF/1988), Inviolabilidade do Direito à Igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/1988); Vedação à Tortura e Tratamento Desumano ou Degradante (art. 5º, inc. III, da CF/1988); Inviolabilidade do Domicílio (art. 5º, inc. XI, da CF/1988), Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações (art. 5º, inc. XII, da CF/1988); Direito de Petição (art. 5º, inc. XXXIV, *a*, da CF/1988); Coisa Julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/1988); Juiz Natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/1988); Princípio da Legalidade (art. 5º, inc. XXXIX, da CF/1988), Irretroatividade Penal (art. 5º, XL, da CF/1988); Tutela de Direitos e Liberdades Fundamentais (art. 5º, XLI, da CF/1988); Pessoaalidade (art. 5º, XLV, da CF/1988); Individualização da Pena (art. 5º, XLVI, da CF/1988); Humanização da Pena (art. 5º, XLVII, da CF/1988); Respeito à Integridade Física e Moral (art. 5º, XLVIII, XLIX, L, da CF/1988); Devido Processo Legal (art. 5º, inc. LIV, da CF/1988); Contraditório e Ampla Defesa (art. 5º, inc. LV, da CF/1988); Inadmissibilidade da Prova Ilícita (art. 5º, inc. LVI, da CF/1988); Presunção do Estado de Inocência ou Não Culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF/1988); publicidade (art. 5º, LX), Direito ao Silêncio (art. 5º, LXIII), Prisão Legal (art. 5º, incs. LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, CF/1988); Liberdade Provisória (art. 5º, inc. LXVI, da CF/1988); Proporcionalidade Penal (fundamento constitucional da proporcionalidade penal reside na: a) dignidade da pessoa humana<sup>37</sup> (art. 1º, inc. III); b) no critério de justiça<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> BÁRTOLI, Márcio Orlando. Prisão cautelar e princípio da proporcionalidade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, n. 119 Esp., p. 11-12, out. 2002.

(Preâmbulo da Constituição); c) na resposta proporcional ao agravo<sup>39</sup> (art. 5º, inc. V); d) na individualização da pena<sup>40</sup> (art. 5º, inc. XLVI); e) na humanização da pena<sup>41</sup> (art. 5º, inc. XLVII); f) no devido processo legal<sup>42</sup> (art. 5º, inc. LIV); g) princípios que decorrem dos Tratados Internacionais<sup>43</sup> (art. 5º, § 2º)); Ressocialização da Pena (fundamentada nos princípios da humanização da pena (art. 5º, inc. XLVII) e na individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI)); Razoável Duração do Processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/1988); Duplo Grau de Jurisdição (art. 92 da CF/1988).

Há, ainda, outras garantias decorrentes do Estado Democrático de Direito, como o Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos (também denominado Princípio da Ofensividade ou da Lesividade), Princípio da Intervenção Mínima, da Subsidiariedade e da Fragmentariedade, Princípio da Efetividade, Princípio da Proporcionalidade.

Com relação à delação premiada, observamos que o mencionado instituto se distancia do garantismo em alguns aspectos, como - por exemplo - o inegável prejuízo ao contraditório e à ampla defesa pelo fato do delatado não conhecer o conteúdo das declarações do delator até o oferecimento da denúncia (art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013).

A expressa renúncia ao direito ao silêncio (art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013) viola o art. 5º, inc. LXIII, CF/1988. O princípio da proporcionalidade pode ser violado quando o art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013 prevê o perdão sem qualquer critério, como no caso dos irmãos Batista (Joesley e Wesley), que teriam cometido 240 crimes, que poderiam redundar numa pena entre 400 anos.

A violação da jurisdicionalidade ocorre na oportunidade do Delegado (art.4º, §2º, Lei 12.850/13) ou o Ministério Público, quando acordam uma pena ou o perdão, cabendo ao juiz apenas a homologação, pois não pode o adentrar ao conteúdo, limitado a verificação da legalidade, regularidade e voluntariedade (art.4º, §7º, Lei 12.850/13). Assim, caso dos irmãos Batista (Joesley e Wesley) quem pactou o perdão foi o órgão do Ministério Público.

É preciso que consideremos a violação do princípio da Presunção de Inocência quando é celebrada a delação cujo o cumprimento é exigido após a sua celebração, sem que existe a sentença penal condenatória transitada em julgado. A violação da legalidade penal decorre

---

<sup>38</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal, parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 93.

<sup>39</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.64.

<sup>40</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1, p. 33.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 69-72.

<sup>43</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. (s/l): Brasília Jurídica, 2003, p. 95.

(dentre outras hipóteses) nos casos de redução de pena superior a  $2/3$  como previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013. Há outras violações que serão expressamente analisadas adiante.

## 4 DELAÇÃO PREMIADA

### 4.1 CONSIDERAÇÕES

#### 4.1.1 Tensão Entre Garantia e Efetividade

A delação premiada emerge no contexto de questionamento sobre a tensão entre garantias e efetividade, em que o Estado de Direito almeja ser eficiente na aplicação da lei penal quando houver o cometimento de crimes, através da concreção do poder punitivo, por meio da força estatal. No entanto, é indispensável resguardar os direitos fundamentais.

O Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, os direitos e garantias fundamentais impõem limites na aplicação do *ius puniendi*, ainda que isto importe na impunidade de algumas condutas, pois se trata de legitimar o poder de punir somente nesta configuração constitucional. Nesse sentido, a efetividade do processo penal é avaliada a partir do respeito às normas e princípios insculpidos na Constituição.

O processo penal deve cumprir os princípios e normas constitucionais e, após o devido respeito a eles, pode se efetivar a aplicação da lei penal. De maneira que – observando os limites constitucionalmente estabelecidos – pode atingir-se a condenação no processo penal, mas o nível de efetividade não é medido pelo número de decisões condenatórias.

O processo penal é efetivo quando observa o conjunto de direitos e garantias instituídas na Constituição Federal, nos Tratados Internacionais (dos quais somos signatários) e da legislação ordinária (à medida que não viole a Constituição e os Tratados Internacionais).

Porém, a questão sempre é posta neste reducionismo: o processo garantista é ineficiente porque pode condenar menos. Ledo engano! O processo penal é eficiente quando observa os direitos e as garantias previstas na Constituição, Tratados e legislação.

Aury Lopes Jr.<sup>44</sup> ressalta que “a finalidade do ato processual cuja lei prevê uma forma, é dar *eficácia ao princípio constitucional* que ali se efetiva. Logo, a forma é uma garantia de que haverá condições para a efetivação do *princípio constitucional* (nela contido)”. E acrescenta<sup>45</sup> “o sistema de garantias da Constituição é o núcleo imantador e legitimador de todas as atividades desenvolvidas, naquilo que concebemos como a instrumentalidade constitucional do processo penal; é dizer, um instrumento a serviço da *máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição*”.

---

<sup>44</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 948.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 954.

Marcelo A. Riquert<sup>46</sup> adverte que a esta ideia de “máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição” se contrapõe à concepção efficientista que deita raiz nos regimes absolutistas medievais:

*Donde la averiguación de la verdad justificaba su logro por cualquier medio, el acusado era castigado desde el inicio del proceso en que se le presumía culpable y tenía deber de confesión. Como afirma el nombrado, no es fácil borrar del inconsciente colectivo la impronta de todo ese tiempo pasado, traducido en la tendencia de algunas políticas actuales hacia el logro e un Estado penalmente “eficiente”, entendido como uno “fuerte”, “enérgico”, dotado de un instrumental y medios amenazantes de los derechos del sometido a proceso. Se construye una investigación, al decir de De Luca, presidida por una filosofía “fundamentadora”, que considera que la justicia debe librar ou luchar una guerra contra la delincuencia, que parte de la base de extraer de las personas la mayor porción de la información para descubrir y comprobar la perpetración de hechos delictivos y la responsabilidad de distintos individuos en ellos, que vuelve a entronizar a la confesión como reina de las pruebas y a producirlas a espaldas del imputado que no debe enterarse lo que se está gestando en su contra, quien permanecerá preferentemente en prisión preventiva bien publicitada como respuesta simbólica a la sociedad desde la prevención general, y confiar en nuevas formas de colaboración que siempre tienen por origen los dichos de alguien.*

Ademais, Marcelo A. Riquert<sup>47</sup> adverte que – em face do arsenal inquisitorial de práticas atrozes – se manifestam as ideias iluministas que iniciaram o Estado de Direito através do controle do Estado:

---

<sup>46</sup> “Onde a averiguação da verdade justificava seu logro por qualquer meio, o acusado era castigado desde o início do processo no qual se presumida culpável e tinha o dever de confissão. Como afirma o nomeado, não é fácil apagar do inconsciente coletivo a impressão de todo o passado, traduzido na tendência de algumas políticas atuais para a realização de um Estado penalmente "eficiente", entendido como um "forte", "enérgico" dotado de um meio instrumental e ameaçador dos direitos do submetido ao processo. Se constrói uma investigação, de acordo com De Luca, presidida por uma filosofia "fundacional", que considera que a justiça deve livrar ou lutar uma guerra contra a delinquência, que parte da base de extrair das pessoas a maior porção de informação para descobrir e comprovar a perpetração de atos criminosos e a responsabilidade de diferentes indivíduos neles, que volta a entronizar a confissão como a rainha das provas e produzi-las nas costas do acusado que não deve inteirar-se do que se está preparado contra ele, quem permanecerá preferencialmente em uma prisão preventiva bem divulgada como uma resposta simbólica à sociedade desde a prevenção geral e confiar em novas formas de colaboração que sempre tem como origem os ditos de alguém.” (RIQUERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 26-27, tradução nossa).

<sup>47</sup> “Ante aos excessos no exercício do poder punitivo é que se levantam normas fundamentais de limites (garantias) para tornar operativa a dignidade da persona mediante a proteção dos direitos individuais. No seu traslado ao cenário do processo penal, enquanto que o Estado sob imperativo dos princípios da legalidade e oficialidade se encontra obrigado a exercer seus poderes de persecução e reação penal, o imputado dispõe de uma série de direitos fundamentais que lhe dotam da faculdade de defender-se atuando contra aquele poder. Segundo De Luca, estaríamos frente a uma investigação guiada por uma filosofia "instrumental", de donde administrar justiça num Estado de Direito é algo totalmente distinto de transformar-se num justiceiro, a lei e o juiz penal não ganham nenhuma guerra quando condena, nem perdem quando se absolve a um suspeito” (Ibidem, p. 27, tradução nossa).

*Ante los excesos en ejercicio del poder punitivo es que se enarbolan normas fundamentales de límites (garantías) para tornar operativa la dignidad de la persona mediante la protección de los derechos individuales. En su traslado al escenario del proceso penal, mientras que el Estado bajo imperativo de los principios de legalidad y oficialidad se encuentra obligado a ejercer sus poderes de persecución y reacción penales, el imputado dispone de una serie de derechos fundamentales que le dotan de la facultad de defenderse actuando contra aquel poder. Siguiendo a De Luca, estaríamos frente a una investigación guiada por una filosofía "instrumental", donde administrar justicia en un Estado de Derecho es algo totalmente distinto de transofomarse en un justiceiro, la ley y el juez penal no ganan ninguna guerra cuando se condena, ni pierden cuando se absuelve a un sospechoso.*

Por fim, conclui Marcelo A. Riquert<sup>48</sup> lembra que a delação premiada pode subverter o sistema de garantias, admitindo-a em caráter excepcional:

*la delación es una actividad de colaboración con el interés estatal, subvierte el orden mencionado y, como se verá, en el fondo, potencialmente puede poner en seria crisis todo el sistema de garantías. Estou a es suficiente para rechazarla o, al menos, demandar que su admisión sea con carácter estrictamente excepcional.*

É importante ressaltar o caráter estritamente excepcional quando resguardado a determinados casos (as legislações regulamentam a delação sob determinadas condições), observando ainda a Constituição como limite essencial para vigência do mencionado instituto.

É certo que a delação premiada pode romper com postulados do Estado Democrático de Direito (além da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos, os direitos e garantias fundamentais), com a possibilidade de violação do *nemo tenetur se detegere* (direito ao silêncio), desrespeito ao princípio devido processo (contraditório, inadmissibilidade de prova ilícita), podendo promover a introdução do paradigma do direito penal do inimigo e a distorção da verdade processual, num processo ofensivo, em que o juiz se torne inimigo do acusado.

Nesse sentido, é preciso considerar que a delação premiada está inserida no contexto de consenso e negociação entre Ministério Público e Acusado/Investigado, sendo que este pacto pode romper com postulados do Estado Democrático de Direito. Por isso, muito oportuna a manifestação Aury Lopes Jr.<sup>49</sup>:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou

<sup>48</sup> RIQUEERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 28.

<sup>49</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 796.

prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar a perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.

Desse modo, as complexidades e os desafios da sociedade mundial contemporânea decorrentes da sociedade do risco questionaram o modelo clássico de política criminal no intuito de se promover uma resposta que atendesse às pretensões de segurança. Ganhou relevância a retórica da efetividade através da reação desmedida do endurecimento na legislação penal, instrumentalizada por vocalizar a flexibilização de garantias e – por decorrência – se propõe como solução o uso desmedido da delação premiada.

É manejada uma política de espetáculo e um simbolismo de máxima eficiência da punição através das operações em evidência, ainda que – em muitas hipóteses – haja uma significativa violação aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. O uso desmedido da delação premiada e a conseqüente violação da Constituição promovem um uso irracional do poder de punir (com a proporcionalidade violada em vários casos) e aproximam-se de medidas autoritárias, que se afastam do processo penal democrático.

É preciso considerar, ainda, que o Direito Penal incorpora a administrativização com a recepção de conceitos menos rígidos para a aplicação da pena, como nas hipóteses de transação penal e delação premiada, nas quais ocorrem perdas de garantias, num discurso sustentado de maior eficiência. Nesse sentido, é imperioso destacarmos as potenciais violações constitucionais da Lei 12.850/2013 e propormos algumas medidas.

#### 4.1.2 Terminologia e Natureza

**Terminologia:** A Lei 12.850/2013, ao regulamentar o instituto objeto do presente estudo, emprega a terminologia colaboração premiada, esquivando-se da expressão delação premiada, por certo em razão do significativo questionamento ético que pesa sobre a conduta de delatar, a traição como forma de obtenção de vantagem e o estigma de dedo-duro.

Heráclito Antônio Mossin e Júlio César Mossin<sup>50</sup> ressaltam a mudança terminológica de delação para colaboração em razão do estigma de *entregar o comparsa*:

O legislador na hipótese da organização criminosa, preferiu utilizar o termo “colaboração premiada”, ao invés de “delação premiada” como sempre foi

---

<sup>50</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. *Delação premiada – aspectos jurídicos*. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 155.

usual. Percebe-se, claramente, que a mudança de denominação teve por meta tentar suavizar a conduta do agente que “entrega” seu comparsa de prática delitiva, já que o termo delação revela bastante carregado.

Em que pese a expressão pretender demonstrar ser o aderente um “colaborador” da justiça, a essência do instituto é um negócio (acordo) para a identificação dos outros autores e partícipes (autoria) em troca da para obtenção de perdão/redução da pena ou sua substituição por uma restritiva de direitos. Logo, deve ser uma genuína delação premiada, até porque, historicamente, o termo esteve muito vinculado ao regime ditatorial, em que a adesão se justificava para se esquivar da tortura.

Com acerto Guilherme Nucci sobre trata-se o instituto da Lei 12.850/2013 como ontologicamente uma delação premiada em razão da finalidade de identificar elementos sobre a autoria e materialidade:

Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas aquela na qual se descobre os dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém.<sup>51</sup>

No entanto, a Lei 12.850/2013 regulamenta a delação premiada, pois o intuito é identificar autor/partícipe e respectiva prova da existência do crime, bem como revelar estrutura hierárquica de organização, ou seja: a finalidade é obter prova para acusar ou denunciar.

Desse modo, trata-se de delação premiada, na qual o agente que delata outro (s) autor (es) com a promessa do benefício da redução ou perdão da pena. O objetivo da alteração da terminologia para colaboração premiada foi atenuar o estigma de delator, muito vinculado historicamente à ditadura militar.

---

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 9 ed. São Paulo: Forense, 2016, v. 2, p. 702.

**Natureza:** Sendo um instituto de direito processual penal, o art. 3º, inc. I, da Lei 12.850/2013 caracteriza a colaboração premiada como um “meio de obtenção da prova”<sup>52</sup>. A delação premiada consiste num instrumento para colher prova, fundada num utilitarismo manifesto no interesse da persecução criminal para alcançar (a partir de meios a serem identificados pela delação) a responsabilidade criminal de outros integrantes da organização criminosa e no interesse do delator no perdão judicial, diminuição ou substituição da pena privativa de liberdade ou, ainda, na imunidade judicial.

É preciso considerar que prova se caracteriza pela demonstração do fato apontado como crime. Por sua vez, os meios de obtenção da prova são instrumentos para identificar as provas, ou seja: buscam meios de prova para demonstrar o fato apontado como criminoso, mas não provam o fato criminoso.

Gilson Dipp<sup>53</sup> cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido da delação premiada não se constituir como meio de prova, mas meio de obtenção dela:

Nesse aspecto, vale conferir recente julgado do *Supremo Tribunal Federal* no HC 90.688-PR (Rel. Lewandowski, 1ª T, DJe 25.04.2008, maioria, “II – Sigilo do acordo de delação que, por definição, não pode ser quebrado”) a respeito do pretendido direito a acesso ao teor do acordo de delação premiada. Nessa ocasião a Corte fixou entendimento de *não constituir esse documento meio de prova, mas meio de obtenção dela* assim não se submetendo necessariamente ao contraditório ou ampla defesa, podendo manter-se sobre ele o sigilo às demais partes (não envolvidas no acordo) ou interessados, enquanto conveniente para a instrução ou até que a lei o dispense.

---

<sup>52</sup> O STF no *Habeas Corpus* 127.483/PR – Relator Min. Dias Toffoli reconheceu ser a delação premiada meio de obtenção de prova: “Como se observa, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços (no sentido de vestígios ou indícios) ou declarações) dotados de capacidade probatória”, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova. Nesse sentido, dispõe o art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013 que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação” (HC nº 75.226/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/97), e de que “a chamada de *corrêus*, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento ancilar da decisão” (HC nº 90.708/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/4/07). Mais recentemente, na AP nº 465/DF, Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30/10/14, o Supremo Tribunal Federal voltou a ressaltar que a delação de *corrêus* não pode servir como elemento decisivo para a condenação. Como destacado nesse julgado,“(s)egundo a nossa consolidada jurisprudência, admite-se a invocação da delação, desde que ela não constitua o fundamento exclusivo da condenação (*Habeas Corpus* ns. 75.226, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19.9.1997; e 71.813, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.2.1995; e o Recurso Extraordinário n. 213.937, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.6.1999).

<sup>53</sup> DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>> Acesso em: 25 nov. 2017, p. 9.

Ademais, trata-se de um *termo de acordo voluntário* para identificar autores, crimes, estrutura hierárquica, recuperação dos produtos, localização da vítima e prevenção de novos crimes, nos termos do art. 4º, incs. I a V, da Lei 12.850/2013. A partir do termo de acordo voluntário, é possível ir ao encalço da prova, como na hipótese de um delator indicar a lavagem de capitais através de um contrato e, posteriormente, o órgão persecutório identificar o mencionado contrato. Logo, é um meio para obtenção de provas, em que se poderá constituir um meio de prova.

Afrânio Silva Jardim<sup>54</sup>, por sua vez, destaca a natureza da delação premiada como um “negócio jurídico processual” num contexto de justiça negociada: “Também não tenho grandes restrições ao novo ‘instituto’, que julgo ter a natureza de negócio jurídico processual”.

A natureza da delação premiada deve ser analisada a partir do contexto de justiça negociada, como um meio de obtenção da prova através do acordo voluntário, não sendo confissão porque – além do reconhecimento atingir o confitente – dirige-se também contra um terceiro, tampouco se constitui como testemunho, por ser o averiguado ou acusado pessoa intensamente interessada no objeto do processo.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 127.483 – a partir do voto da lavra do Rel. Min. Dias Toffoli –, definiu ser a o acordo de delação premiada um meio de obtenção de prova: “o acordo de colaboração é *meio de obtenção de prova*”.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça – no *Habeas Corpus* 69.988/RJ, sendo Relator o Min. Reynaldo Soares da Fonseca – também conceituou como *meio de obtenção de prova* de um negócio jurídico a natureza jurídica da delação, fundamentando-se no mencionado HC 127.483:

A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, *meio de obtenção de prova* advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem.

### 4.1.3 Histórico e Direito Comparado

---

<sup>54</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

## Histórico

Entre os antecedentes históricos Marcelo A. Riquert<sup>55</sup> destaca o direito penal romano, no qual *“existía la de eximir de pena al “delator” por via de amnistia dispuesta por el Senado”*.

No entanto, as remições históricas apenas demonstram o caráter utilitarista da delação, passando – muitas vezes – pela impossibilidade (ou significativa redução) do direito de defesa/contraditório, sendo acompanhada por provas ilícitas (emprego de tortura), em geral num processo sigiloso, autoritário (identificada em grande medida na ditadura militar), em que a única finalidade era a condenação. Isto demonstra historicamente ser a delação um instituto que não premia o Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, os direitos humanos e os direitos individuais, com poderemos observar nos exemplos abaixo:

É possível identificar traços indicativos da delação premiada na igreja primitiva, com o advento de Judas Iscariotes ao estabelecer uma colaboração em troca do prêmio, no caso trinta moedas de prata, conforme é possível identificar-se no evangelho de Mateus, capítulo 26, versículo de 14-16:

Então, um dos Doze, chamado Judas Iscariotes, dirigiu-se aos chefes dos sacerdotes e lhes perguntou: “O que me darão se eu o entregar a vocês?” E eles lhe fixaram o preço: trinta moedas de prata. Desse momento em diante Judas passou a procurar uma oportunidade para entregá-lo.

Nesse sentido, André Nicolitt<sup>56</sup> faz uma incursão histórica reconhecendo desde o cristianismo, passando pelas Ordenações Filipinas, inconfidência mineira para reconhecer os rudimentos originários da delação premiada:

Primeiramente, as notícias remotas que temos sobre delação premiada estão ligadas à história do cristianismo, quando Judas delatou Cristo por algumas moedas. Na história do Brasil, a inconfidência mineira é outro exemplo da delação premiada, quando Tiradentes foi investigado e processado a partir da delação premiada de Silvério dos Reis. A legislação da época, as Ordenações Filipinas, davam tom ao instituto muito semelhante à legislação atual, vale transcrever:

*“Livro V, Título 6, Parágrafo 12, das Ordenações Filipinas: “E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo*

<sup>55</sup> RIQUEERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el “arrepentido”: una “técnica especial de investigación” en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 49.

<sup>56</sup> NICOLITT, André. *Colaboração premiada pode ser tortura*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

*logo, se o descobrir depois per espaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem outra mercê. E em todo o caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar saber. ”*

Nas Ordenações Filipinas também estava prevista e legalizada a prática de tortura em larga escala.

A delação foi muito utilizada também no período da ditadura militar no Brasil, não como instituto jurídico, mas como forma de se livrar da tortura comum aquele regime autoritário.

No mesmo sentido, Márcio Augusto Friggi de Carvalho<sup>57</sup> identifica as origens da delação premiada nas Ordenações Filipinas:

Efetivamente, as *Ordenações Filipinas*, que vigoraram no país entre 11 de janeiro de 1603 (publicação sob o reinado de Felipe II de Portugal) e 16 de dezembro de 1830 (antes da entrada em vigor do Código Criminal do Império), traziam no Livro V, Título CXVI, disciplina sobre a colaboração premiada com o enunciado “*como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão*” (redação original). O texto em apreço estabelecia que o responsável por infração penal que delatasse comparsa seria perdoado e, em determinada situação, receberia também contrapartida financeira.

Pedro Henrique Carneiro da Fonseca<sup>58</sup> acrescenta Conjuração Mineira, Conjuração Baiana e Ato Institucional n° 5, como momentos históricos nacionais, nos quais se identificam traços significativos da delação premiada:

Na história do Brasil (SANTOS, 2006), nota-se a delação em conflitos políticos como a Conjuração Mineira de 1789, em que alguém teve a maliciosa ideia de se livrar de problemas financeiros delatando colegas e, conseqüentemente, condenando-os à forca. Foi assim que o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de uma dívida. Quase no mesmo momento histórico da denúncia de Joaquim, dois outros sujeitos também denunciaram o movimento ao Governador Luiz Antônio Furtado de Mendonça. A conseqüência da denúncia foi o esquiteamento de Joaquim José da Silva Xavier em Vila Rica.

Na Conjuração Baiana, de 1798, o soldado Luiz das Virgens foi delatado por um capitão de milícias e, também, a conseqüência da denúncia foi a morte em troca de favores e em prol de interesses. Na ditadura militar, principalmente depois do Ato Institucional n° 5, era constante a delação de

<sup>57</sup> CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. *Colaboração premiada*. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gfe\\_rd=cr&ei=X\\_QaWMe4BIuq8wf3\\_4DYDA#q=dela%C3%A7%C3%A3o+premiada+ou+colabora%C3%A7%C3%A3o+premiada&start=10](https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=X_QaWMe4BIuq8wf3_4DYDA#q=dela%C3%A7%C3%A3o+premiada+ou+colabora%C3%A7%C3%A3o+premiada&start=10)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>58</sup> FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada\\_Fonseca.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada_Fonseca.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 13 nov. 2016.

figuras importantes da política brasileira, bem como de artistas, sempre com a intenção de se evitar uma prisão ou até mesmo a tortura.

Carlos Alberto Chiara Díaz e Mariano La Rosa<sup>59</sup> identificaram no direito argentino o “*Proyecto Tejedor de 1885, que enumeraba, como causa genérica de atenuación de la pena ‘si (el culpable) revela la existencia de nuevos culpables desconocidos a la justicia, o da de motu proprio los medios ya ocasión de prenderlos’*”.

Abraão Soares dos Santos<sup>60</sup> destaca o instituto da delação no Golpe Militar (1964) e no AI5: “Em nossa história recente os fatos constantes em relatos que todo dia nos surpreendem novas publicações sobre o Golpe Militar de 1964 e seu recrudescimento a partir de 12 de dezembro de 1968 (Ato Institucional nº 5), *inclui a delação em condições adversas* por figurões de vida política brasileira ‘acima de qualquer suspeita’”.

Posteriormente, foi prevista na Lei de Organizações Criminosas (art. 6º da Lei 9.034/1995), nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986 (incluído pela Lei 9.080, de 19.7.1995), nos crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990), Lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998), Proteção a Vítimas e a Testemunhas (arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999), Infrações contra a Ordem econômica (art. 35B da Lei 8.884/1994), Lei de Drogas (art. 41 da Lei 11.343/2006), Lavagem de dinheiro (art. 2º, § 5º, da Lei 12.683/2012) e Organização Criminosa (art. 4º da Lei 12.850/2013). Por sua vez, a Lei 12.850 decorre do Projeto de Lei 150/2006 do Senado, apresentado pela senadora Serys Slhessarenko, na Câmara – transformou-se no Projeto de Lei 6.578/2009, regulamentou de forma mais adequado (ao procedimento, à legitimidade, garantia das partes) ao instituto da delação.

Desse modo, trata-se de um instituto previsto no ordenamento jurídico há mais de vinte e cinco anos, sendo regulamentado pela Lei 12.850/2013 sob o nome de colaboração premiada.

Gustavo Badaró<sup>61</sup> destaca ser a regulamentação na Lei 12.850 a mais completa e detalhada considerando as demais leis:

---

<sup>59</sup> DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, t. 2, p. 59.

<sup>60</sup> SANTOS, Abraão Soares dos. *A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13474-13475-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

<sup>61</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 453.

de todos os regimes de delação premiada, o mais completo e detalhado é o da Lei da organização criminosa (Lei 12.850/13, art. 4º a 6º), que estabelece a regra em comento, no §16 do art. 4º. Sua aplicação, contudo, não será limitada a “colaboração processual” no âmbito da criminalidade organizada.

Acrescenta Badaró<sup>62</sup> que a regulamentação inserida na Lei 12.850 aplica-se a todos os demais casos de delação premiada:

Terá incidência também, por analogia, a todo e qualquer caso de delação premiada. Isso porque, não há nada de peculiar ou especial, em relação ao crime organizado, que justifique essa restrição de valoração de delação premiada, que não se encontra nos outros regimes especiais que a preveem. Não é, pois, um caso de “lex specialis derogat generali”. O que inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um coimputado. E isso não é diferente se o agente colaborador participa de organização criminosa, de tráfico de droga, de lavagem de dinheiro ou de crime contra o sistema financeiro nacional. Atualmente, tem sua mais ampla disciplina na Lei do Crime Organizado – Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, em seus arts. 4º a 9º trata, sob a eufemística denominação “colaboração processual”, da popularmente denominada “delação premiada”, sendo este o modelo que se adotará como regra geral de análise.

Gilson Dipp<sup>63</sup> identifica uma evolução progressiva na legislação culminando com uma *disciplina bem mais elaborada e sistematizada na lei de proteção*, ressaltando que a delação premiada não se aplica aos crimes individuais:

A principal marca da disciplina legal relativa a essa forma de colaboração nos diferentes regramentos é que ela se refere sempre a crimes praticados por mais de um agente em forma de coautoria ou coparticipação, ou de organização criminosa ou quadrilha ou bando, de modo a deixar assente que a delação ou colaboração não se aplica aos casos de crimes individuais ou sem a característica de grupo, bando, quadrilha ou organização voltada para o crime.

Analisando – sob a perspectiva da interpretação teleológica – a Lei 12.850/2013 busca atenuar os malefícios da chamada lei do silêncio, a cultura da destruição da prova, crimes sem testemunhas presenciais, ineficácia dos meios tradicionais em face das novas formas de criminalidade, estimulando o fornecimento de informações dos próprios integrantes de organizações muito fechadas (nas quais a prova é muito difícil) e a qualidade da prova.

---

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>> Acesso em: 25 nov. 2017.

### Direito Comparado

É importante destacarmos que o estudo no direito comparado revela ser a delação adotada no crime organizado, máfia, terrorismo, tráfico de drogas, lavagem de capitais e nos crimes graves, porém pode violar os princípios do processo penal, como no caso de um inocente aceitar o acordo para não ser aplicada uma pena de morte ou ter um redutor na pena, ou na hipótese de pena sem o devido processo.

Na **Inglaterra**, há o precedente de delação com a obtenção de prêmio (perdão judicial) no denominado caso Rudd de 1775, no qual Margaret Caroline Rudd foi acusada da falsificação de letras do Tesouro, que fora praticada por Robert Perreau e Daniel Perreau, com quem mantinha um relacionamento. Rudd celebrou uma colaboração com a acusação revelando o esquema, sendo recompensada pelo perdão dos crimes e a proteção do Estado. Ao final, Rudd foi inocentada e Robert e Daniel enforcados (1776)<sup>64</sup>.

Precedente inglês também importante foi o denominado caso Blunt de 1964<sup>65</sup>. Anthony Frederick Blunt era agente da contraespionagem britânica, mas traiu o Reino Unido – tornando-se um espião a serviço da União Soviética, recebendo suborno da KGB pelo período de 1930 a 1950. Quando Anthony Blunt foi descoberto, houve um acordo para entregar um espião em troca do benefício da imunidade.

A legislação inglesa que versa sobre o combate ao crime organizado, denominada *Serious Organised Crime and Police Act 2005*, além de possuir capítulo próprio conferindo proteção a vítimas e testemunhas, prevê em seu capítulo 2.71, o instituto denominado *immunity from prosecution*, o qual possibilita ao promotor, para efeitos de investigação ou repressão a qualquer infração penal, conceder a qualquer pessoa a imunidade de acusação, mediante um aviso de imunidade, em troca de informações úteis à apuração de delitos<sup>66</sup>.

Na **Itália**, podemos destacar um incremento da delação no enfrentamento da máfia, caracterizado inicialmente por ser um movimento de resistência ao império do rei Nápoles, porém desde 1950 destina-se à prática criminosa. O denominado *pentitismo* surge com a *Lei Misure per la Difesa dell Ordinamento Costituzionale*<sup>67</sup>, em que o confitente especifica a

<sup>64</sup> <http://janiceascari.blogspot.com.br/2011/03/mulher-imprensa-machismo-e-colaboracao.html> .

<sup>65</sup> <https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2420/2/Francielle%20do%20Lago%20Marques.pdf> .

<sup>66</sup> FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 84. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_FerreiraCO\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2017.

<sup>67</sup> <http://www.archivio900.it/it/documenti/doc.aspx?id=368>.

prática de crimes de terrorismo e respectivos coautores, num contexto de arrependimento mediante prêmios previstos na legislação.

Podem ser destacadas as seguintes formas resolutivas consensuais baseadas no acordo entre acusação e defesa, caracterizando-se pela celeridade, economia processual, persecução abreviada e simplificação do processo, quais sejam: *giudizio abbreviato*, *patteggiamento*, *giudizio direttissimo*, *giudizio immediato* e *procedimento per decreto*:

- a) *giudizio abbreviato* (arts. 438-443): o acusado requer ao judiciário o rito abreviado (com redução do contraditório mais efetivo, dos poderes do órgão acusatório e do magistrado na escolha do procedimento), sendo-lhe facultado o estabelecimento de condições sobre produção de provas complementares às provas produzidas na fase preliminar, não havendo participação do órgão acusatório neste pedido; o procedimento prevê a possibilidade da redução da pena em 1/3 (um terço);
- b) *patteggiamento* (arts. 444-448): instituto típico de justiça consensual, em que o consenso da vontade da acusação e defesa para a substituição ou redução em um terço da pena a ser atribuída, sendo conferido ao magistrado a verificação de absolvição ou causa extintiva de punibilidade, porém é vedado ao controle judicial alterar a acusação ou pena; este instituto pode ser adotado nos crimes com pena privativa de liberdade até cinco anos; como o acusado pode requerer o *patteggiamento*, se houver discordância do órgão acusatório o juiz poderá acolher o pedido da Defesa se considerar descabidos os argumentos ministeriais para recusa;
- c) *giudizio direttissimo* (arts. 449-452): hipótese de flagrante delito ou de confissão no interrogatório, é possível a adoção do juízo direttissimo, é abolida a audiência preliminar, dirigindo-se diretamente para fase instrutória, sob o contraditório, decidindo-se na sequência o mérito);
- d) *giudizio immediato* (arts. 453-458): também envolve um procedimento mais abreviado, não havendo audiência preliminar porque as provas são evidentes e a aplicação de pena reduzida por ser requerido no prazo de 15 dias da data de designação da audiência de julgamento;
- e) *procedimento per decreto* (arts. 459-464): também ocorre a omissão da audiência preliminar e da fase do *dibattimento* e diminuição da fase das investigações preliminares; neste procedimento por decreto penal existe a possibilidade de condenação – a pedido do Ministério Público – ocorra após o final das

investigações preliminares, com aplicação de pena de multa, porém sem prévio contraditório. Se houver oposição do acusado, requerendo o *giudizio immediato*, o *patteggiamento*, ou o *giudizio abbreviato*.

Neste cenário, é importante ressaltar a sugestão do Giovanni Falcone para a adoção do sistema premiado de colaborações na Itália. Prevista no Código Penal italiano, a delação foi incentivada na década de 1970, sendo utilizada contra a máfia, destacando-se os depoimentos de Tommaso Buscetta. Na década de 1980, o instituto revelou-se muito eficaz nos processos para a averiguação dos crimes cometidos pela máfia<sup>68</sup>.

Acrescenta a mencionada autora a “Operação Mãos Limpas” da década de 1990 em face da corrupção política e econômica italiana. A *Mani Pulite* adotou a estratégia de incentivar a colaboração com a justiça através dos magistrados, iniciando-se com a prisão de Mário Chiesa, no qual sua colaboração desencadeou inúmeras outras investigações e prisões.

A delação premiada está prevista no Código Penal italiano no art. 289<sup>69</sup> que prevê o sequestro de pessoa com a finalidade de extorsão e art. 630<sup>70</sup> do CP que tipifica o sequestro com objetivo de extorsão.

Na **Alemanha**, o instituto da delação premiada é denominado “Regras do Testemunho Principal ou da Coroa” através da regulamentação do modelo *kronzeugenregelung*, pela qual o magistrado tem o poder discricionário para favorecer o delator, com perdão judicial ou redução da pena, que colabore voluntariamente ou frustre a execução do crime por organizações criminosas.

Por sua vez, a Lei de 9 de junho de 1989 impede a persecução penal do autor que esclarecer a autoria ou a materialidade do delito de terrorismo ou conexo e a Lei de Drogas alemã possui cláusula premial específica. Por sua vez, o Código Processual Penal prevê a delação para os crimes definidos no §100, item 2, abarcando um significativo número de crimes graves.

---

<sup>68</sup> FERREIRA, Heloisa Roberta de Mello. *A colaboração premiada no ordenamento jurídico constitucional*. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2026>.....> Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>69</sup> Art. 289 do CP italiano: “*Il concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà è punito con la reclusione da due a otto anni; se il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da otto a diciotto anni*”.

<sup>70</sup> Art. 630 do CP italiano: “*Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi*”.

Gilmar Mendes na Pet 7074 STF<sup>71</sup> abordou sobre a delação premiada no Direito Penal/Processual Penal alemão:

O instituto acabou por voltar ao ordenamento jurídico alemão com a introdução do § 46b à parte geral do Código Penal. Aplica-se aos casos em que o autor, tendo cometido infração punível com pena de prisão mínima ou sentença de prisão perpétua, tenha contribuído substancialmente para a descoberta de um crime previsto no § 100 do Código de Processo Penal do qual tenha diretamente participado, manifestando voluntariamente seu conhecimento, ou divulgue voluntariamente em tempo um crime previsto no §100a do Código de Processo Penal do qual tenha participado e cujo planejamento ele tenha conhecimento e possa ser evitado.

Acrescenta Gilmar Mendes na Pet 7074 STF<sup>72</sup> os parâmetros estabelecidos na mencionada legislação alemã:

O próprio dispositivo indica como deve ser a aplicação das penas pelo Tribunal: uma pena de prisão perpétua deve ser substituída por uma pena de prisão de não menos que 10 anos. A fim de determinar se uma infração é punível com aumento da pena mínima de prisão, apenas serão levados em consideração agravantes para casos de especial gravidade, mas mitigações não devem ser consideradas. Se o delator participar da infração, a contribuição para a sua descoberta deve exceder a sua contribuição. Em vez de uma redução na sentença, o tribunal pode ordenar a extinção da pena se o crime for punido apenas com pena de prisão fixa e o encarregado não seja condenado a uma pena que exceda 3 anos.

O Código Penal alemão StGB (*Strafgesetzbuch*), mais precisamente no § 129, n. 5, no qual se tem a previsão legal das *Kronzeugenregelung* consistente na possibilidade de aplicação de uma atenuante de pena ou perdão judicial caso o imputado voluntariamente empreenda sérios esforços para impedir a continuação da associação ou a prática delitativa, ou voluntariamente divulgando os seus conhecimentos, consiga evitar em tempo hábil uma prática delituosa<sup>73</sup>.

Com relação aos arrependidos, a Lei de Entorpecentes BtMG (*Betäubungsmittelgesetz*) de 28 de maio de 1981 prevê em seus § 31 e § 31a faculdade do

---

<sup>71</sup> CONJUR. *Voto Min. Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-revisao-delacao-stf.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>72</sup> *Idem*.

<sup>73</sup> FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 86. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_FerreiraCO\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2017.

órgão julgador atenuar a pena ou declarar seu perdão judicial em favor do imputado colaborador<sup>74</sup>.

Na **Espanha**, a delação é intitulada arrependimento (*arrepentimiento*), sendo originária da Lei Orgânica 3, de 25 de maio de 1988, em que – mediante a colaboração na identificação dos autores de terrorismo – se estabelecia redução ou a extinção da pena. O Código Penal espanhol prevê nos artigos 359.3, 368 e 37675 a delação para casos de tráfico de drogas e no art. 57976 para as hipóteses de terrorismo.

Por sua vez, “a Ley Orgánica 7, de 30/06/2003, que trata de medidas de reforma para o cumprimento íntegro e efetivo das penas, prevê institutos de natureza premial para a legislação referente à fase de execução penal sendo que tais institutos guardam vínculo com a execução propriamente dita ao prever a classificação ou progressão de regime bem como, a obtenção da liberdade condicional”<sup>77</sup>.

Historicamente, durante o período do reinado de Felipe IV, a Espanha admitira uma prática de “*acuerdo con la cual se permitía que actuase como delator el cómplice o el autor del delito, premiándolo con una parte de la condena pecuniária y una disminución y hasta una eximición total de la pena que le hubiera correspondido*”<sup>78</sup>.

Em **Portugal**, o item 20º, art. 39 Código Penal português de 1886 considerava como circunstância atenuante da responsabilidade criminal do agente “*o descobrimento de outros*

---

<sup>74</sup> *Idem*.

<sup>75</sup> “*En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la Sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las Autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabitación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuere de notoria importancia o de extrema gravedad*”.

<sup>76</sup> “*4. En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado, y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado*”.

<sup>77</sup> FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 85. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_FerreiraCO\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2017.

<sup>78</sup> RIQUERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 57.

*agentes, dos instrumentos do crime ou do corpo do delito, sendo revelação verdadeira e profícua a ação da justiça”.*

O atual Código Penal português trata do arrependimento na sua Parte Geral, porém sem a configuração de um genuíno direito premial, porém nos artigos 368º-A e 374º-B (além da Lei 52/2003, Lei 36/1994 e do Decreto-Lei 15/1993), podemos identificar a delação premiada<sup>79</sup>.

Devem ser observados no direito português outros dispositivos sobre da delação premiada como o art. 299º do Código Penal português trata da associação criminosa de prisão de 1 a 5 anos, prevendo no item 4 que as penas referidas *podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes*. O art. 300º trata das organizações terroristas, determinando a aplicado do *disposto no nº 4 do artigo 299º*.

Por sua vez, o art. 301º do CP português – ao tratar do crime de terrorismo – prevê no item 2 que

a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

---

<sup>79</sup> MATOS, Mafalda. *O direito premial no combate ao crime de corrupção*. Universidade Católica Portuguesa, Janeiro de 2013, p. 13 – “• O artigo 368º-A do Código Penal, que pune o crime de branqueamento, prevê uma atenuação especial da pena, no nº7 do mesmo artigo, quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em primeira instância; o nº9 do mesmo artigo prevê ainda uma especial atenuação da pena se o agente auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens. • O artigo 374º-B do Código Penal, trata da dispensa e atenuação da pena no âmbito do crime de corrupção e recebimento indevido de vantagens; no nº1 alínea b) do mesmo artigo o agente é sempre dispensado da pena quando tiver denunciado o crime no prazo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração do procedimento criminal; no nº 2 alínea a) do artigo 374º-B a pena é especialmente atenuada quando o agente até ao encerramento da audiência de julgamento de primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; O artigo 374º-B do Código Penal, aditado pela Lei nº32/2010, de 2 de Setembro teve como fonte a Lei nº36/94, de 29 de Setembro relativo ao Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira. • A lei 52/2003, de 22 de agosto, Lei de combate ao terrorismo, que prevê no seu artigo 2º nº5, artigo 3º nº2 e artigo 4º nº3 uma atenuação especial da pena quando o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis. • O Decreto-Lei nº15/93, de 22 de Janeiro, prevê também no seu artigo 31º uma especial atenuação da pena ao agente que abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações”.

Neste contexto de justiça consensual, é importante destacar o processo abreviado (mais reduzido se comparado com o processo comum) português, identificado pela redução de prazos e diminuição de determinadas fases processuais. O órgão acusatório pode requerer este procedimento quando o crime for apenado com multa ou pena máxima até 5 anos, considerando a existência de provas simples (testemunhal ou documental) que demonstrem indícios de autoria e materialidade. Recebida a acusação, o juiz marcará data para realização do julgamento, com precedência sobre os julgamentos em processo comum (salvo os processos urgentes).

O Código Penal do **Chile** prevê no art. 8º do Código Penal a delação premiada quando prevê que *exime de toda pena por la conspiración o proposición para cometer un crimen o un simple delito, el desistimiento de la ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias.*

No Direito Penal argentino, se identifica a delação regulamentada nos delitos contra a segurança da nação, em especial no seu art. 217, que dispõe: *quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento.*

No direito norte-americano, o instituto da delação premiada seria originário do *leniency program*, espécie projeto de leniência voltado especificamente ao acordo celebrado (antes da investigação) pelo participante de cartel com a autoridade antitruste.

A efetiva colaboração no direito norte-americano adviria do *plea bargaining*, no qual há a celebração de um acordo entre o prosecutor e o acusado e seu defensor, sendo posteriormente homologado pelo juiz. O magistrado verificaria a voluntariedade da parte na formalização do acordo, em que se materializaria a negociação da culpa.

Com um percentual de 90% de acordo a justiça negociada nos EUA, desperta atenção, podendo ser destacados: *Plea Bargaining*: prevê uma negociação ampla entre acusação/defesa, com obtenção de declaração de culpa (*guilty plea*) ou de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*). A pessoa renuncia ao direito de ser julgada por júri (imparcial – direito constitucional), sendo a declaração formulada perante juiz (audiência: “*arrangement*”). O Ministério Público (prosecutor) e Advogado negociam e Juiz estabelece a pena, sendo que a declaração de culpa (*guilty plea*) pode redundar em: a) *charge bargaining* – prosecutor concorda com delito menos grave; b) *sentence bargaining* – prosecutor propõe sentença mais benevolente; prosecutor tem ampla discricionariedade, sendo eleito no plano estadual; no federal, há indicação do Presidente e indicação no Senado.

No *plea bargaining*, pode-se corromper os princípios do processo penal. Há casos de acordo para afastar somente a pena de morte ou de após o acordo o acusado reiterar sua inocência; caso Henry Alford: este acusado alegou aceitar o acordo apenas para afastar a pena de morte; a partir daí, designou-se *Alford pleas* as situações em que o acusado aceita o acordo com acusação, mas *sob o protesto de inocência*, circunstância que coloca em questionamento a liberdade de consentimento na solução processual; pressões para acordo podem revelar prejuízo à busca da verdade.

Frederico Valdez Pereira<sup>80</sup> vincula a origem do colaboracionismo no direito Grã-Bretanha e Estados Unidos, por considerarem como base do sistema a participação do imputado na administração da justiça:

Não há equívoco em se asseverar que a utilização da cooperação pós-delitiva de co-autor de delito como elemento de prova no processo penal teve origem e desenvolvimento inicial nos ordenamentos jurídicos do modelo anglo-saxão, o que é facilmente explicável pelo fato de a participação do imputado com a administração da justiça penal ser considerada, em linhas gerais, um dos pilares de países como Grã-Bretanha e Estados Unidos. Nesses sistemas jurídicos, as práticas negociais vêm favorecidas por um conjunto de fatores que permitem dizer que a colaboração processual do imputado é uma instituição típica do sistema de *common law*, sendo a concessão de benefícios punitivos um dos seus componentes básicos.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>81</sup> ressalta ser a delação premiada um “instituto importado de outros países, independentemente da diversidade de peculiaridades de cada ordenamento jurídico e dos fundamentos políticos que o justificam”, destacando as seguintes legislações: “Código Penal espanhol, arts. 376 e 579, n. 3; Código Penal italiano, arts. 289bis e 630, e Leis n. 304/1982, 34/1987 e 82/1991; Código Penal português, arts. 299, n. 4, 300, n. 4, e 301, n. 2; Código Penal chileno, art. 8º; Código Penal argentino, art. 217; Código Penal colombiano, arts. 413/418, entre outros”.

Na perspectiva dos Tratados Internacionais, se destaca o art. 26 da Convenção de Palermo (internalizada pelo Decreto 5.015/2004), o art. 37 da Convenção de Mérida (Decreto 5.687/2006), em que são concedidos benefícios ao colaborador.

#### 4.1.4 Política Criminal no Colaboracionismo

---

<sup>80</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1126/1224>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Delação premiada na "lava-jato" está eivada de inconstitucionalidades*, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

A delação premiada encontra forte apelo político se considerarmos os investimentos na persecução criminal: para suprir a carência de recursos na investigação com evidente prejuízo na estrutura persecutória, pode o ente estatal optar pela delação premiada, havendo uma relação direta entre a opção política e a colheita de provas. Além disso, a política criminal da delação premiada se caracteriza pelo punitivismo (a prova para condenação é o objetivo com a doutrina da máxima eficiência na persecução em detrimento da violação de direitos fundamentais).

Nesse sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>82</sup>:

A questão da delação premiada é típica de momentos de crise. Não se trata de uma estrutura gratuita, mas de algo que vem como efeito de uma causa, sobre a qual é preciso indagar. A causa da delação premiada no Brasil de hoje é banal e remete ao processo e ao Judiciário como um todo. Isso parece evidente num país que se enveredou pelo neoliberalismo, “minimalizou” o Estado e *não disponibiliza condições efetivas de atuação aos seus órgãos*. Assim, ela (a crise) parece sintomática da *falta de estrutura condizente, capaz de proporcionar uma correta investigação*, ou seja, aquela desenvolvida dentro dos padrões normais, isto é, aqueles fixados a partir dos princípios que instauraram a modernidade e estão agora estampados na Constituição da República.

Michelle Barbosa de Brito<sup>83</sup> destaca que política criminal da delação premiada está baseada no movimento de lei e ordem, porque busca a máxima eficiência nos procedimentos de investigação criminal e não a máxima efetividade dos direitos fundamentais como se traduz a instrumentalização do processo penal:

A orientação político-criminal na qual se insere a delação premiada está atrelada à busca da máxima eficiência nos procedimentos de investigação criminal, a despeito de possível violação de direitos fundamentais. Nesse sentido, foi introduzida no atual ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos, que iniciou o processo de institucionalização de uma política criminal de tendência mundial, o chamado movimento de Lei e Ordem.

É inegável que a delação traz a perspectiva de alargamento do punitivismo e a flexibilização de garantias, num expansionismo legislativo, bastando observar todas as leis

---

<sup>82</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 159, fev. 2006.

<sup>83</sup> BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e criminalidade organizada: uma análise da política criminal expressa na Lei 12.850/2013 sob a perspectiva da criminologia. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, 2016.

que foram editadas e regulamentam o mencionado instituto (Lei 9.034/1995, Lei 7.492/1986, Lei 8.137/1990, Lei 9.613/1998, Lei 9.807/1999, Lei 8.884/1994, Lei 11.343/2006, Lei 12.683/2012 e Lei 12.850/2013).

Trata-se de uma cultura de emergência aliada a um expansionismo penal, que vai se alastrando para as demais legislações de maneira irrefreável, como observa Marcelo A. Riquert<sup>84</sup> ressalta:

*Del efecto “derrame” que portan las técnicas no convencionales de investigación que fueran introducidas en nuestro derecho en 1995, por vía de la ley 24.424, modificatoria del régimen penal de estupefacientes (ley 23.737). No se trata de un fenómeno aislado, sino que la “ordinarización” de instituciones del “derecho penal excepcional” trasluce su vocación ampliatoria al punto de que se ha generado una “verdadera cultura de la emergencia” tratándose, como afirma Bombini, de una racionalidad que ofrece características de permanencia y perenidad. [...] antes de consagrar una nueva expansión de la “excepción”, debieran agotarse las medidas no necesariamente penales tendientes a dar plena operatividad a los organismos de control administrativos existentes.*

Portanto, “se trata de um instituto favorável a uma política criminal de matriz efficientista”, ou seja, “desde o início, o objetivo do recurso ao instituto da delação premiada sempre foi imprimir maior eficiência à apuração de delitos, dando respostas penais (condenatórias) mais rápidas a um baixo custo investigativo para o Estado”. É certo que “por meio da delação premiada, a acusação desincumbe-se de provar os fatos imputados ao réu, passando ele próprio a ser o principal meio de prova, de onde se deve extrair toda a “verdade” do caso”<sup>85</sup>.

Por sua vez, Fauzi Hassan Choukr<sup>86</sup> destaca a política criminal do Direito Penal de Emergência como sendo a reitora da colaboração do acusado, sendo frontalmente oposta ao garantismo penal:

---

<sup>84</sup> “Do efeito de “derrame” que carregam as técnicas não convencionais de investigação que foram introduzidas em nosso direito em 1995, por meio da lei 24.424, modificadora do regime penal de drogas (lei 23.737). Não se trata de um fenômeno isolado, mas a “ordinarização” de instituições de “direito penal excepcional” revela sua vocação ampliada ao ponto de que se tenha gerado uma “verdadeira cultura de emergência” foi gerada, tratandose, como afirma Bombini, de uma racionalidade que oferece características de permanência e perenidade. [...] antes de consagrar uma nova expansão da “exceção”, devem esgotar-se as medidas nos necessariamente penais, tendentes a dar plena operacionalidade aos organismos de controle administrativo existentes.” (RIQUERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el “arrepentido”: una “técnica especial de investigación” en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 42-3, 45, tradução nossa).

<sup>85</sup> BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e criminalidade organizada: uma análise da política criminal expressa na Lei 12.850/2013 sob a perspectiva da criminologia. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, 2016.

<sup>86</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal – comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 446-8.

A mecânica da delação premiada não aparece no cenário jurídico como um instrumento aleatoriamente inserido no ordenamento. Antes, encontra-se mergulhada, na sua essência, num sistema cultural e normativo próprio denominado *sistema emergencial* ... O emprego do pentitismo sem embargo das considerações *contrárias* de cunho antológico ao *sistema garantístico* que podem ser feitas, sobretudo em face da sua incompatibilidade com as funções típicas da pena, parece apresentar algum respaldo prático, podendo-se afirmar que, de fato, é sobretudo no âmbito da *legislação de emergência* contra a criminalidade terrorística que o instrumento premial, ainda que hostilizado pela doutrina dominante, foi utilizado com eficácia positiva. “Mais uma vez se está diante da possibilidade da assunção de culpa com a terminação antecipada do feito ou, como também se denomina, diante do consenso no processo penal como significação de eficácia nos moldes já aludidos. Cumpre destacar em sede de arrependimento, o que se caracteriza o pentito. Tal expressão foi exclusivamente cunhada pela *mídia*, não havendo qualquer previsão legal expressa a respeito ... O colaboracionismo que, como visto no direito comparado, serve como instrumento (criticável nos seus fundamentos e na sua operacionalidade) específico para *momentos emergenciais*, entra solenemente no cenário nacional para qualquer crime.

Adel El Tasse<sup>87</sup> também contribui para a identificação do Direito Penal de Emergência ao relacionar a exploração do pânico coletivo, produzindo um torpor coletivo, e para a identificação do direito penal do inimigo ao mencionar a legislação de guerra, no qual o Estado se torna o responsável pelo terror, numa frontal violação às garantias fundamentais:

Os problemas contemporâneos da criminalidade têm conduzido a sociedade a um sentimento de torpor coletivo, em que qualquer solução que tenha roupagem de endurecimento na legislação penal, aliada à promessa de maior punição aos atos delituosos, é prontamente aplaudida, sem maior e cautelosa reflexão pela sociedade. O aparente descontrole produzido pela crescente espiral criminoso atua em conjunto com o aumento da irracionalidade social que, inclusive, contagia operadores do direito, produzindo uma legislação de guerra, em um quadro em que o Estado se torna o responsável pelo terror, pois sua reação é desmedida, agressiva e seriamente comprometedoras das garantias fundamentais. O tema da delação premiada insere-se com perfeição nesse debate, pois se de um lado há a idéia de trazer o indivíduo acusado de um crime a atuar como auxiliar da justiça na punição de seus coautores, por outro lado há um ataque aos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, é possível identificar manifestação de política criminal na delação premiada através da espetacularização na *mass mídia* com a intenso menoscabo e humilhação, arrasando com o princípio da inocência.

---

<sup>87</sup> TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais*, v. 5, p. 269, jul. 2006.

Ademais, é perfeitamente possível identificar a delação com o direito penal/processual do inimigo:

a delação é uma verdadeira manifestação do Direito Processual Penal do Inimigo, pois compromete o princípio constitucional da individualização da pena, uma vez que se volta para a garantia de colaboração do réu ao invés de exercer um juízo de reprovabilidade acerca da sua conduta. Contrária, assim, toda a doutrina acerca da culpabilidade compreendida pelo finalismo, rejeitando-se a aplicação da pena devida para a aplicação de interesses utilitaristas.<sup>88</sup>

A espetacularização – inerente ao Direito Penal de Emergência – também é reconhecida por André Nicolitt<sup>89</sup> na delação premiada: “Antes, porém, há que se destacar que o instituto vem ganhando destaque na mídia, como técnica investigatória, mormente diante de espetáculos investigatórios como a famosa ‘Operação Lava-Jato’. Diante de tal cenário, impõem-se algumas reflexões éticas e históricas sobre o instituto”.

Nesse sentido, se destaca o magistério de Luiz Flávio Gomes<sup>90</sup>, que ressalta como bandeira do Direito Penal de inimigo a “*concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada)*”, demonstrando íntima relação entre o instituto da delação premiada e a política criminal Günter Jakobs.

Com relação ao garantismo, Bruno Utsch Mesquita<sup>91</sup> reconhece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que optou pelo Sistema Garantista por observar os axiomas garantistas propostos por Ferrajoli, ressaltando – porém – que “não há nenhuma possibilidade de se admitir a compatibilidade de institutos da justiça negociada, colaboração do acusado ou delação premiada com o Sistema Garantista”.

Para ser acusatório destaca a necessidade de um debate paritário, com *onus probandi* da acusação e contraditório intenso, em detrimento do inquisitivo, em que o magistrado procede *ex-officio* na colheita da prova, num contraditório e direitos de defesa mais limitados:

Acusatório, assim, é o único sistema processual aceito pelas bases do Sistema Garantista. Nos dizeres de Ferrajoli (2006, p. 495), “a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da

<sup>88</sup> FARIA JÚNIOR, César de. *O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010, p. 200.

<sup>89</sup> NICOLITT, André. *Colaboração premiada pode ser tortura*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

<sup>90</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>91</sup> MESQUITA, Bruno Utsch. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 487-530, 2015.

submissão à jurisdição, expressa pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*". Como consequência, a justiça negociada não se amolda aos pilares garantistas (COUTINHO, 2006). No mesmo sentido, Geraldo Prado (2006, p. 10) é enfático ao asseverar que "não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal".<sup>92</sup>

Geraldo Prado<sup>93</sup>, ainda, depois de ressaltar a indispensabilidade do contraditório para elucidação da causa para o garantismo, ressalta o deslumbramento do movimento da lei e da ordem pela delação:

O recrudescimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem, facilita a "sedução" da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado.

Ferrajoli<sup>94</sup> admoesta para a introdução do paradigma do inimigo, transformando o processo num meio ofensivo no qual o juiz se torna inimigo do réu, esvaziando as garantias clássicas do processo, como o princípio do contraditório na prova, o direito de defesa e a presunção de inocência, conforme destaca Riquert:

*Las leyes de colaboración premiadas son mencionadas por Ferrajoli como ejemplo de máxima realización de las tendencias eficientistas y la lógica de la diferenciación y la negociación penal, integrando un movimiento que en modo inicialmente inadvertido ha venido a instalar directamente un cambio de paradigma del sistema penal. Si una de las notas del derecho penal "special o de excepción es la llamada mutación sustancialista del modelo de*

<sup>92</sup> MESQUITA, Bruno Utsch. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 487-530, 2015.

<sup>93</sup> PRADO, Geraldo. *Da delação premiada: aspectos de direito processual*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 159, fev. 2006.

<sup>94</sup> "As leis de colaboração premiadas são mencionadas por Ferrajoli como um exemplo de máxima realização das tendências eficientistas e da lógica da diferenciação e da negociação penal, integrando um movimento que no modo inicialmente inadvertido veio a instalar diretamente uma mudança de paradigma no sistema penal. Se uma das notas do direito penal "especial ou de exceção é a chamada mutação substancialista do modelo de legalidade (introdução do paradigma do "inimigo"), a distorção subjetivista e substancialista da "verdade processual "deu por fruto a predileção por métodos acentuadamente inquisitivos no processo criminal, onde também opera o esquema amigo/inimigo. Assim, foi transformado o processo em um momento de "luta" contra o terrorismo e a delinquência organizada. Não é mais, como dizia Beccaria, num "processo informativo" com o juiz como um "indiferente inquiridor da verdade", mas em um "processo ofensivo" onde o juiz "se torna inimigo do acusado". A confissão e delação fazem que o imputado some as linhas com a acusação e de prova de sua eleição pelo campo anticriminal. O processo é, desta forma, outro lugar onde se põe em prática e define o caráter de "amigo" ou "inimigo" (no caso de não ser do lado da acusação e prefira o da defesa que, sem embargo, é que teria o direito a representar). Por isso, entende o professor de italiano que "após essa subjetivação do processo, todas as garantias processuais clássicas - do princípio da contraditório ao ônus da prova, da defesa à presunção de inocência - acabam desprovidas de significado". (RIQUERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 29-30, tradução nossa).

*legalidad (introducción del paradigma del “enemigo”), la distorsión subjetivista y sustancialista de la “verdad procesal” dio por fruto la predilección por métodos acentuadamente inquisitivos en el proceso penal, donde también opera el esquema del amigo/enemigo. Así, se ha transformado al proceso en un momento de “lucha” contra el terrorismo y la delincuencia organizada. No es más, como decía Beccaria, num “proceso informativo” com el juez como “indiferente indagador de la verdad”, sino en un “proceso ofensivo” donde el juez “se hace enemigo del reo”. La confesión y delación hacen que el imputado sume filas con la acusación y dé prueba de su elección por el campo anticriminal. El proceso es, de este modo, outro lugar donde se pone en práctica y se define el carácter de “amigo” o de “enemigo” (en caso que no se sitúe del lado de la acusación y prefiera el de la defensa que, sin embargo, es el que tendría derecho a representar). Por eso entiende el maestro italiano que “tras esta subjetivización del proceso todas as garantías procesales clásicas – del principio de contradicción a la carga de la prueba, de la defensa a la presunción de inocência – terminan despojadas de sentido”.*

Nesse sentido, se a delação premiada observa por um recrudescimento sancionador, absolutizando apenas a responsabilidade criminal, desprezando a dignidade da pessoa humana, humanização e os direitos fundamentais, por ser inserida no neopunitivismo, como uma corrente de política criminal autoritária, tendo afinidade com o Direito Penal de Emergência, Direito Penal do Inimigo e a expansão do Direito Penal.

Sobre o neopunitivismo como modelo de política criminal autoritário, temos o magistério de Carlos Christian Sueiro<sup>95</sup>:

*Podemos concluir que el Neopunitivismo como corriente Política-Criminal se caracteriza por el recrudescimiento de poder punitivo en forma desmesurada, siendo afín, a modelos Político Criminales Autoritarios, como el Derecho Penal expansivo o expansión del Derecho Penal, Derecho Penal de emergencia, panpenalismo, Derecho Penal de tercera velocidad o Derecho Penal del enemigo.*

No entanto, é preciso considerar que a delação premiada, por não prolongar ritual degradante do processo, acaba por diminuir a reafirmação do estereótipo de “bandido”, principalmente nas hipóteses nas quais o procedimento se torna mais abreviado, afastando desse modo a estimatização do *labelling approach*

Porém, em outros casos, como nas hipóteses de delações ocorridas na Lava-Jato, personagens como o ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, ex-presidente da Câmara

<sup>95</sup> “Podemos concluir que o Neopunitivismo como uma corrente política-criminal se caracteriza por um recrudescimento do poder punitivo de forma desproporcional, sendo relacionado a modelos políticos criminais autoritários, como o direito penal expansivo ou a expansão do direito penal, o direito penal de emergência, o pan-penalismo, o direito penal de terceira velocidade ou Direito Penal do inimigo”. (SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal – sobre la armonía metodológica del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011, p. 400, tradução nossa).

Eduardo Cunha, ex-Ministro José Dirceu e o ex-Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, dentre outros, tiveram uma estigmatização muito intensificada em razão de delações que os envolveram nos casos.

Desse modo, é importante observar que a delação (tal qual a redação atual) não premia a máxima efetividade de garantias e direitos fundamentais, se notabilizando pela dramatização da corrupção, espetáculo de prisões cinematográficas, simbolismo extremado de ilusão de segurança, respostas desproporcionais, nas quais são ressaltados princípios de políticas criminais antigarantistas (expansionista, funcionalismo sistêmico radical, inimigo penal e emergência penal), em detrimento do garantismo penal.

## 4.2 ASPECTOS TÉCNICOS

### 4.2.1 Valor Probatório

Com relação ao valor probatório, é imprescindível a existência de um conjunto de provas que possa estar em harmonia com o conteúdo da delação, não se satisfazendo com as meras afirmações superficiais do delator. É necessária uma pormenorizada descrição, em que o delator revele detalhes do fato objeto da persecução, e – posteriormente – deve ser colhido um conjunto de provas que estejam em harmonia com a delação.

A delação por si só tem seu valor probatório mitigado em razão da complexidade que envolve o delator, considerando o extremo utilitarismo de quem busca apenas se subtrair (ou diminuir) da responsabilidade criminal. A partir daí, deve se ter extrema cautela, pois o delator pode “delatar” inocentes apenas para se esquivar da responsabilidade penal.

Na realidade, o delator pode se tornar um agente contrário à administração da justiça se falsear apenas para ser beneficiário do perdão judicial ou redução da pena, por isso a delação premiada não pode valer por si só, sendo indispensável ser ratificada por outros elementos de prova.

A prova no processo penal tem valor relativo, até porque não há hierarquização de prova, como existe no sistema de apreciação de prova da verdade legal. A colaboração premiada tem seu valor ainda mais mitigado considerando ser formulada pelo interesse do colaborar no prêmio, seja perdão ou a redução da pena em prejuízo do delatado.

Ademais, a relativização da delação premiada vem expressa no próprio art. 4º, §16, da Lei 12.850, ao considerar que *nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*.

Ao estabelecer a impossibilidade de condenação com base exclusiva na delação adotou-se um sistema de apreciação da prova legal negativa, na qual declara ser insuficiente este meio para superar a dúvida.

Gustavo Badaró<sup>96</sup> ressalta a necessidade da

*Regra de corroboração*, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova. Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é “conditio sine qua non” para o emprego da delação premiada para fins condenatórios.

É indispensável, portanto, a necessidade de corroboração das informações originárias da delação, como adverte Frederico Valdez Pereira<sup>97</sup>:

Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova, e que será aprofundada mais adiante, é a necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos objetivos e externos ao instituto. Significa que, como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só.

Desse modo, a delação premiada não é apta para produzir a condenação, tratando-se de uma mera fonte de prova, sendo indispensável a prova de corroboração<sup>98</sup>:

Nesse panorama, os estudiosos do tema alertavam para a necessidade da denominada prova de corroboração, vale dizer, como a delação premiada não legitima isoladamente a condenação dos delatados, impõe-se a obtenção da prova de corroboração, consistente em elementos que permitam concluir pela veracidade da versão apresentada pelo acusado delator.

É preciso considerar que – nos termos do já mencionado o art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013 – o legislador acabou por estabelecer um limite negativo, afastando a hierarquização de prova e ressaltando ser o instituto mencionado um meio de obtenção de prova.

Portanto, houve um afastamento da verdade legal à medida que veda a absolutização da delação premiada em detrimento dos meios de provas estabelecidos pela legislação, ou seja: a manifestação do delator não permite o reconhecimento da responsabilidade criminal

---

<sup>96</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 456.

<sup>97</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1126/1224>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

<sup>98</sup> BORRI, Luiz Antonio. Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim 285, ago. 2016.

sendo necessária a corroboração por elementos de prova a confirmarem sua tese, até porque a eticidade pode ser questionada pelos motivos absolutamente censuráveis como na hipótese de vindita (utilitarismo sórdido).

Desse modo, observa-se a exigência de uma prova para confirmar as afirmações do delator, não se podendo determinar medidas excepcionais – como a decretação da prisão preventiva – filiando-se apenas no conteúdo da delação, em razão da presunção de inocência.

*Controle sobre a Valoração:* Gustavo Badaró<sup>99</sup> ressalta os requisitos intrínsecos (credibilidade do delator, a coerência e verossimilhança) e extrínsecos (confirmação em outros elementos de prova) para o exercício do controle sobre a valoração da declaração do delator correu:

A jurisprudência italiana tem considerado que o controle sobre a valoração da declaração do coimputado deve se desenvolver sob um tríplice perfil: (i) em relação a *credibilidade do delator*, ou seja, a circunstância de que seja pessoa digna de fé (é o tema “de quem fala”); (ii) em relação à *coerência e verossimilhança* da narração (é o tema de “que coisa disse”); (iii) em relação aos chamados elementos extrínsecos, isto é, a circunstância de que a declaração do delator, na parte significativa da reconstrução dos fatos, encontre *confirmação* em outros elementos de *prova* (fenômeno não diverso da convergência dos indícios sobre uma mesma proposição). Os dois primeiros momentos são de análise de *requisitos intrínsecos*, seja subjetivo, em relação ao declarante, seja objetivo, em relação ao conteúdo da declaração, comum a análise do valor de qualquer testemunho: já o terceiro, é um *requisito extrínseco*, específico do controle das declarações incriminatórias de corrêu, isto é, da delação premiada.

Desse modo, é importante atentar nos requisitos intrínsecos subjetivos para a pessoa, personalidade, histórico, motivos confessionais, interesse decorrente de ódio ou vingança. Nos requisitos intrínsecos objetivos, deve-se atentar para firmeza, constância, coerência, conteúdo (narrativa significativa nas especificidades) e a univocidade (sem ambiguidade) da declaração. Por fim, o requisito extrínseco exige a confirmação dos fatos contidos nas declarações do delator com relação a cada delatado e a cada fato atribuído a eles (não se trata de uma confirmação genérica)<sup>100</sup>.

Não se trata, portanto, de mera retórica ou de alguma afirmação superficial sem pormenorizar dados concretos, ou de inconsistentes acusações genéricas, tampouco de um discurso utilitarista fundada na vindita ou para tergiversar direitos: Frederico Valdez

---

<sup>99</sup> BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 458.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 459.

Pereira<sup>101</sup> ressalta para aferição interna a necessidade do delator “fornecer dados objetivos, consistentes em detalhes da atividade criminal declarada e que possam ser aferíveis *prima facie* como verossímeis e dignos de razoável aceitação nos primeiros contatos com os órgãos de investigação”.

Ademais, há necessidade de se avaliar a delação premiada sob a perspectiva externa, no sentido de se verificar a existência de determinada quantidade de elementos exteriores que possam conferir credibilidade ao conteúdo da declaração do delator, ou seja: a corroboração não é avaliada em elementos isolados, mas no conjunto dos elementos.

Desse modo, é necessário verificar-se a existência de um conjunto de provas (testemunhos, documentos, perícias etc.) confirmatórios da veracidade da declaração acusatória e que possam significar elementos de corroboração do fato criminoso delatado, pois os delatados têm a seu favor o princípio da presunção de inocência. Ademais, entendemos ser oportuna a vinculação dos elementos de corroboração ao *thema probandum* e à individualização da conduta.

Por sua vez, José María Asencio Mellado<sup>102</sup> destaca os três requisitos gerais do Tribunal Supremo espanhol sobre a apreciação e valoração das declarações dos coimputados:

*1º El análisis de la personalidad del delincuente delator y, en especial, de las relaciones que mantuviera con el sujeto por él mismo designado como copartícipe.*

*2º Realizar un examen riguroso de los posibles móviles que pudieran haber constituido la razón de la inculpación del outro y que podrían hacer devenir el testimonio falso o espúreo o, al menos, no verosímil o creíble. Habría que constatar aquí si las manifestaciones lo fueron por causa de odio personal, obediencia a tercera persona, soborno policial de trato más favorable, etc.*

*3º Que, en todo caso, resulte, patente que la finalidad de la imputación del tercero no persigue la autoexculpación propia. A este respecto, Vásquez*

---

<sup>101</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1126/1224>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

<sup>102</sup> “1º A análise da personalidade do delinquente delator e, em especial, das relações que ele manteve com o sujeito pelo mesmo designado como copartícipe. 2º Realizar um exame rigoroso dos possíveis motivos que poderiam ter constituído a razão da acusação do outro e que poderia tornar o testemunho falso ou espúrio ou, pelo menos, não verossímil ou credível. Teria que constatar aqui se as manifestações foram por causa do ódio pessoal, obediência à terceira pessoa, suborno policial de tratamento mais favorável etc. 3º Que, em qualquer caso, é claro que o propósito da imputação do terceiro não persegue a auto exclusão. A este respeito, Vásquez Sotelo faz uma distinção que consideramos muito interessante e que abaixo reproduzimos. Para este autor cabem dois pressupostos: um ocorreria no caso de o declarante incriminar outro e, ao mesmo tempo, se auto excluir; aqui, ele diz, não deveria conceder nenhum benefício para o depoente, devendo ter-se as afirmações apenas como um “notitia criminis”; outro, consistiria em uma declaração incriminadora do terceiro sem, simultaneamente, uma auto exclusão. Para este autor, a falta de segurança das manifestações dos coparticipes, mesmo nessas condições, não permitiria sua consideração como meio de prova direta, mas apenas como um indício vago, indigna, pouco digno de crédito e sem valor, desde que não confirmassem por outros elementos independentes”. (MELLADO, José María Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Peru: Fondo Editorial, 2008, p. 212-3, tradução nossa).

*Sotelo realiza una distinción que estimamos muy interesante y que, a continuación reproducimos. Para este autor caben dos supuestos: uno se daría en el caso de que declarante inculpara a outro y, a la vez, se autoexculpara; aquí, dice, no debía derivarse beneficio alguno para el deponente, debiendo tenerse la inculación tan sólo como una "notitia criminis"; outro, consistiría en una declaración inculpatoria del tercero sin concurrir simultáneamente una autoexculpación. Para este autor, la falta de seguridad de las manifestaciones de los copartícipes, aun en estas condiciones, no permitiría su consideración como medio de prueba directa, sino únicamente como um indicio vago, poco digno de crédito y sin valor en tanto no sen confirmaran las citas evacuadas por otros elementos independientes.*

No entanto, ressalta-se que a homologação do acordo de colaboração premiada e o devido cumprimento das cláusulas aceitas pelo delator vinculam o Poder Judiciário na sentença com relação à concessão dos benefícios de ordem premial ajustados ao pacto negocial.

Desse modo, a delação se torna inconstitucional se delatar um inocente, porque corromperia o devido processo legal e administração da justiça, por isso é imperiosa a análise da credibilidade do delator, a coerência e verossimilhança, verificando-se a existência de provas confirmatórias do seu conteúdo.

#### 4.2.2 Fases

A delação premiada compreende três fases distintas no seu procedimento, quais sejam:

a) **Negociação e Acordo:** é lavrado um termo com relato da colaboração e possíveis resultados, condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, as respectivas assinaturas e a especificação das medidas de proteção, nos termos do art. 6º da Lei 12.850. Desse modo, há a celebração da colaboração entre o Ministério Público e o acusado (ou investigado) na presença do seu Defensor, sendo que o Juiz não participa para não comprometer a imparcialidade, já que a colaboração pode não se efetivar e o contato com os elementos da delação poderiam dificultá-la<sup>103</sup>;

---

<sup>103</sup> Memorando de Entendimento n. 1/2016: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Grupo de Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo celebraram um memorando de entendimentos através da Proposta de Negociação, permitindo que a pessoa jurídica ou física que formalizar juto ao CADE um Termo de Compromisso de Cessação no Programa de Leniência possa provocar o Ministério Público Federal para *Acordo de Colaboração Premiada*, conforme item 1.3. O mencionado Memorando de Entendimento nº 1/2016 prevê no item 1.6 as garantias, afirmando que se forem frustradas as negociações as manifestações eventualmente realizadas não implicam confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta objeto do processo investigativo.

**Termo de Acordo:** o termo do acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito nos termos do art. 6º da Lei 12.850/2013, excluindo eventuais acordos orais. Andrey Borges de Mendonça<sup>104</sup> destaca quatro vantagens do acordo escrito:

(i) traz maior segurança para os envolvidos; (ii) estabelece com maior clareza os limites do acordo; (iii) permite o consentimento informado do imputado, assegurando a voluntariedade; (iv) da maior transparência e permitir o controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral. Assim, o acordo escrito traz maior eficiência para a investigação, ao tempo que melhor assegura os interesses do colaborador e dos imputados.

O mencionado art. 6º da Lei 12.850/2013 estabelece ainda o conteúdo mínimo do termo de acordo de delação premiada, o qual deve conter:

**I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados:** nesta fase, não houve ainda a homologação do acordo, de maneira que há atenção para a eficácia para as plausíveis consequências; o relato é importante para demonstrar também a metodologia com que foi realizado o acordo e verificação de adequação com relação à lei;

**II – as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia:** até para que se possa ter mais segurança jurídica com relação aos limites da proposição, o Delegado de Polícia e o órgão do Ministério Público devem descrever a proposta específica e concreta com os possíveis benefícios ao delator, individualizando-a para perdão judicial (extinção de punibilidade), redução da pena, progressão de regime, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou não ser denunciado.

Como ressaltado, a proposta deve ser específica, concreta e determinada, porém se a colaboração for positivamente além das expectativas (como a identificação de autores e crimes, além de uma prevenção de infrações bem superior ao imaginado) entendo não haver óbice para a inclusão de perdão judicial, que não integrou a proposta original. O órgão do Ministério Público e a autoridade policial poderiam requerer a inclusão no termo, muito próximo ao contexto da cláusula *rebus sic stantibus*, como algo não previsto posteriormente à celebração do contrato.

No entanto,

Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela

---

<sup>104</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis*, v. 4, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/MarcoPolo/Downloads/2013\_Direito\_Publico\_Andrey\_delacao\_premiada.pdf> Acesso em: 31 out. 2016.

praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei 12.850/2013). O acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: *res inter alios acta*. (STF – HC 127.483/PR – Rel.Min. Dias Toffoli).

Nesse sentido, Daniel Sarmiento ressalta a possibilidade do Estado frustrar expectativas legítimas criadas pelo ele próprio (ente estatal):

O princípio da proteção à confiança legítima, que tem assento constitucional, coadjuvado pelo princípio de proibição de comportamento contraditório, *impede que o Estado frustre expectativas legítimas* que ele mesmo criou, prejudicando particulares que se fiaram no comportamento estatal anterior. O STF já reconheceu a incidência do princípio da proteção à confiança legítima sobre os acordos de colaboração premiada (HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. 27.08.2015), assentando que o colaborador que cumprir as obrigações ajustadas no acordo homologado tem o direito subjetivo de fruir a sanção premial pactuada.<sup>105</sup>

**III – a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor:** trata-se da denominada dupla garantia, exigindo-se o consentimento mútuo tanto do delator como do seu advogado, numa expressa condição da voluntariedade do acordo;

**IV – as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor:** esta fase é autenticativa para reconhecer os termos lançados como verdadeiros, conferindo autenticidade e demonstrando a voluntariedade dos envolvidos;

**V – a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário:** na eventualidade do delator tornar-se testemunha em razão da delação premiada, poderá ser destinatário poderá ser beneficiado das medidas de proteção previstas no programa da Lei 9.807/1999, destacando-se o art. 7º:

a) segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; b) escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; c) transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; d) preservação da identidade, imagem e dados pessoais; e) ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; f) suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos

<sup>105</sup> Disponível em: <[https://jota.info/artigos/leia-parecer-contrario-a-revisao-de-delacao-da-jbs-19062017#\\_ftn36](https://jota.info/artigos/leia-parecer-contrario-a-revisao-de-delacao-da-jbs-19062017#_ftn36)> .

vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; g) apoio e assistência social, médica e psicológica; h) sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; i) apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.<sup>106</sup>

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508, Distrito Federal, ressalta que o Delegado de Polícia não pode conduzir a delação, sob pena de violar

devido processo legal, princípio da moralidade, princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública, exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (art. 129, §2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente os §§ 1º e 4º).

Andrey Borges de Mendonça<sup>107</sup>:

Desde logo, urge que três regras fundamentais estejam sempre presentes na mente do operador: a) *sempre ter cautela ao realizar a colaboração*; b) *a necessidade de corroboração da colaboração* (a regra da corroboração); c)

---

<sup>106</sup> Gilson Dipp faz algumas considerações importantes sobre o acordo de delação: DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>. Acesso em: 25 nov. 2017, p. 25-6. “O termo de acordo (art. 6º) deverá ser elaborado por escrito (a lei não indica nenhuma forma especial, usualmente escrevendo-se como um contrato) e terá de mencionar e conter, obrigatoriamente, o relato da colaboração oferecida pelo acusado, observados e demonstrados os requisitos legais essenciais de voluntariedade e efetividade com os resultados correspondentes (inciso I). Esse relato, igualmente não tem forma predeterminada, mas é inegável que será detalhado e preciso de modo a mostrar não só o atendimento das exigências da lei como as circunstâncias e condições em que se deu a colaboração. Não há padrão de avaliação da voluntariedade e efetividade que poderá, portanto, ser construído e revelado à luz dos resultados relacionados (assim, não valendo para todos os casos), na razão direta dos fatos expostos e esses vinculados ao conjunto dos fatos delituosos objeto da investigação ou da própria delação. A lei não cogita de relato crítico ou juízo de valor da colaboração, mas parece intuitivo que desse relato decorrerá a valorização objetiva da colaboração. Aliás, pelo relato da colaboração e seus resultados é possível desde logo apurar a efetividade da colaboração, os quais ficam, depois, ao juízo do Ministério Público e da Autoridade Policial sem embargo da reavaliação pela autoridade judicial por ocasião da homologação que se dará por critérios do Juiz (surge, já aqui, espaço para imaginar, por exemplo, eventual ou possível divergência entre o ministério público e o magistrado). O relato da colaboração não poderá omitir informações ou reservar para outro momento a revelação de dados existentes, pois o cumprimento da proposta e a aplicação das penas, sua redução, substituição, perdão judicial ou não aplicação, têm como pressuposto o acordo homologado. Cabe mencionar, todavia, que esse termo de acordo, ante o silêncio da lei, aparentemente não se confunde com a proposta do Ministério Público (inciso II) que dá início ao incidente de colaboração premiada e em que se firmam os compromissos de parte a parte para definir os limites básicos da delação. Pela redação da lei o relato e a proposta são elementos distintos do termo (incisos I e II) indicando a existência de conteúdo e função diversos e a dizer que a homologação do termo abrange todo o desempenho das partes no procedimento de delação compreendendo o inteiro teor das declarações e documentos oferecidos e recolhidos. Em outras palavras, pela lógica da lei a proposta constitui o primeiro momento da produção do acordo e o termo é sua consolidação e conclusão, acompanhadas de anexos e adendos, como fica evidenciado por ocasião do seu encaminhamento a juízo para homologação que será pessoal ao magistrado ficando no protocolo judicial apenas a petição ou ofício de entrega sem indicação alguma do colaborador ou investigações. Ou seja, consoante o disposto nesse artigo 6º o termo de acordo contém todos os seus componentes formais e os resultados com as declarações e documentos recolhidos”.

<sup>107</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013)*. *Custos Legis*, v. 4, 2013. Disponível em: <[file:///C:/Users/MarcoPolo/Downloads/2013\\_Direito\\_Publico\\_Andrey\\_delacao\\_premiada.pdf](file:///C:/Users/MarcoPolo/Downloads/2013_Direito_Publico_Andrey_delacao_premiada.pdf)> Acesso em: 31 out. 2016.

*necessidade de fazer acordos com baixos integrantes da organização criminosa para incriminar seus líderes.*

b) **Homologação Judicial:** celebrado o acordo de colaboração será encaminhado ao magistrado para sua homologação ou rejeição, no qual se analisará se atende aos requisitos legais, a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo, o cabimento e os efeitos da delação, considerando que a homologação não significa ter o juiz aceito como verdadeiras as manifestações do delator, conforme entendimento do STF no *Habeas Corpus* 127.483/PR – Relator Min. Dias Toffoli:

Em outras palavras, a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verdadeiras ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. A homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.

A homologação é uma “atividade tipicamente estatal, caracterizada como jurisdição. É jurisdicional o ato homologatório, em oposição ao caráter negocial do ato a ser homologado”<sup>108</sup>. O objetivo da homologação judicial é o exercício do controle da regularidade, legalidade e voluntariedade do ato, sendo vedado ao magistrado ingressar no mérito do acordo, pois sua competência será para observância dos requisitos, procedimentos e garantias legais do instituto da delação premiada. O juiz deverá analisar a colaboração premiada realizada entre o colaborador e o órgão do Ministério Público (ou com a autoridade policial) sempre na presença do defensor. Na análise, o juiz deve verificar a participação da Defesa, o parâmetro legal de exigências, o grau de *voluntariedade* do colaborador (ausência de coação física, psicológica ou “estímulo”); *observar a espontaneidade na perspectiva de ter sido proposta pelo colaborador.*

Com relação à voluntariedade, que deve ser observada pelo juiz quando da homologação, Damásio de Jesus<sup>109</sup> traça uma distinção, entre o voluntário e o espontâneo a partir da existência (ou não) de sugestão de outras pessoas:

---

<sup>108</sup> Voto do Ministro Celso de Mello na Petição 7.074. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>109</sup> JESUS, Damásio de. *Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=908>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

Voluntário é o ato produzido por vontade livre e consciente do sujeito, ainda que sugerido por terceiros, mas sem qualquer espécie de coação física ou psicológica. Ato espontâneo, por sua vez, constitui aquele resultante da mesma vontade livre e consciente, cuja iniciativa foi pessoal, isto é, sem qualquer tipo de sugestão por parte de outras pessoas.

Nesse sentido, a atual configuração do art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013 exige colaboração voluntária. Embora não haja exigência expressa à espontaneidade, compreendo ser fundamental ser espontânea a delação. Primeiro, porque, segundo o *Dicionário Houaiss*, voluntário significa: “*que não é forçado, que depende da vontade ou é controlado por ela, espontâneo*”. Ou seja, no próprio conceito de voluntariedade está presente a espontaneidade.

Segundo, porque espontâneo significa “*que alguém faz por si mesmo, sem ser incitado ou constrangido por outrem; voluntário*”. O conceito de espontaneidade também compreende a voluntariedade. Terceiro, porque uma das características da confissão é a espontaneidade. Quarto, em razão da impossibilidade de a colaboração não poder ser induzida, estimulada, forçada ou obtida por coação ou engano, a espontaneidade está no contexto dos princípios do direito ao silêncio, presunção de inocência, *ônus probandi*, inadmissibilidade de prova ilícita e do sistema acusatório, além da incoercibilidade moral.

É preciso considerar ainda que o juiz poderá recusar a homologação se a proposta de delação premiada não atender aos requisitos legais, bem como poderá adequar o acordo ao caso concreto, excluindo – por exemplo – uma cláusula inconstitucional, ou adequar à vontade das partes se houver cláusula fora da vontade das partes ou fosse alguma cláusula obscura ou ambígua, nos termos do art.4, § 8º, da Lei 12.850/2013.

É importante considerar a necessidade de a decisão judicial ser significativamente motivada demonstrando o conteúdo da declaração do delator e outra prova que possa confirmar o mencionado conteúdo.

Ademais, é importante ressaltar que o delator pode mencionar a prática de alguns crimes com a participação de determinadas pessoas, porém apenas parte destas infrações podem ter sido ratificadas por outras provas. Nessa hipótese, a condenação somente poderia incidir sobre os crimes que seguiram a regra da corroboração e, portanto, foram ratificados por outras provas.

É importante destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu na Pet 7074 – Relator Min. Edson Fachin – que é atribuição do Relator para homologar acordos de colaboração premiada, restringindo-se ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade, devendo ser

observado o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo possível ao Plenário a análise de sua legalidade, nos termos do § 4º do art. 966 do CPC.

Acrescenta Canotilho<sup>110</sup> sobre a possibilidade de violação da legalidade penal, como há hipótese de

na fase pré-sentencial não pode pactuar-se um benefício só previsto para uma colaboração pós-sentencial (v.g. progressão de regime de execução de pena privativa de liberdade); tal como é proibido conceder-se na fase pós-sentencial um prêmio só admitido na fase anterior (v.g. o perdão judicial).

c) **Execução:** A materialização do acordo de delação ocorrerá quando o delator prestará a sua efetiva colaboração na sua fase de execução do acordo após a homologação judicial. É importante considerar a possibilidade de ouvir o delator em juízo na presença de seu defensor, porém renunciando ao direito ao silêncio e sujeitando-se ao compromisso legal de dizer a verdade, nos termos do art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013. Com relação à manifesta inconstitucionalidade, remetemos ao tópico Princípio do Direito ao Silêncio e Compromissado à Dizer a Verdade, sob pena de responder pelo art. 19 da Lei 12.850/2013.

d) **Sentença** (análise do acordo e implementação do benefício): é preciso que se considere que a delação é sigilosa até o recebimento da denúncia, porém o Advogado do delatado terá acesso apenas após o recebimento da denúncia, quando a colaboração premiada deixa de ser sigilosa. Ou seja, o contraditório será extremamente mitigado, pois o mencionado princípio ocorrerá em fase bem posterior (quando do recebimento da denúncia), nos termos do art.7º, § 3º, da Lei 12.850/2013.

Ademais, o juiz que homologa o acordo de decisão não poderia ser o mesmo para julgar porque está vinculado a um meio de obtenção de prova que o tornará impedido para a ação penal, apesar de entendimento em sentido diverso benefício)<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

e) **Eficácia:** É importante ressaltar a necessidade da sentença apreciar os termos do acordo homologado e sua eficácia, nos termos do art.4º, §11, da Lei 12.850, como a aplicação do perdão judicial emergente da proposta. Para maior eficácia e segurança jurídica deve ser respeitado o acordo homologado, evidentemente se houver o respeito à legalidade, voluntariedade e eficácia, observando o juiz que houve uma efetiva colaboração para a persecução criminal.

Com relação à eficácia, é necessário acrescentar que “por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador”, não vinculando o delatado e “caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo”, conforme entendimento do STF no HC 127.483/PR, cuja relatoria foi do Min. Dias Toffoli.

O Supremo Tribunal Federal decidiu na Pet 7074 – Relator Min. Edson Fachin – ser da competência colegiada do STF a avaliação do cumprimento dos termos e da eficácia do acordo, em decisão final de mérito. Por fim, na perspectiva da eficácia, o art.4º, §3º, da Lei 12.850/2013 prevê a suspensão do processo (e do prazo prescricional ao delator) por seis meses (prorrogável por igual período) até que sejam cumpridas as medidas de colaboração.

É importante ressaltar que uma vez celebrado o acordo de colaboração premiada, tendo o colaborador honrado as cláusulas a que se compromissou (v.g. entrega de provas que referendem suas afirmações no acordo), o Poder Judiciário não tem como deixar de cumprir, concedendo os benefícios pactuados:

---

<sup>111</sup> A participação do juiz na homologação do acordo não o tornará impedido para a ação penal. “Processual Penal. *Habeas Corpus*. Impedimento. Imparcialidade do julgador. Intervenção probatória do magistrado em procedimento de delação premiada. Não configuração das hipóteses taxativas. Inocorrência. Art. 252 do CPP. Precedentes. Ordem Denegada. 1. As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*. Precedentes (HC nº 92.893/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 12/12/08 e RHC nº 98.091/PB, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16/4/10). 2. Não é possível interpretar extensivamente o inciso III de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual ou em sede de procedimento de delação premiada em ação conexa desempenha funções em outra instância (o desempenhar funções em outra instância é entendido aqui como a atuação do mesmo magistrado, em uma mesma ação penal, em diversos graus de jurisdição). 3. Reinterrogatório de corréus validamente realizado em processo distinto daquele em que surgiram indícios contra o investigado (CPP, art. 196) e que não constitui impedimento à condução de nova ação penal instaurada contra o paciente. 4. Inquérito policial instaurado por requisição do Ministério Público. Atuação do magistrado: preside o inquérito, 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. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal. 4.Ordem denegada”. (STF, HC 97553, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2010, DJE-168 DIVULG 09-09-2010 PUBLIC 10-09-2010)”.

o acordo de colaboração premiada legitimamente celebrado, objeto de regular homologação judicial, apresenta-se revestido de força vinculante quanto a suas cláusulas, independentemente da instância (ou da esfera de Poder) em que pactuado, impondo-se, quanto à sua execução, por efeito do ajuste de vontades, à observância dos Poderes do Estado, notadamente do Judiciário, e do agente colaborador, que deverão cumpri-lo, obrigados que se acham a respeitá-lo em razão dos princípios da probidade e da boa-fé ('pacta sunt servanda').<sup>112</sup>

#### 4.2.3 Prêmio

São previstos como prêmios da delação premiada na Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 – a possibilidade de concessão do:

- a) **Perdão Judicial** (extinção de punibilidade decorrente de uma opção de política criminal, fundado no utilitarismo pelo fornecimento de provas impedindo a punibilidade; logo, não tem cumprimento de pena e não gera antecedente criminal; a iniciativa do perdão é do órgão do Ministério Público (titular da ação penal), não podendo o juiz conceder de ofício; perdão pode ser oferecido no inquérito ou processo, mas até a sentença condenatória). É preciso considerar não subsistir efeito condenatório na hipótese de perdão judicial, conforme Súmula 18 do STJ: “a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.
- b) **Redução da Pena** privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços); pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive na fase de execução;
- c) pode ser beneficiado o colaborador com a **Progressão de Regime** independente do lapso temporal e do caráter meritório como decorrência da colaboração premiada; assim, fica desobrigado o colaborador de demonstrar os requisitos objetivo e subjetivo para obtenção da progressão de regime, desde que advenha as hipóteses do art.4º da Lei 12.850 (identificação de autoria e crimes, da estrutura hierárquica e divisão de tarefas, prevenção de crimes da organização criminosa, recuperação de produto ou proveito do crime e localização da vítima com integridade física preservada);

Porém requisitos subjetivos são importantes para o controle sobre a valoração como a análise da credibilidade do delator, sua coerência e verossimilhança, além da confirmação em outros elementos de prova.

---

<sup>112</sup> CONJUR. *Voto do Ministro Celso de Mello na Petição 7.074*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

- d) **Substituição da Pena Privativa de Liberdade** ou por restritiva de direitos (hipóteses do art.43 do CP);
- e) **Prorrogação da Denúncia:** art.4º,§3º, da Lei 12.850 dispõe sobre a possibilidade da suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou do processo em até seis meses, podendo ser prorrogado por mais seis meses, para o cumprimento das medidas de colaboração. Não correrá o prazo prescricional, que ficará suspenso;
- f) **Acordo de Imunidade Judicial** (Não ser denunciado) como na hipótese do órgão do Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos termos do §4º, do art.4º da Lei 12.850. Inicialmente é preciso considerar que o acordo de imunidade judicial (não oferecimento da denúncia) tem natureza jurídica de extinção de punibilidade. Como mencionado no tópico anterior, a prorrogação da denúncia possibilita a suspensão do prazo para oferecimento de denúncia em até seis meses, podendo ser prorrogado por mais seis meses, para o cumprimento das medidas de colaboração. Não correrá o prazo prescricional, que ficará suspenso. Ademais, trata-se da adoção do princípio da discricionariedade regrada em razão da flexibilização do princípio da obrigatoriedade, em face da garantia ofertada pelo órgão do Ministério Público no sentido do não oferecimento da denúncia.

As condições estão previstas no art.4º,§4º, da Lei 12.850/13: a) colaborador não deve ser o líder da organização criminosa; b) o colaborador deve ser o primeiro a prestar efetiva colaboração, sendo que tais requisitos devem ser cumulativos e identificados pelo *parquet*. Desse modo, só participa do acordo de imunidade judicial o primeiro a realizar a delação premiada.

A imunidade judicial está prevista no art. 37, item 3, da Convenção de Mérida, e no art. 26, item 3, da Convenção de Palermo, desde que o colaborador preste cooperação substancial na investigação ou no julgamento dos delitos previstos nas mencionadas convenções.

O controle da imunidade judicial é realizado pelo juiz, sendo que se o magistrado divergir do não oferecimento da denúncia, deve-se se submeter ao Procurador-Geral por analogia do art.28 do Código de Processo Penal. Por fim, ocorrendo a homologação judicial e executado o acordo, o juiz não poderá mais voltar na sua decisão e não será possível a propositura da ação penal resultado da coisa julgada material, por isso se exige muita ponderação para se propor pela imunidade judicial.

#### 4.2.4 Condições

Nos termos do art. 4º, *caput* e §1º, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, para a obtenção do prêmio:

- a) a colaboração efetiva com a investigação e com o processo criminal;
- b) ser uma colaboração voluntária (sem coação física ou psicológica);
- c) deve resultar da colaboração:

a) **identificação de autoria** (coautores e partícipes) e **crimes praticados pela organização criminosa**: deve ser avaliada a suficiência da identificação de autoria (ainda que por sinais pelos quais se possa identificar o envolvido, quando não se tem a qualificação) e infrações (descrição de condutas, data e local relacionadas à autoria; não se exige um rigor técnico classificatório de tipificação exata) considerando ser inviável a delação de todos os envolvidos, velando-se evidentemente para que não haja exclusão ou ocultação espúria de nomes; neste aspecto a habilidade e “expertise” da autoridade (Ministério Público e autoridade policial) será de grande relevância, inclusive clausulando futuras inclusões de novos elementos;

b) **identificação da estrutura hierárquica** (estrutura funcional diversificada numa relação de poder e autoridade) e **divisão de tarefas** (voltada à produção criminosa) da organização: são importantes para caracterizar a organização criminosa, considerando ser a delação premiada meio de obtenção de prova para identificação de organização criminosa; não se pode olvidar ser o fundamento da delação a identificação de autoria e crimes praticados pela organização criminosa, por isso o delator deve identificar sua estrutura hierárquica e funcionamento na divisão de tarefas, sob pena de não satisfazer admissibilidade e não haver a homologação do acordo;

c) **prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa** (impedir a práticas de futuros crimes): impossível o colaborador responsabilizar-se pela não ocorrência de crimes, sendo possível – no entanto – o delator fornecer os métodos e as técnicas empregadas pela organização criminosa;

d) **recuperação do produto ou do proveito das infrações penais** (restituição): o delator – dependendo do nível de estrutura hierárquica que ocupava e, na divisão de tarefas, as atividades que desenvolvia – deve fornecer informações suficientes para a adoção de medidas que possam levar a recuperação do produto e proveito do crime. Como exemplo, pode ser destacada a possibilidade de apontar o montante de valores, o destinatário e a posse dos

depósitos e bens, moeda e transações monetárias efetuadas, porque a recuperação – ainda que parcial – do produto do crime é uma das finalidades da colaboração premiada.

e) **localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada** (como na hipótese de extorsão mediante sequestro, quando a vítima é mantida no cativeiro para o pagamento do resgate); a localização do ofendido é de extrema importância para resgatá-lo com vida, restabelecendo sua liberdade, e para interrupção da prática do ilícito com a possibilidade de prisão em flagrante (extorsão mediante sequestro – como crime permanente – possibilita o flagrante porque a consumação se alonga no tempo).

f) fica condicionada a concessão do benefício a personalidade (verificar agressividade, responsabilidade, atividade profissional, ganância) do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade (gravidade concreta, não a gravidade abstrata) e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (art.4º, *caput*, da Lei 12.850), menciona a colaboração efetiva.

#### 4.2.5 Momento

a) **Colaboração Pré-Processual**: a delação premiada pode ocorrer no inquérito (com a participação do Delegado de Polícia, do Colaborador, Advogado do Colaborador e Ministério Público), ou seja, anteriormente ao oferecimento da denúncia;

b) **Colaboração Processual**: a delação ocorre no processo (com a participação do Colaborador, Advogado do Colaborador e Ministério Público). É importante destacar a imparcialidade do magistrado, que não integra a negociação entabulada, restando-lhe a homologação da delação. O perdão judicial pode ser concedido no inquérito ou processo, mas até a sentença condenatória; por sua vez, a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive na fase de execução;

c) **Colaboração Pós-Processual**: na fase de execução penal, em que a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos (art.4º, § 5º, Lei 12.850). No entanto, é preciso considerar se ocorreu o trânsito em julgado, pois a delação é ineficaz pela impossibilidade de piorar a situação do sentenciado (impossibilidade da revisão criminal). O competente para aplicar a redução da pena ou progressão nesta fase é o juiz da execução criminal.

### 4.3 ANÁLISE SOBRE O PRISMA CONSTITUCIONAL

Embora o Supremo Tribunal Federal, através da Pet. 5.952/DF<sup>113</sup>, cuja relatoria foi Teori Zavascki, ter reconhecido a constitucionalidade da delação premiada, existem alguns aspectos oportunos a ser analisados para melhor reflexão sobre a violação ou não do Texto Constitucional.

### 4.3.1 Princípio da Titularidade da Ação e Obrigatoriedade

#### Titularidade da ação

A titularidade para o exercício da ação penal pública vem prevista no art. 129, inc. I, da Constituição ao dispor que *são funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*. A delação premiada viola em certa medida este dispositivo.

A Lei 12.850/2013 prevê – no art. 4º, § 2º – a possibilidade de o delegado de polícia representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que o benefício não tenha sido previsto na proposta inicial de colaboração premiada. Por sua vez, o § 6º, do mencionado art. 4º, dispõe sobre a possibilidade do acordo de colaboração ser realizado entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público e § 11 dispõe que a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia. Por sua vez, o art. 6º da Lei 12.850/2013 confere atribuição do delegado de polícia de inserir as condições no termo de acordo de colaboração premiada.

Os mencionados dispositivos (art. 4º, §§2º, 6º e 11, e art. 6º, inc. II) da Lei 12.850/2013 autorizariam o delegado de polícia a celebrar um acordo de perdão judicial a ser homologado pelo juiz, elevando a polícia a condição de parte e – por decorrência – conferindo capacidade postulatória.

---

<sup>113</sup> “Não subsiste mais nenhuma controvérsia quanto a constitucionalidade da colaboração premiada, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em algumas oportunidades: A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Merida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKJ, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 2504-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF V. 30, n. 358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.” (STF, Pet. 5952/DF, Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2014/09/decisaoteori.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2017).

No entanto, a Procuradoria-Geral da República alega na ADI 5.508 Ação Direta de Inconstitucionalidade que o Delegado de Polícia não pode conduzir a delação, sob pena de violar

o devido processo legal, princípio da moralidade, princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública, exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (art. 129, § 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente os §§ 1º e 4º).

A complexidade diz respeito à titularidade para o exercício da ação penal pública, que – nos termos do art. 129, inc. I, da Constituição Federal – é do Ministério Público. Por isso, ofende o princípio da titularidade da ação penal pública o acordo celebrado pelo Delegado de Polícia com o investigado/Defensor, porque a autoridade policial não tem capacidade postulatória para o perdão judicial, sendo a titularidade do *parquet*.

A hipótese do Delegado de Polícia celebrar o acordo de delação premiada com a ausência do Ministério Público é o exemplo mais evidente da violação da titularidade da ação penal. Vale ressaltar que o *parquet* terá ciência posteriormente, quando poderá ser manifestar.

Nem se olvide que a delação pode ocorrer no inquérito e que o art. 6º, inc. II, da Lei 12.850, prevê que o termo de acordo da colaboração premiada deverá conter as condições da proposta do delegado de polícia, portanto em flagrante violação à titularidade da ação penal. Ademais, concorrendo indícios de autoria e materialidade o representante do Ministério Público está obrigado a propositura da ação penal, o que não ocorrerá em razão da delação premiada.

Além da violação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ao atribuir ao delegado de polícia a propositura do acordo, subtraindo a colaboração do Ministério Público. A exclusividade para a propositura da ação penal pública ao órgão do Ministério Público (art. 129, inc. I, CF) não pode conferir ao delegado de polícia a iniciativa do perdão judicial, pois a iniciativa é ministerial. Logo, a discordância ministerial não autorizará a colaboração.

### **Princípio da Obrigatoriedade**

É necessário ressaltar que a substituição da obrigatoriedade pela oportunidade na justiça consensual tem repercussões na administração da justiça como a perda de legitimidade das instituições de justiça criminal, como no acordo de delação dos irmãos Joesley e Wesley

Batista que descrevem 240 condutas criminosas<sup>114</sup>, que poderiam redundar de 400 até 2 mil anos de pena privativa de liberdade, mas que receberam o perdão judicial.

No exercício da ação penal, alguns princípios precisam ser observados. Um deles consiste na necessidade ou obrigatoriedade da ação penal pública, ou seja, quando os elementos probantes da atividade delitiva forem notórios e constituírem substrato suficiente para a propositura da ação penal, deve esta ser manejada, uma vez que o *juízo de formação da opinio delicti, por parte do Ministério Público, é um juízo vinculado de legalidade e não de oportunidade ou conveniência*.<sup>115</sup>

A delação premiada promove uma inadequada atenuação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, ao estabelecer a possibilidade do perdão judicial no art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013. O arrefecimento do princípio da obrigatoriedade é de manifesta inconstitucionalidade se considerarmos que o art. 98, inc. I, da Constituição autoriza somente a transação para as infrações de menor potencial ofensivo. Logo, para crimes de elevada gravidade a mitigação da obrigatoriedade manifesta-se como inconstitucional.

Se pelo princípio da obrigatoriedade o órgão do Ministério Público está obrigado a promover a ação penal pública, quando formar a sua *opinio delicti* sobre os indícios de autoria e materialidade, não pode o *parquet* pela conveniência ou oportunidade deixar de promover a ação penal pública nestas hipóteses.

A delação premiada introduziu o princípio da oportunidade na ação penal pública incondicionada, ao arrepio do art. 98, inc. I, da Constituição, oportunizando também a violação da garantia da inderrogabilidade do juízo, pois o juiz apenas observaria o feito homologando-o ao final.

Nesse sentido, Heloísa Estellita<sup>116</sup> entende ser ilegal a negociação entre acusação e defesa em razão do princípio da obrigatoriedade:

Ao contrário, no estágio atual de nosso direito positivo, a celebração de qualquer acordo entre acusação e indiciado/imputado ou entre juiz e indiciado/imputado é ilegal. Quer sob o ponto de vista de “negociação” da aplicação da redução da pena ou do perdão judicial, quer sob o ponto de vista da concessão de benefícios processuais: nosso direito positivo “*não prevê a concessão de benefícios de caráter processual ao imputado*”

---

<sup>114</sup> GODOY, Marcelo. Acordo perdoa 2 mil anos de prisão para delatores da JBS. *O Estado de S.Paulo*, 4 junho 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,acordo-perdoa-2-mil-anos-de-prisao-para-delatores-da-jbs,70001825126>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>115</sup> FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada – contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 78.

<sup>116</sup> ESTELLITA, Heloísa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim 202, set. 2009.

*colaborador, isto é: os benefícios se restringem à redução da pena, concedida pelo magistrado ao final da persecução penal*". Por isso, em virtude da *regra da obrigatoriedade da ação penal*, os acordos "informais" celebrados entre acusação e defesa, no Brasil, homologados ou não pelo juiz, são ilegais.

Com relação à violação da legalidade processual e obrigatoriedade, Canotilho<sup>117</sup> ressalta a violação do mencionado princípio nos acordos de delação premiada em razão da impossibilidade de ingressar com ações penais futuras, embora coexistam indícios de autoria e materialidade: "através da combinação de várias cláusulas, pactua-se nos Termos de Colaboração Premiada um expediente processual através do qual se procura poupar réus colaboradores à ação penal relativa a crimes objeto de determinados processos e inquérito policiais pendentes ou futuros".

Ademais, Canotilho identifica

um intuito defraudatório do regime que permita uma sobreposição do procedimento através da omissão da denúncia inscrito no § 4º, do art. 4º da Lei 12.850/2013. Neste preceito, o legislador permite, na verdade, que o Ministério Público se abstenha de oferecer a denúncia contra o colaborador. Mas isto só se ele não for o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Estamos, pois, perante um caso especial de derrogação do princípio da legalidade da promoção processual, cujo acionamento está naturalmente sujeito a estes apertados pressupostos.

É importante atentar para a violação do monopólio da administração da justiça e a desproteção de bens jurídicos tutelados pela infração.

#### **4.3.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa**

Com relação ao delatado existem dificuldades relacionadas ao contraditório, na hipótese da delação premiada realizada durante no inquérito policial, na qual se identifica uma investigação baseada apenas nos depoimentos do delator. O procedimento não prevê um momento oportunamente definido para a ciência do delatado, sendo prejudicado o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, a falta de publicidade do conteúdo da delação premiada, em que o delatado não tem conhecimento do significado das manifestações do delator, exclui a ampla defesa e o

---

<sup>117</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out 2016.

contraditório. É preciso que se considere que a delação é sigilosa até o recebimento da denúncia, porém o advogado terá acesso apenas após o recebimento da denúncia, quando a colaboração premiada deixa de ser sigilosa.

Ou seja, o contraditório será extremamente mitigado, pois o princípio do contraditório ocorrerá em fase bem posterior (quando do recebimento da denúncia), nos termos do art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013. Sobre a mitigação do contraditório, Smanio e Bechara constatam que as partes abrem mão do contraditório:

Na colaboração premiada as partes abrem mão do contraditório na formação da prova [...] a colaboração premiada se caracteriza pela renúncia ao contraditório, e se revela como manifestação do princípio dispositivo. Trata-se da verdade negociada, sustentada na prova ajustada.<sup>118</sup>

Em que pese o art. 4º, § 15, da Lei 12.850, garantir a presença da defesa técnica para o delator em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, não há previsão para os delatados (corrêus, investigados) serem assistidos por defensor, embora possam ser significativamente prejudicados.

Um caso sintomático é do ex-Presidente Lula, pois o ex-mandatário se tornou investigado (e depois réu) na Operação Lava-Jato após a delação ex-senador Delcídio do Amaral: “Em julho do ano passado, o ex-líder do governo do PT Delcídio do Amaral apontou Lula como o mandante na tentativa de compra do silêncio de Nestor Cerveró<sup>119</sup>. Ou seja, o delatado não acompanha a negociação, confirmação e execução da colaboração, embora possa ser extremamente prejudicado por ela.

No mesmo sentido na Petição 6.160<sup>120</sup>/ Paraná – relatoria do Min. Edson Fachin, o ex-Presidente Lula requereu a acesso à delação de Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto por instruírem ações penais em seu desfavor. O Min. Fachin indeferiu o acesso invocando a sigilosidade, o que – em nosso entender – viola o contraditório e ampla defesa:

De fato, não há acordo de colaboração premiada homologado por esta Corte envolvendo Pedro da Silva Corrêa de Oliveira Andrade Neto. Ainda que já

---

<sup>118</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira*. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/415-1597-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

<sup>119</sup> G1. Bom Dia Brasil. *Lula depõe como réu e nega tentativa de evitar delação de Nestor Cerveró* na data de 15 de março 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/03/lula-depoe-como-reu-e-nega-tentativa-de-evitar-delacao-de-nestor-cervero.html>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>120</sup> PETIÇÃO 6.160. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/texto\_311274876.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

houvesse chancela homologatória do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos no âmbito da denominada colaboração premiada está resguardado pelo sigilo previsto no art. 7º da Lei 12.850/2013. Segundo a lei de regência, o regime de sigilo visa a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados (art. 5º, II) e o de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito (art. 5º, V, da Lei 12.850/2013); e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7º, § 2º e art. 8, § 3º, da Lei 12.850/2013).

O ordenamento jurídico assegura a presença de defesa técnica no o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição, garantindo a assistência de advogado. Por sua vez, o Pacto de São José da Consta Rica prevê no art. 8º, 2, d), o direito de ser assistido por um defensor de sua escolha.

O princípio do contraditório pressupõe o “*direito de audiência* de todos os sujeitos processuais que possam a vir a ser afectados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma *influência efectiva no desenvolvimento do processo*”, bem como assegura o “direito do arguido de *intervir no processo* e de se pronunciar e *contraditar* todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova”<sup>121</sup>.

Complementa Francisco Marcolino Jesus<sup>122</sup> que, “por força do princípio, antes de ser tomada qualquer decisão que afecte os sujeitos processuais, o *juiz deve dar-lhes a oportunidade de se pronunciar sobre a questão decidenda*”. Observa-se que a Lei 12.850/2013 não prevê um contraditório prévio antes da homologação da delação premiada, embora as consequências imediatas sejam drásticas, como, por exemplo, a decretação de prisões, em razão do conteúdo presente nas colaborações.

Se nenhuma prova é absoluta por ausência de um sistema de apreciação de prova tarifado legalmente; se a delação está condicionada a regra de corroboração (conteúdo da colaboração deve confirmado por outros elementos de prova); se os coimputados terão ciência apenas após o recebimento da denúncia (art. 7º, § 3º, Lei 12.850); se não há o cumprimento do direito de audiência aos delatados, que – apesar de afetados pela decisão – não poderão influenciar no momento de sua produção, não poderão intervir e tampouco contraditar, porque terão ciência apenas após o recebimento da denúncia, há uma expressa violação do princípio do contraditório.

Para o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a legislação deveria contemplar uma *audiência de homologação* com a presença de todos os delatados,

---

<sup>121</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 111.

<sup>122</sup> Idem.

oportunizando acesso ao conteúdo da colaboração, para que através da garantia da bilateralidade pudessem intervir, contraditar, impugnar e reperguntar, resguardando o direito de audiência.

Para ressaltar a importância do direito de defesa a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal dispõe que: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Desse modo, para a verificação e refutação é necessário o acesso do conteúdo da colaboração às partes, não apenas ao órgão do Ministério Público, mas ao Investigado/Acusado (e seu Advogado) sob pena de violação da bilateralidade. Ademais, o conhecimento do conteúdo da delação oportunizará a análise da legalidade na delação premiada.

É imprescindível o acesso do delatado à delação premiada do delator para o exercício do direito de defesa, oportunizando a possibilidade de impugnar os fatos, provas e decisões que possam prejudicá-lo, bem como produzir provas para refutar as alegações contrárias.

Além de uma investigação correta para a elucidação do crime, ao delatar uma pessoa, esta deve possuir o *direito de defesa*, posto que todo indivíduo acusado do cometimento de um fato típico, ilícito e punível tem o *direito de se defender*.

Caso contrário isto seria um *atentado ao princípio do contraditório e da ampla defesa*, como ressalta nas palavras de CARVALHO (1998, p. 80):

Entende-se, ainda, que a defesa consiste na *possibilidade de contraditar as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar, e, finalmente, tomar ciência dos atos e decisões judiciais para poder impugná-los*.

Então, o *delatado deve ter o direito de se defender das acusações que lhe foram previamente imputadas, sob pena de cerceamento do contraditório e da ampla defesa*.

Inclusive Aranha (2006, p. 135) exemplifica que este instituto *não pode ser a única prova para uma condenação*, haja vista que estaria em *controvérsia* ao disposto no princípio do *contraditório*.

Por conta disso, há toda uma investigação para a apuração dos fatos, respeitando os princípios, podendo o acusado se defender inclusive produzindo provas que comprovem a sua não autoria, participação.

Disto decorre um julgamento justo, imparcial pautado no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> PLAÇA, Luana Cristina Coutinho Orosco; SANCHEZ, Claudio José Palma. *O valor probatório da delação premiada a luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e da presunção de inocência*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Ademais, é preciso considerar o prêmio como uma forma de além de coagir para obter a confissão, traz uma significativa redução sobre a liberdade de decisão do delator, apresentando um alto custo para o direito de defesa, como observam Carlos Alberto Chiara Díaz e Mariano La Rosa<sup>124</sup>:

*Ziffer se pregunta acerca de la legitimidade de premiar una confesión con una atenuación de la pena, porque esto deriva indirectamente en un agravamento para quien hace uso do derecho a negarse a declarar y, además, si hacerlo (premiar) no es, en última instancia, un modo de coaccionar la cofesión. Para esta autora, impedir la valoración negativa, pero crear un sistema de premios para facilitar una investigación más efectiva de los delitos (con figuras como el arrepentido o el testigo de la corona), ofrece una "armonia aparente" o bien "pagada a un alto costo para la garantía de defensa. Esto así porque "hacerle sabe al imputado que su confesión posiblemente lo libere de una pena grave reduce su libertad de decisión considerablemente'.*

O voto vencido do Min. Marco Aurélio no *Habeas Corpus* no HC 90.688/PR foi no sentido de determinar o conteúdo da delação e não apenas os subscritores, como podemos observar:

Entendo presente o interesse da defesa em conhecer não só aqueles que subscreveram o citado acordo de delação premiada como também o teor desta, visando mesmo à oposição quanto ao que asseverado na denúncia. O acordo não pode ficar à margem do conhecimento da defesa.

Por sua vez, é importante ressaltar que o Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* 127.483/PR entendeu que deve assegurar ao advogado acesso a toda informação já produzida em razão da possibilidade da defesa técnica, ainda que o procedimento esteja submetido à disciplina da delação premiada:

É por tal razão que se impõe assegurar ao Advogado, em nome de seu constituinte, o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da investigação penal em causa, mesmo porque o conhecimento do acervo probatório pode revestir-se de particular relevo para a própria elaboração da defesa técnica por parte do interessado. É

---

<sup>124</sup> “Ziffer se pregunta sobre a legitimidade de premiar uma confissão com uma atenuação da pena, porque isso leva indiretamente a um agravamento para aqueles que usam o direito de se recusar a declarar e, além disso, se o fizer (premiar) não é, em última análise, uma maneira de coagir a confissão. Para esta autora, impedir a valoração negativa, mas criar um sistema de prêmios para facilitar uma investigação mais efetiva dos crimes (com figuras como o arrependido ou o testemunho da coroa), oferece uma "harmonia aparente" ou "paga a um alto custo para a garantia de defesa. Isto é assim porque "deixar o acusado saber que sua confissão pode liberá-lo de uma pena grave reduz consideravelmente a sua liberdade de decisão”. (DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, t. 2, p. 59, tradução nossa).

fundamental, no entanto, para o efeito ora referido, que os elementos probatórios já tenham sido formalmente produzidos nos autos da persecução penal. O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o interessado, qualquer interessado, tenha pleno acesso aos dados probatórios que, já documentados nos autos (porque a estes formalmente incorporados ou a eles regularmente apensados), veiculam informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada ou processada pelo Estado, ainda que o procedimento de persecução penal esteja submetido a regime de sigilo ou à disciplina da colaboração premiada.

O Ministro Celso de Mello voltou a ressaltar o direito de o advogado ter acesso às informações constantes na delação premiada, em razão da importância para elaboração da defesa técnica, condicionando, no entanto, a produção dos elementos probatórios nos autos de persecução penal<sup>125</sup>.

#### 4.3.3 Princípio do Direito de Silêncio

O princípio do *nemo tenetur se detegere* traz o direito de não produzir prova contra si mesmo, tendo como fundamento o princípio do direito ao silêncio, enquanto um direito de defesa negativa. O mencionado princípio se caracteriza pela impossibilidade da inversão do ônus da prova, sendo incumbência da acusação a comprovação do alegado na inicial (imputação), não se podendo exigir a colaboração processual do acusado (como induzi-lo a fazer declarações incriminatórias) para substituir a responsabilidade que é do Estado-acusador.

O princípio do direito ao silêncio (e também a dignidade da pessoa humana e as liberdades fundamentais) sinaliza para os limites da identificação da verdade processualmente oportuna, desobrigando o acusado do dever de colaboração (passa a ter o direito de não prestar declarações ou de se recusar a fornecer provas).

Desse modo, não está obrigado a fornecer prova da sua responsabilidade por não ser considerado o Acusado um meio de prova contra quem se possa exigir o dever de cooperação. Por decorrência, tem o acusado a liberdade de declaração, sendo vedada a extorsão de declarações incriminatórias (“o direito ao silêncio é apenas o direito que assiste ao argüido

---

<sup>125</sup> CONJUR. Voto do Ministro Celso de Mello na Petição 7.074. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

de não lhe ser extorquida a confissão”)<sup>126</sup>, como a confissão inquisitória, classificada como *regina probationum*.

Mesmo aqueles que consideram excepcionalmente o acusado como meio de prova (p.ex. dever de sujeição à realização dos exames médico-legais), consideram indispensável o “integral respeito pela sua decisão de vontade”, devendo estar no “exercício de uma plena liberdade da vontade” para “decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”<sup>127</sup>.

Desse modo, a Lei 12.850/2013 ao não vedar a delação premiada quando o acusado estiver preso, compromete a perspectiva da plena liberdade de vontade, em razão da significativa pressão psicológica e do intenso sofrimento, humilhação e torturas da prisão. A voluntariedade (exigida pelo art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013) não é satisfeita quando o acusado está preso, sendo o custodiado colaborador relegado apenas à condição de meio de prova, cuja constitucionalidade é absolutamente questionável.

Lara Sofia Pinto<sup>128</sup> revela que “no panorama legal português, não há uma previsão legal, no sentido de estabelecer uma excepção ao princípio *nemo tenetur* (direito ao silêncio), ao contrário do que se passa na lei inglesa”. Conclui a autora – ao comentar um caso de revelação de senha para descriptação – que “não é exigível a colaboração do arguido neste caso (i.e. não tem de revelar a *password* de descriptação) na medida em que não existe uma disposição legal que imponha essa colaboração em concreto”.

Nos termos do § 14, do art. 4º, da Lei de Delação, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio quando for ouvido em inquérito policial ou no processo judicial, na presença de seu defensor, nos depoimentos que prestar. Tal dispositivo é de manifesta inconstitucionalidade diante da violação do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, que prevê expressamente o direito de *permanecer calado*.

Ademais, o mencionado dispositivo também é de manifesta inconveniência, pois a renúncia ao direito ao silêncio viola a garantia judicial prevista no art. 8º, 2, g, do Pacto de São José da Costa Rica, no qual a pessoa acusada tem o *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*. Some-se a manifesta inconveniência se considerarmos art. 14, 3, g, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no qual se

<sup>126</sup> MENEZES, Sofia Saraiva de. O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coords.). *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 134.

<sup>127</sup> JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 143.

<sup>128</sup> PINTO, Lara Sofia. *Privilégio contra a autoincriminação versus colaboração do arguido*. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coords.). *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 116.

garante à pessoa acusada o direito de *não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*.

Aury Lopes Jr.<sup>129</sup> destaca que

Problemática, ainda no que tange à delação premiada, é a possibilidade de utilização do direito ao silêncio por parte do delator que está depondo. Quando estiver depondo na condição de réu, é inegável que está amparado pelo direito de silêncio e, portanto, não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas (pelo juiz, acusador ou demais corréus) e que lhe possam prejudicar. Mas, em relação às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória dos corréus. É imprescindível muito cuidado por parte do juiz ao valorar essa prova, pois não se pode esquecer que a delação nada mais é do que uma *traição premiada*, em que o interesse do delator em se ver beneficiado costuma fazer com que ela atribua fatos falsos ou declare sobre acontecimentos que não presenciou, com o inequívoco interesse de ver valorizada sua conduta e, com isso, negociar um benefício maior. Contudo, quando arrolado, como testemunha da acusação, não está protegido pelo direito ao silêncio, tendo o dever de responder a todas as perguntas, como qualquer testemunha.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>130</sup> no mesmo sentido:

Uma vez iniciado o processo, sendo o *colaborador*, indubitavelmente, parte no processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei incorrendo em grave *inconstitucionalidade* estabelece em seu parágrafo 14 do artigo 4º, que o “*colaborador*” renunciará — utiliza-se voz cogente — ao direito ao silêncio, na presença de seu defensor. Ora, o dispositivo legislativo é claramente “inconstitucional” enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na constituição, como em todos os pactos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesmo a pretexto de “colaborar” com a Justiça, ou seja, na condição de *colaborador*. Afinal, lhe interessa muito mais (lhe é muito mais benéfico) uma “sentença absolutória”, que a aplicação dos benefícios decorrentes da colaboração.

Julio Maier<sup>131</sup> ressalta que pelo mencionado princípio não ser possível obrigar a fornecer informação, estando ressalvada a vontade expressada livremente e sem coação, pelo

---

<sup>129</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 464-465.

<sup>130</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Delação premiada na "Lava-Jato" está eivada de inconstitucionalidades*, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>131</sup> “Liberdade de decisão do acusado durante a sua declaração que não pode ser coarctada por nenhum ato ou situação de cação, física ou moral (tortura ou tormento, ameaça, juramento, cansaço, perda de serenidade, acusações ou reconvenções, respostas instadas peremptoriamente tendentes a obter alguma confissão), pela promessa ilegítima de uma vantagem ou pelo engano (perguntas capciosas ou sugestivas), salvo se a coação

que fica garantida a faculdade do imputado de abster-se de declarar, a voluntariedade (que não pode ser diminuída por qualquer meio) e a liberdade de decisão:

*Libertad de decisión del imputado durante su declaración que no puede ser coartada por ningún acto ou situación de coacción, física o moral (tortura o tormento, amenaza, juramento, cansacio, pérdida de la serenidade, cargos o reconvenções, respuestas instadas peremptoriamente tendientes a obter alguna confesión), por la promesa ilegítima de una ventaja o por el engaño (preguntas capciosas o sugestivas), salvo que la coacción esté prevista específicamente en la ley (por ej., privación de libertad preventiva, CN 18).*

Manuel da Costa Andrade<sup>132</sup> exemplifica o comprometimento da liberdade de decisão do acusado a colocação de um observador a serviço da polícia com o propósito de obter fraudulentamente informações:

Concretamente, o arguido não pode ser colocado na mesma cela juntamente com um observador ao serviço da polícia, com a finalidade de obter fraudulentamente informações. Este entendimento acaba por ser sufragado pelo BGH, em decisão recente (28.4.1987) onde se dispõe: “o que um arguido conta a um companheiro de prisão (preventiva), que foi colocado na sua cela por ordem da polícia e com instruções desta para obter informações sobre o crime, não pode ser valorado no processo”. De acordo com a fundamentação da sentença, “os órgãos de perseguição penal sacrificam a liberdade de decisão do acusado através duma coação inadmissível”. Não se pode abusar do terceiro para influenciar as declarações do arguido, especialmente levando-o a renunciar ao seu direito ao silêncio. Isto constitui uma actuação coativa sobre o recluso que não é coberta pelo direito penal e é, por isso, inadmissível.

José Ignacio Cafferata Nores<sup>133</sup> exemplifica a violação da proibição de se obrigar a declarar ou atuar contra si mesmo através da atmosfera de intimidação do lugar: “*el imputado no podrá ser inducido, enganado, constreñido o violentado a declarar ni a producir pruebas en contra de su voluntad, pues el sistema constitucional así se lo garantiza ... la derivada de la atmosfera de intimidación del lugar*”.

Nesse sentido, o princípio do direito ao silêncio impede que a negativa do acusado em aderir à colaboração seja observada como indício de culpabilidade. Na Operação Lava-

---

esteja especificamente prevista na lei (por exemplo, privação da liberdade preventiva, CN 18)”. (MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 664, tradução nossa).

<sup>132</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 121.

<sup>133</sup> "O acusado não poderá ser induzido, enganado, constringido ou violentado a declarar nem a produzir provas contra sua vontade, pois o sistema constitucional assim é garantido ... o derivado da atmosfera de intimidação do lugar" (CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Manual de derecho procesal penal*. 3. ed. Córdoba: Advocatus; Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p. 141, tradução nossa).

Jato<sup>134</sup> houve a classificação das confissões como “*extorsão*”, em razão da lógica adotada: “Quem colaborou foi solto. Quem não colaborou teve a prisão preventiva decretada”.

Erich Döhring<sup>135</sup> destaca que a negativa em aderir à colaboração não pode ser indício de culpabilidade: “*La negativa de colaboración como indicio de culpabilidad en el procedimiento penal. El derecho angloamericano observa también con bastante escrupulosidad el principio de que al acusado no habrá de perjudicarle su actitud pasiva*”.

Em suma, pelo princípio do direito ao silêncio não existe obrigação de o acusado declarar-se culpado<sup>136</sup>, porém o colaborador renunciará ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade nos termos art. 4º, §14, da Lei 12.850.

Porém, o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição, garante o direito de *permanecer calado*, o art. 8º, 2, g, do Pacto de São José da Costa Rica, prevê o *direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado* e o art. 14, 3, g, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dispõe sobre o direito de *não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado*.

Ademais, o acusado no processo não pode ter compromisso de dizer a verdade pelo direito ao silêncio se tampouco poderia ser alcançado pelo falso testemunho, porque o art. 342 do Código Penal se caracteriza por ser um crime de mão própria sendo apenas responsabilizada a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete.

Por fim, o próprio o art. 186 do Código de Processo Penal garante o direito de permanecer calado, de não responder perguntas formuladas e ressaltando que o silêncio do acusado não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal prevê o princípio do direito ao silêncio ao assegurar o direito do investigado/acusado de permanecer calado, ressaltando a opção pelo processo penal democrático em oposição ao autoritário, em razão do princípio do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>134</sup> Matéria publicada no Consultor Jurídico em 18 de novembro de 2014, sob o título “*Sergio Moro mantém preso quem não quis confessar, acusa advogado*” – “O juiz federal Sérgio Moro, responsável pelas investigações da Operação “Lava-Jato”, que apura um esquema de propinas na Petrobras, determinou, na noite desta terça-feira (18/11), que as prisões temporárias de cinco executivos ligados às empreiteiras Camargo Correa, OAS e UTC sejam transformadas em detenções preventivas. A medida também vale para Renato Duque, ex-diretor de serviços da Petrobras. Para o advogado que defende a UTC Construtora, *Alberto Zacharias Toron*, esta é uma forma de “extorsão de confissões e delações”. “Quem colaborou foi solto. Quem não colaborou teve a prisão preventiva decretada”, acusa Toron. O advogado conta que não há qualquer mudança no cenário desde que os executivos foram presos para que se determinasse a prisão preventiva”.

<sup>135</sup> “A negativa de colaboração como indício de culpabilidade no processo penal. O direito anglo-americano também observa com bastante escrupulosidade o princípio de que o acusado não deve prejudicar-se com sua atitude passiva”. (DÖHRING, Erich. *La Prueba – su práctica y apreciación*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 174, tradução nossa).

<sup>136</sup> MELLADO, José María Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Peru: Fondo Editorial, 2008, p. 194.

Inicialmente, é preciso lembrar que o silêncio não pode ser considerado em desfavor do acusado, até porque o *onus probandi* é de quem alega e, no processo penal, a primeira alegação encontra-se na Denúncia. O *nemo tenetur se detegere* impede que o Acusado venha produzir prova contra si mesmo, por isso exigir a renúncia ao direito ao silêncio, como dispõe o art. 4º, §14, da Lei nº12.850/2013, é de manifesta inconstitucionalidade.

Desse modo, é impossível a renúncia ao direito ao silêncio por se tratar de um direito fundamental, que pela sua própria natureza é indisponível e inalienável, gerando tal abdicação uma nulidade absoluta se considerado o padrão de constitucionalidade (art. 5º, LXIII, Constituição Federal) e o padrão de convencionalidade (art. 8º, § 2º, g, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)

É necessário considerar a hipótese da prisão para “estimular” o Investigado ou Acusado a “voluntariamente” colaborar com a investigação ou processo criminal como uma forma de burlar pela coação psicológica o princípio do direito ao silêncio, sendo tipificada como extorsão premiada em flagrante violação dos preceitos constitucionais.

Na realidade, esta prisão “estimuladora” para o acusado aderir a delação é um meio extorsionário de obtenção de declaração incriminatória, violador do direito ao silêncio, do *nemo tenetur se detegere* e do Estado Democrático de Direito, que não pactuam com instrumentos autoritários para obtenção da responsabilidade criminal.

Trata-se de coação psicológica equiparada à tortura, na qual o sujeito permanece preso por meses, num cubículo pequeníssimo, com precaríssima comunicabilidade, num inequívoco sofrimento físico e mental com o objetivo de extorquir dados, num ambiente inóspito, insalubre, com periculosidade, agressividade, submetendo o preso a uma absurda pressão para “voluntariamente” aderir uma delação premiada.

É evidente que num quadro como este, acrescido da constatação de que na Operação Lava-Jato todos aqueles que foram libertados fizeram delação premiada, a renúncia ao direito de permanecer calado para aderir à colaboração se trate de uma forma de burlar a exigência de “voluntariedade” exigida pela lei.

Manuel da Costa Andrade<sup>137</sup> destaca que o “arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, ex., a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa. Que no que toca aos factos relevantes para a chamada questão da “culpabilidade” quer no que respeita aos atinentes à medida da pena”.

---

<sup>137</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 121.

Acrescenta Costa Andrade<sup>138</sup> que o *nemo tenetur se ipsum accusare* é uma marca irrenunciável do sistema acusatório, sendo a sua renúncia uma característica do inquisitivo: “se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória, já a sua denegação anda incidivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório”.

O mencionado autor constata ainda ser uma das características de modernas ditaduras da atitude moral a exigência a colaboração, negando princípio do *nemo tenetur*<sup>139</sup>:

O processo penal nacional-socialista e socialista sacrificam, cada um a seu modo, a prevacentes valores transpersonalistas, que colidem abertamente com o princípio *nemo tenetur...* é uma das características das modernas ditaduras da atitude moral partir do primado de um sublimado ideal de pertinência ao partido ou à comunidade, para sacrificar, humilhar, e punir arbitrariamente o cidadão porque não logra satisfazer tão elevadas exigências [...] o valor central da comunidade transcende os interesses conflitantes no processo e *obriga os participantes a colaborar* no fim comum do processo, a descoberta da verdade. Os direitos dos participantes esgotam-se na sua funcionalidade para este fim, devendo consequentemente converter-se em deveres: quer *deveres de declaração*, quer, opinião também sustentada, deveres de realização de tarefas conforme à verdade”.

Desse modo, negar ou não garantir o princípio do direito ao silêncio significa exigir a colaboração do acusado, através do dever de declarar-se. Logo, caracteriza-se como manifesta inconstitucionalidade, com inspiração ao sistema inquisitivo, a renúncia ao direito ao silêncio e o compromisso legal de dizer a verdade, previstos no §14, do art. 4º, da Lei 12.850.

A proibição de provas violadoras do princípio do direito ao silêncio sinaliza para a ideia de um instrumento de proteção aos direitos individuais.

#### 4.3.4 Princípio da Igualdade

A disparidade entre o órgão acusatório (que tem o poderoso instrumento de oferecer o perdão, diminuição da pena ou o não oferecimento da denúncia) e o acusado é brutal, a tal ponto de se submeter a quaisquer das condições pela vulnerabilidade que se encontra, o que violaria o princípio da igualdade.

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>140</sup> destacam que “a superioridade do acusador público, acrescida do poder de transigir, faz com que as pressões psicológicas e as

---

<sup>138</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>139</sup> Idem.

coações sejam uma prática normal, para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a ‘segurança’ do mal menor de admitir uma culpa, ainda que inexistente”.

Ademais, é brutal também a diferença entre quem aceita ser delator (houve condenação na Lava-Jato de 15 anos e 10 meses para cumprimento em “prisão domiciliar”, com progressão para o regime aberto em 2 anos. Nem se olvide dos irmãos Batista, que poderiam receber uma sanção entre 400 a 2 mil anos de pena privativa de liberdade pelo cometimento de 240 crimes<sup>141</sup>, porém Joesley e Wesley Batista receberam perdão judicial na delação celebrada.

Isso demonstra a necessidade das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição a fim de impedir uma brutal distorção do sistema de justiça criminal, conforme adverte o Ministro Celso de Mello<sup>142</sup>:

Cumprir enfatizar, bem por isso, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal garantirá, de modo pleno, às partes envolvidas nos litígios penais, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o *direito a um julgamento justo, imparcial e independente*, com rigorosa observância de um dogma essencial ao *sistema acusatório*: o da *paridade de armas*, que impõe a *necessária igualdade de tratamento* entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal, em contexto que, legitimado pelos *princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito*, repele a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.

É necessário observar a violação do princípio da igualdade no que tange à concessão do benefício no caso da delação premiada. Não parece haver tratamento isonômico do delator – às vezes alguém com significativa proeminência na organização criminosa – que forneça dados mínimos sobre a divisão de tarefas da organização ou que restitua apenas 5% dos valores desviados, mas que receba o perdão judicial. Além das significativas disparidades de penas com outros acusados, que – em princípio – tiveram uma participação de menor importância.

Desse modo, Afrânio Jardim<sup>143</sup> destaca a violação ao princípio da igualdade quando um acusado recebe 22 anos de reclusão em regime aberto:

<sup>140</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato#author>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

<sup>141</sup> GODOY, Marcelo. Acordo perdoa 2 mil anos de prisão para delatores da JBS. *O Estado de S.Paulo*, 4 junho 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,acordo-perdoa-2-mil-anos-de-prisao-para-delatores-da-jbs,70001825126>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>142</sup> CONJUR. *Voto do Ministro Celso de Mello na Petição 7.074*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Acordo entre o membro do Ministério Público e os criminosos confessos não pode derrogar regras cogentes do Código Penal e da Lei de Execução Penal, permitindo aplicação de regime de pena incompatível com a quantidade de pena privativa de liberdade. Por exemplo: *22 anos de reclusão em regime aberto, em prisão domiciliar com tornozeleiras eletrônicas*.

O averiguado – por ser mais perigoso ou alguém com proeminência na organização criminosa – pode deter informações mais úteis e de melhor qualidade para o desmantelamento do esquema e para melhor subsídio da investigação. Por decorrência pode ser mais favorecido que outros acusados que tenham condutas menos graves e menos censuráveis.

Desse modo, há uma violação ao tratamento isonômico com penas altíssimas para agentes com condutas menos censuráveis. Por fim, como não se tem controle sobre a possibilidade de investigados aderirem em determinado momento à delação premiada, é possível excluir alguém da delação que detém informações importantíssimas, pelo fato de não ser o primeiro a prestar colaboração.

Nesse sentido, Carlos Alberto Chiara Díaz e Mariano La Rosa<sup>144</sup> ao indagarem a legitimidade de premiar para obter uma confissão com a consequente diminuição da pena, observam uma violação na igualdade, pois “*esto deriva indirectamente en un agravamento para quien hace uso do derecho a negarse a declarar*”.

Ou seja, não há um tratamento igualitário entre o delator que obtém redução da pena e o corréu que entendeu por exercer o princípio constitucional de silenciar e não autoincriminar-se. Por exemplo, Alberto Youssef teria uma pena de 117 anos de cadeia<sup>145</sup>, no entanto cumpriu apenas três anos no regime fechado. Em março de 2017, Youssef já foi posto no regime aberto, após três anos de prisão<sup>146</sup>. Há quem sustente que Youssef “teria 122 anos de pena, caso não tivesse assinado o segundo acordo de delação premiada de sua extensa e lucrativa vida criminosa”<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> CONJUR. *Voto do Ministro Celso de Mello na Petição 7.074*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>144</sup> DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, t. 2, p. 59.

<sup>145</sup> <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/03/youssef-retira-tornozeleira-e-ganha-liberdade-no-aniversario-da-lava-jato.html>

<sup>146</sup> FOLHA UOL. Youssef passa a regime aberto, mas usará tornozeleira. *Folha de São Paulo*, 17 de março de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1867367-youssef-passa-a-regime-aberto-mas-usara-tornozeleira.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>147</sup> O DIA.IG. *Delação superpremiada dez doleiro escapar de pena que poderia passar de 100 anos*. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/brasil/2017-03-05/delacao-superpremiada-fez-doleiro-escapar-de-pena-que-poderia-passar-de-100-anos.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Por isso, vale a advertência de Mossin<sup>148</sup> no que tange à delação:

deve-se ter cautela muito grande em avaliar seu conteúdo, mesmo porque, como é notório, as recompensas distribuídas nos processos da “Lava-Jato” tem sido muito generosas, podendo, indubitavelmente, servir de instrumento, de motivo, de incentivo para que o delator implique criminalmente pessoa inocente, ou que não tenha responsabilidade criminal no importe posto na delação ou que venha atender o interesse particular de quem a provoca.

#### 4.3.5 Princípio da Imparcialidade/Jurisdição

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>149</sup> questionam a delação premiada pela violação do devido processo legal e da jurisdição, considerando a possibilidade de pena sem processo e sua aplicação pelo Ministério Público – sem o controle jurisdicional:

A “negotiation” viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, 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.

Por sua vez, Smanio e Bechara<sup>150</sup> observam que efetuado o acordo o delator passa a ter o benefício da redução ou perdão da pena, sendo

a responsabilidade penal do colaborador é determinada pelas consequências antecipadas na própria legislação em vigor, e não no livre convencimento do juiz. A liberdade cognitiva do juiz fica restrita à legalidade e efetividade do acordo, as quais, uma vez confirmadas, retiram deste, qualquer possibilidade de contraria-las, pelo menos sob esses dois aspectos.

Canotilho destaca a necessidade da absoluta correlação entre a homologação do acordo e a decisão judicial, emergindo um compromisso de cumprimento da vantagem pactuada, para tanto deve ser da competência do Tribunal a homologação sob pena de violação do princípio do juiz natural<sup>151</sup>:

<sup>148</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. *Delação premiada – aspectos jurídicos*. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p.155.

<sup>149</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato#author>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

<sup>150</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/415-1597-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

<sup>151</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

Neste contexto de acordos de colaboração premiada, a salvaguarda da garantia do juiz natural passa por uma imposição de interpretação da Lei 12.850/2013 que permita assegurar uma relação de congruência subjetiva entre o ato de homologação do acordo de colaboração premiada e a decisão de concessão das vantagens nele previstas. Homologando o acordo, o juiz não se limita a declarar sua validade legal, mas também, de certo modo, assume um compromisso em nome do Estado: ocorrendo a colaboração nos termos pactuados e sendo ela eficaz, em princípio devem ser outorgadas ao réu colaborador as vantagens que lhe foram prometidas. Por essa razão, a competência para homologação deve ser deferida ao tribunal que à partida se antevêja como competente para o julgamento da causa em 1ª instância e assim para a aplicação ao réu das sanções criminais pelos crimes porque vier eventualmente a ser condenado.

É preciso considerar que a justiça consensual traz uma diminuição dos poderes judiciais, pois o juiz muitas vezes apenas limita-se a aplicar o acordo da delação na sentença, verificando apenas sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Por decorrência, há um incremento nas atribuições do *parquet*, que acaba pode identificar a pena para o caso concreto. Porém, a autonomia da vontade das partes não pode prescindir a essência do processo penal democrático, que exige uma sanção aplicada pelo juiz competente (juiz natural).

Acrescenta Canotilho<sup>152</sup> este Tribunal competente deve ter um real poder decisório sobre a outorga dos benefícios, sob pena de violação do princípio da jurisdicionalidade:

O regime da Lei 12.850/2013 só será constitucionalmente solvente no que a ele se diz respeito se o tribunal competente para o acordo de colaboração premiada e para a efetivação das vantagens convencionadas tiver um real poder decisório sobre a outorga dos benefícios penais que constem de tal acordo. Não sendo este o caso, se, na prática, a obtenção de um regime punitivo de favor decorrer exclusiva e materialmente do pactuado entre o Ministério Público e réu, será manifesta a afronta à máxima da jurisdicionalidade em sede de aplicação e execução de penas.<sup>153</sup>

<sup>152</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

<sup>153</sup> Violação à garantia de independência dos tribunais: Canotilho “*deverão ser consideradas inválidas cláusulas como as seguintes: ‘Homologado o acordo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, valerá em todo o foro e instância que lhe seja inferior, restando desnecessária sua homologação perante outras instâncias’*. Além de se tratar de um pacto de atribuição de competência que não tem qualquer cabimento no processo penal, porque contrário ao princípio do juiz natural, um acordo desta natureza é ainda incompatível com o princípio da independência judicial [...] Nessa medida, não estará esse juiz obrigado a outorgar ao co-réu colaborador as vantagens a ele prometidas num acordo por si não homologado enquanto juiz legalmente competente para o processo” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016).

Logo, para o Juiz homologar o acordo necessariamente teve contato com as provas, as manifestações do colaborador, demonstrando pela convicção preliminar (julgamento prévio) sobre a participação dos delatados no crime (juízo de censurabilidade), excluindo a imparcialidade.

O art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que *toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial*. O art. 93, inc. IX, da Constituição exige a fundamentação da decisão, pressupondo imparcialidade nas manifestações judiciais.

A discussão sobre a violação do princípio da imparcialidade está vinculada com a intensa participação do juiz no inquérito, a proximidade das funções probatórias e acusatórias e a formação da sua convicção nesta fase. Há um inegável comprometimento da imparcialidade do juiz que atua em fase pré-processual, no procedimento de delação premiada, participando da homologação do conteúdo da declaração do delator.

Por força do adotado modelo acusatório, o juiz também deve se mostrar imparcial quando da investigação criminal. O seu papel é simplesmente garantir ao acusado a preservação dos direitos que lhe são fundamentais, mantendo-se distante das funções probatórias e acusatórias, uma vez que a iniciativa probante é característica da acusação. Se o juiz passa a buscar prova contra o réu, inevitavelmente, assumirá uma posição contrária à defesa, tomado pela parcialidade.<sup>154</sup>

Há significativo prejuízo para a jurisdição com a antecipação da convicção do magistrado quando da homologação da delação premiada, comprometendo evidentemente o princípio da imparcialidade. O colaborador – movido exclusivamente pelo utilitário interesse de ser beneficiado com a redução da pena ou perdão faz declarações incriminatórias, sendo homologadas pelo juiz, que – posteriormente – julgará a ação penal.

Por isso, é importante considerar um juízo instrutor (para acompanhar o processo) e outro para o processo para se evitar uma contaminação valorativa. Além disso é preciso considerar o prejuízo da jurisdicionalidade, pois apesar da indeclinabilidade da jurisdição existe a possibilidade de premiar o delator com ausência do controle jurisdicional.

O Min. Teori Zavascki não homologou cláusulas sobre a renúncia ao *Habeas Corpus*, que em princípio representa renúncia ao direito de acesso ao Poder Judiciário e também rejeitou a cláusula no acordo de Alberto Youssef sobre a remuneração de 20% para a Procuradoria-Geral da República pela recuperação de ativos.

---

<sup>154</sup> FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada – contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 78.

Com efeito, o art. 4º, §4º, da Lei 12.850/2013 permite o não oferecimento da denúncia (se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração) com a antecipação do prêmio ao colaborador sem homologação judicial.

É preciso considerar o prejuízo para a jurisdição em razão da antecipação da convicção do magistrado ao homologar a delação premiada, comprometendo o princípio da imparcialidade. Ademais, a jurisdição fica prejudicada, pois não ocupará o significativo horizonte do devido processo legal, com instrução em contraditório.

Isto porque no momento em que um magistrado “homologa o acordo”, está ele a afirmar (antecipadamente) sua convicção sobre a veracidade das informações fornecidas pelo delator sobre a “identificação dos demais co-autores ou partícipes”. Lembremos que o delator só fará jus à diminuição da pena ou ao perdão judicial quando o magistrado se convencer de que ele “colaborou voluntariamente na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime”; ou seja, é necessário que o magistrado esteja convencido de que as pessoas apontadas pelo delator efetivamente são coautores ou partícipes do crime perpetrado. Isto implica dizer que a “homologação” tira do magistrado aquela que deve ser sua qualidade elementar para o exercício da jurisdição: a imparcialidade.<sup>155</sup>

Com relação ao direito premial, é preciso considerar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como constitucional a delação, através do *Habeas Corpus* nº 90688, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008. Reconhecimento que antecedeu a própria vigência da Lei 12.850/2013.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reiterado a constitucionalidade da delação premiada (Min. Cezar Peluso, Extradicação 1085, Tribunal Pleno, j. em 16.12.2009; Min. Carlos Ayres de Britto, STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008; Min. Ricardo Lewandowski, STF, 1ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008), **existem manifestas inconstitucionalidades do mencionado instituto**, quer na perspectiva normativa, quer na perspectiva da sua aplicação.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>156</sup> salienta as violações das garantias fundamentais da *ampla defesa*, do *devido processo legal*, do *direito ao silêncio*, de *não produzir prova contra si mesmo*, *direito de não se autoincriminar*, impostas pelo Ministério Público (negociador) na

---

<sup>155</sup> ESTELLITA, Heloísa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim 202, set. 2009.

<sup>156</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada na "Lava-Jato" está eivada de inconstitucionalidades, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

colaboração premiada celebrada na Operação Lava-Jato com o ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa, destacando-se nulidades absurdamente inconstitucionais.

Importante destacar que o negociador impõe ao delator a renúncia aos direitos constitucionais (ampla defesa, do devido processo legal, do direito ao silêncio, de não produzir prova contra si mesmo, direito de não se autoincriminar), embora tais direitos sejam irrenunciáveis.

Cezar Roberto Bitencourt<sup>157</sup> sublinha algumas *pérolas de nulidades e inconstitucionalidades* no mencionado acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa: 1) o delator tem que *desistir* de todos os *habeas corpus* impetrados; 2) deve *desistir*, igualmente, do exercício de defesas processuais, inclusive de questionar competência e outras *nulidades*; 3) deve assumir *compromisso de falar a verdade* em todas as investigações (*contrariando o direito ao silêncio, a não se autoincriminar e a não produzir prova contra si mesmo*); 4) não impugnar o acordo de colaboração, por qualquer meio jurídico; 5) *renunciar*, ainda, ao exercício do *direito de recorrer* de sentenças condenatórias relativas aos fatos objetos da investigação.

Acrescenta o mencionado autor que o art. 4º, §14, da Lei 12.850/2013, ao exigir a renúncia do delator ao direito constitucional ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação, está revogando a Constituição Federal e invertendo a ordem natural da hierarquia de nosso ordenamento jurídico. Desse modo, se justifica a exclusão pelo Ministro Teori Zavascki dessas cláusulas restritivas do acordo.

É importante destacar a questão do juiz natural, cujo princípio tem sido violado na denominada Operação Lava-Jato, no entendimento de Ademar Rigueira Neto, pois haveria uma manipulação de competência e violação do princípio do juiz natural<sup>158</sup>:

Em virtude de uma interceptação telefônica antes deferida, ao que tudo indica por juiz competente, constatou-se que o então diretor de Abastecimento da Petrobras havia recebido um veículo de luxo, como contrapartida de uma suposta propina. A partir daí, uma nova investigação surgiu, permanecendo no mesmo juízo a competência para sua apreciação e controle da legalidade. Na verdade, essa manipulação era o auspício do que viria a se tornar a Operação “Lava-Jato”, surgida e mantida com base na aplicação desvirtuada das regras que estabelecem a prevenção.

---

<sup>157</sup> Idem.

<sup>158</sup> RIGUEIRA NETO, Ademar. *A manipulação do juiz natural na Operação "Lava-Jato"*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-24/ademar-rigueira-neto-manipulacao-juiz-natural-lava-jato#author>> 24 de maio de 2017>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Tratava-se, portanto, de serendipidade, que deveria ter originado uma *notitia criminis* para o juiz competente. Porém este modelo se estendeu para todas as ações, sendo “identificado” por ser da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba, embora apenas uma refinaria se localize em Araucária, entorno de Curitiba. Não há sentido de respeito ao juiz natural quando se observa que as licitações não fraudadas no Paraná e as reuniões entre as empreiteiras em outros Estados. No entanto, a competência da Vara de Curitiba foi assegurada pelos Tribunais.

#### 4.3.6 Estado Democrático de Direito

Cezar Roberto Bitencourt<sup>159</sup> ressalta

É pertinente e persistente a crítica doutrinária de que o Brasil vem legislando no processo penal de forma a desviar o foco da produção probatória através da *investigação do fato*, para concentrar-se na pessoa do próprio investigado como fonte de prova, transferindo-lhe obrigações – ou, no caso, estimulando-o – a reconstituição do fato. Não deixa de ser uma forma indireta de o legislador burlar ou desrespeitar a garantia constitucional de o cidadão não produzir prova contra si mesmo.

Prende-se para investigar, prende-se para fragilizar, prende-se para forçar a confissão e, por fim, prende-se para desgastar, subjugar, ameaçar e forçar a “colaboração premiada”! Aliás, a própria autoridade repressora reconhece, oficialmente, em seu parecer, que esse é o objetivo maior das prisões e tem sido exitoso: arrancar a confissão e forçar a “delação”! Retornamos à Idade Média, quando às *ordalhas* e a tortura também tinham objetivo de arrancar a confissão, e também eram cem por cento exitosas! Só falta torturar fisicamente, por que psicologicamente já está correndo!

Essa admissão oficial do fundamento das prisões escancara a sua ilegalidade, a sua arbitrariedade e a sua ilegitimidade! Certamente, não resistirá ao crivo dos tribunais superiores! Ao menos, é o que se espera em um Estado Democrático de Direito, que consagra a prisão como última *ratio*!

No Estado Democrático de Direito, a persecução criminal deve incidir sobre o fato, não se devendo premiar o direito penal/processo penal do autor. Salah H. Khaled Jr.<sup>160</sup> demonstra que a persecução é voltada contra o ex-Presidente Lula – ao tratar da condução coercitiva da Operação Lava-Jato que envolveu o ex-mandatário:

Mas tudo indica que ele é propositalmente movimentado e estruturado para a consecução de um objetivo final, que não é outra coisa que a obtenção da

<sup>159</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada na "Lava-Jato" está eivada de inconstitucionalidades, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>160</sup> KHALED JR., Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2016, p.161.

joia da coroa: ninguém menos que o próprio Lula. E para isso qualquer medida é aceitável: pouco importa se ela implica violação explícita da Constituição ou não.

É importante considerar que a delação premiada deve ser obtida *voluntariamente*, conforme dispõe o art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013. A voluntariedade impede – por si só – o constrangimento (por pressão) ou a coação (física ou psicológica) para alguém aderir à colaboração premiada. Se houver pressão ou coação psicológica para a adesão à colaboração premiada, teremos uma medida autoritária e, portanto, contrária ao Estado Democrático de Direito.

No entanto, o Procurador Regional da República Manoel Pastana, nos autos de *Habeas Corpus* 5029050-46.2014.404.0000<sup>161</sup> e 5029016-71.2014.4.04.0000<sup>162</sup>, emitiu um parecer defendendo a prisão para *convencer* os acusados a colaborar com a identificação dos crimes, como podemos observar:

2. Além de se prestar a preservar as 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 outros tantos.

Lenio Streck e André Karam<sup>163</sup> – com intensa crítica – asseveraram que o parecer do Procurador Pastana defende a ideia segundo a qual “*a delação premiada deve ser usada para pressionar investigados a ‘abrir o bico’, pois ‘passarinho para cantar precisa estar preso’*”, acrescentando que a delação premiada obtida sob pressão ou violência psíquica dos acusados viola o “*direito sagrado ao silêncio*”, sendo caracterizada como um ato de “*autoritarismo*”.

É importante não dar oportunidade ao estado de polícia com a adoção de medidas que rasguem o Estado Democrático de Direito, conforme adverte Eugenio Raúl Zafaroni<sup>164</sup>:

<sup>161</sup> CONJUR. *Habeas corpus* 5029050-46.2014.404.0000. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>162</sup> CONJUR. *Habeas corpus* 5029016-71.2014.4.04.0000. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>163</sup> STRECK, Lenio; KARAM, André. *Vícios privados, benefícios públicos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/12/1561785-lenio-streck-e-andre-karam-vicios-privados-beneficios-publicos.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>164</sup> “Numa perspectiva dinâmica, o direito penal do Estado de direito não pode cometer a ingenuidade de lhe ceder um espaço e, ainda menos, o seu instrumento orientador para o estado de polícia, confiando que este manterá no âmbito acordado e compartimentalizado ... ou Estado de direito é o instrumento de orientador indispensável em nossa resistência ao estado de polícia”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 170, tradução nossa).

*En una perspectiva dinámica, el derecho penal del estado de derecho no puede cometer la ingenuidad de cederle un espacio y menos aún su instrumento orientador al estado de policia, confiando en que éste se mantendrá en ámbito acordado y compartimentalizado ... o estado de derecho es el instrumento orientador indispensable en nuestra resistencia al estado de policia.*

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>165</sup>, – ao tratarem da decisão de Sérgio Moro sobre a obrigatoriedade do comparecimento do ex-Presidente Lula ao depoimento das 87 testemunhas de defesa, ressaltaram a ilegalidade do ato e trouxeram como motivo (dentre outros) o caráter autoritário da decisão, o que violaria o Estado Democrático de Direito:

Em terceiro lugar, mesmo o acusado em liberdade provisória não pode ser obrigado a comparecer em oitiva de testemunhas que foram arroladas porque faz parte de sua tática defensiva. Portanto, a decisão peca ainda pelo *ranço autoritário*, na medida em que coloca o acusado na situação de *"objeto" de prova*, e não de sujeito do processo. Ressalve-se que, se o acusado estiver em liberdade provisória, tendo assumido o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, então sua ausência poderá causar-lhe prejuízo (revogação da liberdade provisória e decretação da prisão). Mas essa é uma situação excepcional, que não se constitui no caso em análise.

Embora não se trate diretamente de delação premiada, é preciso considerar o *"ranço autoritário"* e a inserção de Acusados na situação de *"objeto de prova"*, situação presente nos processos da Lava-Jato e que violam o Estado Democrático de Direito.

#### **4.3.7 Vedação à Tortura**

Inicialmente, é necessário recordar que o art. 5º, inc. III, da Constituição Federal prevê que *"ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"*. Além do inc. XLIX: *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*. Ou seja, uma inequívoca opção pela não legitimação de procedimentos cruéis, desumanos e degradantes ou que possam caracterizar atos de tortura.

Por sua vez, o art. 1º, alínea "a", da Lei 9.455/1997, prevê como crime de tortura *"constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa"*.

---

<sup>165</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Por que Lula e nenhum acusado precisa ir a oitiva de testemunha*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-21/limite-penal-lula-nenhum-acusado-ir-otiva-testemunha>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

Por sua vez, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, ratificada pelo Brasil em 28/09/1989, define tortura o “ato pelo qual dores ou *sufrimentos agudos*, físicos ou mentais, são *infligidos* intencionalmente a uma pessoa *a fim de obter*, dela ou de terceira pessoa, a *informações* ou *confissões*”.

Nesta perspectiva, com vedação constitucional, o crime de tortura se caracteriza através do constrangimento para obter informação ou confissão, pelo que há quem equipare a prisão com o objetivo de obter informações sobre autoria e crimes praticados pela organização, identificação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas, prevenção de infrações, recuperação do produto do crime.

A permanência da prisão – considerando as péssimas condições carcerárias (violência, cela superlotada, infecta e insalubre, presença de facção criminosa, carência de infraestrutura, ausência de tratamento de saúde, ambiente insalubre e perigoso, inexistência de hospitalidade, tipificando o estado de coisas inconstitucionais e masmorras, assim reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal), aliada às péssimas condições psicológicas, à forte tensão relacionada ao contexto da imputação em organização criminosa, à privação da liberdade com o rompimento dos vínculos familiar/profissional/institucional/social, à cessação de vencimentos, salários ou ingresso de valores em geral a título de receita, caracterizam sofrimento agudo e constrangimentos, conceitos próprios do crime de tortura.

Por isso, alguns autores caracterizam a prisão para “forçar” a delação premiada como ato típico de tortura. A informação publicada no jornal *Folha de São Paulo*<sup>166</sup> traz a utilização prisão para forçar delação, revelando um atentado ao Estado Democrático de Direito:

Preso há mais de um ano em Curitiba, o empresário Marcelo Odebrecht *foi convencido por procuradores da Operação “Lava-Jato” a desistir de um pedido de liberdade* impetrado por seu advogado no último dia 5. A Marcelo Odebrecht foram dadas duas alternativas: *ou retirava o pedido de liberdade, ou estavam encerradas as tratativas para o acordo de delação premiada* que ele negocia com procuradores desde março, logo após ter sido condenado a 19 anos de prisão. A desistência ocorreu na última quarta-feira (13/7), sem que o Ministério Público tivesse avaliado o pedido feito pela defesa de Marcelo.

Rômulo de Andrade Moreira<sup>167</sup> observa que presos são trancafiados em celas minúsculas por meses, encontrando-se incomunicáveis, são medidas destinadas a coagir para participar da delação:

---

<sup>166</sup> FOLHA UOL. *Por delação defesa de Marcelo Odebrecht desiste de pedido de liberdade*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1792686-por-delacao-defesa-de-marcelo-odebrecht-desiste-de-pedido-de-liberdade.shtml>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

E o mais grave: tais *prisões*, revestidas de uma suposta legalidade, são decretadas, na verdade, na maioria das vezes, com uma finalidade: *COAGIR o preso*, ainda sem culpa certificada por uma sentença condenatória, a delatar. Isso é fato e é gravíssimo. *Deixa-se o investigado ou o réu preso durante meses, trancafiado em uma cela minúscula, praticamente incomunicável, sem que se demonstre legalmente a necessidade da prisão, pressionando-o a firmar um “acordo” de delação. Ora, quem não se submeteria? E quem não falaria o que os inquisidores queriam?* Isso é muito complicado. A Lei 12.850/2013, que trata da delação premiada, exige expressamente a voluntariedade do delator. Será mesmo que estas delações que estão sendo feitas em Curitiba são voluntárias no sentido próprio do vernáculo? Se não o são, até que ponto podem ser críveis? Vejam os benefícios que estes delatores estão tendo em relação às suas penas. Sem falar em outros que sequer estão previstos em lei, contrários à lei, inclusive.

André Nicolitt<sup>168</sup> pontifica que aliar prisão preventiva com delação premiada tipifica o crime de tortura:

De fato, a *delação* por si só está prevista em lei, assim como a *prisão preventiva*. Ocorre que *a associação dos dois institutos em tudo se equivale a TORTURA*.

Nota-se, desta forma que a *prisão preventiva*, sem sombra de dúvida consiste em promover *sofrimento físico e mental* ao ser humano. Basta pensar na hipótese de se passar um dia em uma cela superlotada, infecta e insalubre como as que conhecemos no sistema penitenciário brasileiro. Ainda que tivéssemos um sistema prisional bem estruturado, a clausura por si só já é um sofrimento físico e mental, com maior razão em um sistema marcado pela insalubridade, falta de higiene, superlotação, promiscuidade e toda sorte de abuso e ilegalidade que existe na realidade prisional brasileira.

Todavia, a prisão preventiva, por si só não pode ser considerada uma tortura quando tem por escopo, exclusivamente, a prevenção do processo, seja para garantir a instrução, seja para evitar o risco de fuga. No entanto, *A ASSOCIAÇÃO PRISÃO PREVENTIVA E DELAÇÃO, A TRANSFORMA EM VERDADEIRA TORTURA*, já que dá a ela a *nítida função de extrair do investigado informações*, subsumindo-se nas elementares do tipo de tortura, bem como na definição esculpida na Convenção Contra a Tortura.

Por outro lado, a lei ao prever a delação premiada estabelece como condição a *voluntariedade* (art. 4º da Lei 12.850/2013), sendo esta *condição incompatível com a prisão*. A toda evidência, *estando o investigado preso, a delação não será voluntária*, será sim um ato de *fuga de um sofrimento insuportável*. A delação no contexto da *PRISÃO PREVENTIVA TRANSFORMA ESTA EM VERDADEIRA TORTURA*, sendo, portanto, inválida e inadmissível.

Com efeito, para nós, *a delação premiada além de ser um instituto incompatível com o processo penal democrático*, sendo ela precedida da

<sup>167</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Como não ser um Juiz de Direito? Fácil, leia as decisões de Sérgio Moro*. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/como-nao-ser-um-juiz-de-direito-por-romulo-de-andrade-moreira>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

<sup>168</sup> NICOLITT, André. *Colaboração premiada pode ser tortura*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

prisão preventiva, não tem validade por não preencher a condição legal do art. 4.º da lei 12.850/2013, ou seja, não é voluntária. A delação precedida de prisão preventiva é prova ilícita, logo inadmissível por força da Constituição. Por óbvio, em uma sociedade ávida por justiça, os resultados obtidos através da delação premiada fazem reunir entornos do instituto, uma legião de admiradores e entusiastas. Porém, aquele que está efetivamente comprometido com a construção de um Estado Democrático de Direito não pode iludir-se com uma técnica através da qual os fins justificam os meios. O Estado não pode fazer pacto com criminosos sem se igualar a eles.

Hélio Rubens Brasil<sup>169</sup> a pressão psicológica, a coação física e a decretação da prisão preventiva com o propósito de obter informações pela delação premiada, o que no nosso entendimento não poderia deixar de ser tortura:

A delação pressupõe espontaneidade e voluntariedade, a despeito de, na prática, a imposição da lei de regência não ser observada. Em muitos casos verifica-se a aplicação do instituto como mecanismo de *pressão psicológica* e até mesmo de *coação física*, cuja constância pode ser observada em decisões de *decretação de prisão preventiva desprovidas de fundamentação*, proferidas com o propósito único de obter a delação “premiada”.

A crítica reside no fato de o segregado da liberdade não depor de forma espontânea e livre, haja vista sua disposição de vontade ou de barganha estarem limitados pelo fato de estar encarcerado, o que torna a prova viciada desde a origem, pois em desconformidade com a legislação e com o próprio texto constitucional.

Por essa razão, quando uma pessoa está encarcerada, além de estar sofrendo as funestas consequências físicas da impossibilidade de locomoção e comunicação, está com o seu psicológico altamente abalado, o que torna questionável sob todos os aspectos a sua manifestação de vontade.

José Antonio Farah Lima<sup>170</sup> sugestiona a possibilidade de transtornos psicológicos, traumas, ansiedade paranoica e depressão como decorrência da delação premiada, acrescentando que a colaboração premiada deve ser espontânea, não se viabilizando na hipótese de prisão preventiva de coação psicológica, o que no meu sentir é um ato análogo ao de tortura.

Em primeiro lugar, verifica-se que a delação premiada é acontecimento ímpar e impactante na vida da pessoa indiciada ou processada criminalmente. Provavelmente, *transtornos psicológicos* a médio e longo prazo aparecerão na psique do delator, tais como *trauma, ansiedade paranoica e depressão*. Assim, abre-se um amplo campo de pesquisa para a ciência psicológica no sentido de estudar a delação premiada e seus efeitos

<sup>169</sup> BRASIL, Hélio Rubens. *Delação premiada a rainha das provas?* Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

<sup>170</sup> LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Delação premiada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

psicológicos na subjetividade do delator. Para isso, sugerimos o levantamento do histórico psicológico desta pessoa, entrevista logo após a realização da delação premiada (com autorização judiciária) e acompanhamento do aparecimento de eventuais *transtornos psicológicos após a delação premiada*. Acreditamos não haver ainda pesquisa no Brasil a este respeito, sendo que o assunto é de extrema relevância para o aperfeiçoamento do instituto da delação premiada.

Em segundo lugar, a delação premiada somente será legítima se ocorrer de modo *espontâneo*. Deste modo, *não é válida a utilização de prisão preventiva como instrumento de coação psicológica*. De acordo com o artigo 312 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Deste modo, não está prevista hipótese de estímulo à delação premiada como justificativa para o juiz determinar – ou manter – a prisão preventiva de eventual delator. Em nossa opinião, *a utilização de prisão preventiva como forma de coação psicológica visando à delação premiada é forma distorcida* de aplicação da prisão processual, que deve ser utilizada de forma excepcional e somente nas hipóteses previstas na lei.

Cândido Furtado Maia Neto<sup>171</sup> destaca ser a delação uma confissão sob pressão psíquica através de uma extorsão oficializada ou legalizada, *tipificando-a como uma tortura psíquica*:

A “delação ou colaboração premiada” é uma espécie de *confissão* espontânea (ou melhor, insistimos, *sob pressão psíquica*) sem garantia certa ao acusado, se o Estado-Juiz vai ou não acatar ou considerar as informações prestadas, para fins de desconto da pena anunciada, numa forma de condenação em perspectiva, ou melhor, via “*extorsão oficializada*” ou “*extorsão legalizada*” [...] A delação existe desde a época da *tortura física*, nos tempos da inquisição comandada pelos *Tribunais do Santo Ofício*, onde imperava a confissão do réu, considerada a “*rainha das provas*”.

Mas vigora de maneira velada a “*tortura psíquica*”, na forma de “*delação premiada*”.

Havendo a delação por parte do *confitente*, é dever do Estado no exercício da atividade jurisdicional do *ius presequendi* e do *ius puniendi*, assegurar a integridade física e moral do delator (art. 5º XLIX CF c.c. art. 38 CP e art. 40 LEP), e de seus familiares, vez que correm sério risco de atentado pessoal (art. 5º “caput” CF – inviolabilidade a vida), em respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF). A Lei 9.807/1999 visa à proteção de testemunhas, vítimas e de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

A prática ou a aplicação da “*delação premiada*” *não condiz* com os postulados da *segurança jurídica* do Estado de Direito, nem com o *sistema acusatório democrático*, afetando flagrantemente o princípio da

<sup>171</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado. *Delação (colaboração) Premiada e os Direitos Humanos – Modelo de justiça com tortura psíquica legalizada, imputação generalizada, pena anunciada e condenação antecipada*. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/26266437/o-caso-lula-a-luta-pela-afirmacao-dos-direitos-fundamentais-no-brasil---cristian/19>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

obrigatoriedade da repressão estatal dos crimes de gravíssimas proporções (ação penal pública), no contexto da isonomia e da legalidade.

Eugenio Raúl Zafaroni<sup>172</sup> também ressalta o caráter extorsionário da delação premiada contra as minorias e segmentos de escassos recursos quando aborda a altíssima seletividade do controle repressivo nos Estados Unidos:

*En el plano procesal, el juicio se ha se há vuelto extraordinario, de modo que las garantías del jurado fueron suprimidas para las personas de escasos recursos. La bargaining o negociación es poco menos que una extorsión contra las minorías y todos los segmentos de bajos recursos. Por esta vía el proceso penal acusatorio devino en gran medida una ficción, pues la decisión queda en manos del propio acusador (el ministerio público).*

Assim, a lei possibilita a adesão do averiguado ou acusado a delação premiada mesmo quando estejam presos, numa evidente violação do art. 5º, inc. III e XLIX, da Constituição.

Por fim, é preciso considerar que período do “Regime Militar, a partir de 1964, a delação premiada era muito utilizada para descobrir as pessoas que não concordavam com aquele modelo de governo e, portanto, eram consideradas criminosas”<sup>173</sup>.

#### 4.3.8 Princípio da Legalidade Penal e Devido Processo Legal

##### Princípio da Legalidade Penal

Inicialmente, é preciso considerar a violação da legalidade penal nas hipóteses de promessa ou concessão de vantagens sem previsão na lei, como uma redução de pena superior a 2/3 como previsto no art.4º, *caput*, da Lei 12.850/13, como adverte Canotilho<sup>174</sup>:

Na verdade, o princípio da separação dos poderes, que se procura garantir e efectivar através da prerrogativa da *reserva da lei formal ínsita ao princípio da legalidade penal*, seria formal e irremissivelmente abatido se ao poder

<sup>172</sup> “No plano processual, o julgamento tornou-se extraordinário, de modo que as garantias do jurado foram suprimidas para pessoas com recursos limitados. Bargaining ou negociação é nada menos que a extorsão contra minorias e todos os segmentos de baixa renda. Desta forma, o processo penal acusatório tornou-se em grande parte uma ficção, uma vez que a decisão permanece nas mãos do próprio acusador (o Ministério Público)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 60, tradução nossa).

<sup>173</sup> DIAS, Pamella Rodrigues; SILVA, Erik Rodrigues da. *Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delaçao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

<sup>174</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

judicial fosse reconhecida a faculdade de ditar a *aplicação de sanções não previstas legalmente* ou de, sem supedâneo legal, poupar o réu da punição. É o que sucederia, por exemplo, no caso de *atenuação de uma pena de prisão para lá da redução de “em até 2/3 (dois terços) previsto no caput do art.4º da Lei 12.850/2013* ou de concessão de um perdão judicial em relação a um crime não contemplado pela Lei 12.850/2013. Em tais casos, o juiz substituir-se-ia ao legislador numa tão gritante quanto constitucionalmente intolerável *violação dos princípios fundamentais* do (e para o) Estado de direito como são os da *separação de poderes*, da *legalidade criminal*, da *reserva da lei* e da *igualdade* na aplicação da lei.

Desse modo, é necessário relembrar os benefícios previstos na Lei 12.850/2013 (perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade em até dois terços, substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e abstenção de oferecimento da denúncia). Há, ademais, a possibilidade de conceder benefício após a sentença, como a hipótese de reduzir a pena até a metade ou admissão de progressão de regime ainda que não presentes os requisitos objetivos.

Pretendendo demonstrar os vícios dos acordos de delação na Operação Lava-Jato Canotilho<sup>175</sup> revela a violação da Taxatividade em razão das

vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas ou concedidas”. Acrescenta o constitucionalista português ainda que “na fase pré-sentencial não pode pactuar-se um benefício só previsto para uma colaboração pós-sentencial (v.g. progressão de regime de execução de pena privativa de liberdade); tal como é proibido conceder-se na fase pós-sentencial um prêmio só admitido na fase anterior (v.g. o perdão judicial).

Por fim, o doutrinador português<sup>176</sup> adverte ainda para a violação da legalidade penal na hipótese de redução da pena de multa no patamar mínimo, em razão da Lei 12.850/2013 tratar apenas a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos: “não obstante, dentre as várias propostas premiais cumulativamente oferecidas pelo Ministério Público Federal conta-se uma redução da pena de multa que vier a ser aplicada ao réu de forma a fazê-la coincidir com seu patamar mínimo”.

É preciso considerar – ainda – que se a atribuição de aplicar a pena for destinada ao Ministério Público (ainda que numa aplicação formulada na cláusula de delação premiada, que não pode ter alterado o seu conteúdo pelo juiz) há manifesta ofensa ao princípio da culpa,

<sup>175</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

<sup>176</sup> Idem.

pois de antemão já se tem a aplicação da sanção, independentemente da avaliação judicial após o devido processo e estabelecimento no sistema trifásico da quantidade de pena.

### **Devido Processo Legal – Persecução Penal**

O sistema acusatório figura como uma importante garantia na persecução criminal, determinando que o processo se desenvolva sob a égide de determinados princípios, torna-os fundamentais para o regular deslinde da ação penal, elevando-os à qualidade de garantia<sup>177</sup>. A força garantista do sistema acusatório permite estabilidade na persecução penal, conferindo respeito aos direitos fundamentais e possibilitando a correção de prática de ato procedimental nas intervenções excessivas.

É preciso considerar que “o procedimento aumenta a probabilidade de um resultado conforme o direito fundamental”<sup>178</sup>. Por isso, o instituto da delação premiada, embora se reconheça avanços implementados pela Lei 12.850/2013, necessita ser aprimorado em razão de manifesta inconstitucionalidade, como a renúncia *ao direito ao silêncio* e o *compromisso legal de dizer a verdade*.

A questão é da violação do devido processo legal e, por decorrência, do próprio procedimento penal, porque o autor do fato, além de legalizar parcialmente os ganhos obtidos criminosamente, corrompe o processo penal a partir de um processo penal com uma persecução criminal calculada e com a finalidade de perdão ou isenção da pena, além de desvirtuar os fins e os fundamentos da pena.

Desse modo, a persecução criminal não pode permanecer ilhada infensa ao Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, direitos humanos e as liberdades públicas. Por isso se discorda de ex-Ministro Carlos Ayres Britto (HC 90.688 – STF) quando ressaltou que via

a *persecutio criminis* ou o combate à criminalidade num contexto de segurança pública” e que “o combate à criminalidade se dá exatamente nesse contexto. Como a segurança pública não é só dever do Estado, mas é direito e responsabilidade de todos, situo, nesse contexto, como constitucional a lei que trata da delação premiada.

Ademais, a persecução criminal calculada pelo prêmio a ser recebido, a partir das informações seletivas levadas ao coletor (Delegado de Polícia ou órgão do Ministério

---

<sup>177</sup> FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada – contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p.78.

<sup>178</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 38-39.

Público), corrompe a finalidade de se identificar a apuração dos fatos tais quais se passaram no mundo fenomênico.

O risco é corromper os valores da persecução criminal, nos quais os delatores frequentes podem direcionar seletivamente as informações a serem levadas ao conhecimento do coletor para calcular a isenção ou diminuição da pena e a proteção do patrimônio amealhado ilicitamente, perdendo-se os fundamentos da pena e incentivando a prática de ilícitos.

É importante considerar a violação do devido processo legal em razão do prejudgamento exercido na homologação pelo julgador ao reconhecer a existência de autoria, materialidade e os elementos caracterizados do crime, além da causa de diminuição de pena, conforme nos adverte Heloísa Estellita<sup>179</sup>:

Assim, afora a ínsita ilegalidade da celebração de acordo entre indiciado/acusado e Ministério Público e sua homologação pelo juiz, a *natureza jurídica* da delação premiada impede que se possa falar em *acordo* antecipando sua aplicação. De um lado porque não incumbindo ao Ministério Público proferir sentença, não pode (ou não deve) prometer algo que não pode cumprir; de outro porque, acaso o acordo seja “homologado” pelo magistrado, tal proceder implica *duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal*: a) o juízo de condenação; b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena.

Por sua vez, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>180</sup> ressalta a inconstitucionalidade da delação premiada pela violação de devido processo legal, porque não há contraditório e, por decorrência, não existe processo sem o mencionado contraditório. Acrescenta a violação do devido processo legal, porque não pode haver pena sem processo:

Portanto, antes de tudo, é preciso mudar o sistema. Em segundo lugar — e sem opção, diante da Constituição — é indubitosa a inconstitucionalidade da delação premiada. E assim o é porque há um ferimento inadmissível à regra do devido processo legal. Há, nas modalidades praticadas, *pena sem processo*, de todo inadmissível. Basta ver que para que se possa homologar o acordo é preciso que haja processo (só dele pode advir pena), o que *só se admite depois de oportunizado o contraditório*. O processo, porém, como se sabe, é justamente aquilo em que (no iter de formação de um ato, como queria *Fazzalari*), como procedimento, recebe efetivo contraditório. *Na delação premiada*, sem embargo de tudo, *não há processo porque não há contraditório*; e aí também reside a inconstitucionalidade.

---

<sup>179</sup> ESTELLITA, Heloísa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim 202, set. 2009.

<sup>180</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim 159, fev. 2006.

O Ministro Gilmar Mendes na Pet 7074 STF<sup>181</sup> mencionou o caso da Odebrecht no qual pessoas cumprirão pena sem inquérito ou sem processo em manifesta violação ao devido processo legal:

O Professor Gustavo Badaró foi ouvido pela mencionada reportagem. Seus comentários foram precisos: “A lei 12.850, que regula a delação premiada, determina que haja três fases num acordo. A primeira é a negociação. Depois, a homologação por um juiz. E então a sentença, que será aplicada observando os benefícios negociados. O que se fez no caso da Odebrecht não foi isso. Existem pessoas que não foram sequer investigadas e vão cumprir pena sem inquérito, sem denúncia e sem sentença. É algo, realmente, de novidadeiro. Vão cumprir pena sem inquérito, sem denúncia e sem sentença. É o novo Direito Penal, que viola o princípio da legalidade, mas, mais do que isto, viola a própria Constituição.

Por isso, o Ministro Celso de Mello destacou a importância do controle do Poder Judiciário ao homologar o acordo de colaboração premiada, a fim de – resguardando a legalidade – afastar cláusulas abusivas, ilegais e inconstitucionais:

Dessa maneira, a supervisão judicial das cláusulas mostrar-se-á sempre presente em relação a cada acordo de colaboração premiada, pois a fiscalização de legalidade pelo Poder Judiciário destina-se, precisamente, a impedir que se ajustem, no pacto negocial, cláusulas abusivas, ilegais ou desconformes ao ordenamento jurídico.<sup>182</sup>

É interessante observar o posicionamento de Canotilho sobre a Operação Lava-Jato, em que destaca a necessidade da estrita observância do princípio da legalidade processual penal, declarando ser ilícita e não merecendo ser aceita a delação homologada que ajustou benefícios fora dos padrões legais<sup>183</sup>:

Transpostos estas várias dimensões em que, no fundo, se projetou o princípio constitucional da legalidade processual penal para o âmbito da colaboração premiada, manifestam-se todas elas de modo convergente numa imposição de rigorosa observância de todas as determinações legais que ditam os termos processuais que regulam a sua formação e efetivação. Uma obrigação de conformidade processual que, como é evidente, deve também ela ser

---

<sup>181</sup> CONJUR. *Voto Min. Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-revisao-delacao-stf.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>182</sup> CONJUR. *Voto do Ministro Celso de Mello na Petição 7.074*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>183</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

examinada pelo juiz no ato de homologação previsto no §7º, do art. 4º da Lei 12.850/2013 – devendo a homologação ser recusada se o procedimento que culminou no acordo da colaboração premiada ou os passos processuais futuros que nele são convencionados não se ajustarem aos quadros processuais legalmente previstos – e, ainda mais tarde, no ato de eventual concessão dos benefícios antes pactuados.

Adverte, ainda, o mencionado constitucionalista português que se a delação tiver efeitos para além do processo também violará o Devido Processo Legal, por isso não pode alcançar crimes ou pessoas que não façam parte do processo no qual foi celebrada:

A colaboração premiada não só não pode ser pactuada fora do processo, como não pode ter efeitos fora do “seu” processo, designadamente, em relação a crimes insusceptíveis de processamento conjunto com aqueles que já formam objeto processual dos autos em que o acordo é celebrado. Acresce que a limitação da eficácia aqui assinalada não pode deixar de ter em conta a utilização destes acordos de delação não apenas para promover processos contra terceiros (nomeadamente os delatados) mas também para proteger outros visados (ex.: famílias de delatores) que são poupados da ação persecutória do MP em virtude do acordo celebrado com o colaborador.<sup>184,185</sup>

#### 4.3.9 Direito à Liberdade e do Princípio da Legalidade da Prisão

O Ministro Teori Zavascki no *Habeas Corpus* nº 127186/PR ressaltou que “seria extrema arbitrariedade manter a prisão preventiva como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada”, que deve ser voluntária nos termos do *caput* e § 6º, do art. 4º, da Lei 12.850/2013. No entanto, existem violações aos direitos fundamentais neste tema, como a utilização da delação premiada para “*convencer os infratores a colaborar*” como será demonstrado no parecer do Procurador Regional da República Manoel Pastana.

O art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal, dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, estabelecendo a tutela da liberdade do cidadão e impondo o respeito às limitações constitucionais e legais para decretação da prisão.

Desse modo, a prisão cautelar – por exemplo – somente poderia ser decretada se observado o mencionado art. 5º, inc. LXI, da Constituição, e os dispositivos previstos nos arts.

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

<sup>185</sup> Âmbito Normativo da Lei 12.850/2013: Canotilho “Crimes externos à organização criminosa caem fora da alçada da Lei 12.850/2013 e não podem ser objeto de perseguição criminal com recurso aos meios de obtenção de prova nela consagrados e definidos, designadamente, à colaboração premiada”.

312 e 313 do Código de Processo Penal. Fora destas hipóteses legais não se poderia decretar a prisão preventiva.

A não adesão à colaboração premiada não é requisito para a decretação da prisão preventiva, tampouco o fato de o acusado aderir à delação não é fundamento para concessão de liberdade provisória. Nestas hipóteses, a capacidade de decisão do averiguado ou acusado fica extremamente comprometida.

Erich Döhring<sup>186</sup> ressalta que “*la libertad de decisión peligra por lo común gravemente si a un imputado detenido se le promete la liberación si confiesa. Porque es demasiado grande a posibilidad de que confiese aunque no haya nada que confesar, simplemente par recuperar la libertad*”.

É necessário considerar que a colaboração deve ser voluntária, ou seja: não forçada, espontânea, sem qualquer tipo de coação física ou psicológica, conforme as exigências da Lei 12.850/2013. Desse modo, a colaboração será aceita desde que tenha sido “voluntariamente”, conforme indica o *caput* do art. 4º, cabendo ao juiz a verificação da “voluntariedade” § 7º do art. 4º.

Logo, não pode haver delação premiada colhida em constrangimento, coação, ou numa situação no qual o Acusado se encontre premido pelas vicissitudes e condições cruéis, desumanas e degradantes que se encontram os nossos presos. Se a prisão aniquila a vida humana, a exigência de uma “colaboração” *voluntária* de quem se encontra preso é uma quimera.

Luiz Flávio Borges D’Urso<sup>187</sup> questiona a voluntariedade na colaboração para quem encontra preso, em razão da forte pressão psicológica e do significativo sofrimento, humilhação e torturas da prisão, a que estão submetidos aqueles que se encontram custodiados.

Como afirmar que alguém que realiza uma delação premiada possa fazê-la de forma voluntária, se este alguém que já é alvo de uma investigação, ou de um processo criminal, encontra-se preso cautelarmente?

É inegável que o homem preso preventivamente está submetido a uma enorme carga emocional que o oprime, submetido a uma das mais doloridas e sofridas experiências de um ser humano. Não é por acaso que a

---

<sup>186</sup> ““A liberdade de decisão está ameaçada se a um preso for prometida a libertação se ele confessar. Porque é muito grande a possibilidade de que confesse, mesmo que não haja nada a confessar, simplesmente para recuperar a liberdade”. (DÖHRING, Erich. *La Prueba – su práctica y apreciación*. Tradução de Tomás A.Banzhaf. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 206, tradução nossa).

<sup>187</sup> D’URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada – proibição para quem está preso. *O Estado de São Paulo*, 27 julho 2015.

humanidade buscou o pior castigo para punir alguém na supressão de sua liberdade.

Ora, como alguém que não pode ir e vir livremente, que é submetido ao convívio nefasto do cárcere, que sofre as humilhações do aprisionamento, que suporta a vergonha da cadeia para seus parentes e amigos, que muitas vezes enfrenta a superlotação carcerária e até sevícias físicas e sexuais, como alguém submetido a essa pressão psicológica pode preservar sua voluntariedade?

Por óbvio que o espírito da voluntariedade inexistente nesse ambiente e compromete a iniciativa da delação premiada, que é buscada para se obter a liberdade.

Nem se vislumbra aqui a odiosa prática de se deliberadamente prender para forçar a delação premiada, pois tal representaria um crime estatal tão nefasto quanto o crime que se deseja combater, inadmissível num Estado Democrático de Direito, onde todos, Estado e cidadãos, devem se submeter às leis.

Assim, o instituto da delação premiada não é um mal em si mesmo, até porque representa, na sua essência, uma alternativa para a defesa, todavia, é preciso aperfeiçoá-lo, e a proposta que apresentamos, é a proibição da oportunidade da delação premiada para aquele que se encontra preso cautelarmente, pois dessa forma se estaria preservando a obrigatória voluntariedade, que hoje é tão questionada no Brasil.

Não pode ser considerada válida a decretação da prisão cautelar para forçar alguém a participar da colaboração premiada, pois – como já observado – ausente o requisito da voluntariedade. Desse modo, não é possível manejar a pressão psicológica de quem se encontra preso cautelarmente para negociar uma “colaboração”, por absoluta falta de previsão constitucional e legal.

O Projeto de Lei 4.372/2016, de autoria do Deputado Federal Wadih Damous, propõe uma alteração no art. 3º, § 3º, da Lei 12.850/2013, no qual fica vedada a colaboração premiada se o acusado estiver preso: “somente será considerada para fins de homologação judicial a colaboração premiada se o acusado ou indiciado estiver respondendo em liberdade ao processo ou investigação”.

Por sua vez, Erich Döhring<sup>188</sup>, ao questionar até que ponto pode ser necessária a apreciação da prova obtida através de prêmios, ressalta que o Direito alemão proíbe a confissão nos momentos em que a liberdade está sendo restringida por ameaças, maus-tratos ou enganos: “*Hasta qué punto puede ser necesaria en tales casos una apreciación de la prueba. El derecho penal alemán prohíbe que se aprovechen en la formación de la sentencia*

---

<sup>188</sup> “Até que ponto pode ser necessária em tais casos uma apreciação da prova. O direito penal alemão proíbe que se aprovechem na formação da sentença confissões feitas em momentos em que a liberdade de declarar do imputado estava sendo restringida por ameaças, maus tratos ou engano do destinatário da declaração”. (DÖHRING, Erich. *La Prueba – su práctica y apreciación*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, p. 239, tradução nossa).

*confessiones hechas en momentos en que la libertad de declarar del imputado estaba siendo restringida por amenazas, malos tratos o engaños del receptor de la declaración”.*

Na Justificação, considera-se a necessidade de o instituto da colaboração premiada ser mais compatível com os direitos e garantias fundamentais, exigindo a liberdade “para preservar o *caráter voluntário* do instituto e para evitar que a prisão cautelar seja utilizada como *instrumento psicológico de pressão* sobre o acusado ou indiciado o que *fere a dignidade da pessoa humana, alicerce do estado democrático de direito*”.

Acrescenta o PL 4.372/2016 que a liberdade do colaborador (e a respectiva ausência de coação) é indispensável para a validade da colaboração premiada, pois a voluntariedade “é incompatível com a situação de quem se encontra com a liberdade restringida”.

No entanto, o Procurador Regional da República Manoel Pastana na Operação Lava-Jato emitiu um parecer defendendo a prisão para *convencer* os acusados a colaborarem com a identificação dos crimes nos autos de *Habeas Corpus* 5029050-46.2014.404.0000<sup>189</sup> e 5029016-71.2014.4.04.0000<sup>190</sup>, como podemos observar:

2. Além de se prestar a preservar as 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 outros tantos.

É evidente que se *quem colaborou foi solto e quem não colaborou teve a prisão preventiva decretada*<sup>191</sup> a liberdade decisão ficou comprometida. Torna-se ilegal a prisão quando se ameaça o acusado com a prisão cautelar se não confessar a prática do crime e não existindo elementos suficientes para a sua decretação.

<sup>189</sup> CONJUR. *Parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana na Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>190</sup> CONJUR. *Parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana na Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>191</sup> Matéria publicada no *Consultor Jurídico*, em 18 de novembro de 2014, sob o título “*Sergio Moro mantém preso quem não quis confessar, acusa advogado*”. “O juiz federal Sérgio Moro, responsável pelas investigações da Operação “Lava-Jato”, que apura um esquema de propinas na Petrobras, determinou, na noite desta terça-feira (18/11), que as prisões temporárias de cinco executivos ligados às empreiteiras Camargo Correa, OAS e UTC sejam transformadas em detenções preventivas. A medida também vale para Renato Duque, ex-diretor de serviços da Petrobras. Para o advogado que defende a UTC Construtora, Alberto Zacharias Toron, esta é uma forma de “extorsão de confissões e delações”. “Quem colaborou foi solto. Quem não colaborou teve a prisão preventiva decretada”, acusa Toron. O advogado conta que não há qualquer mudança no cenário desde que os executivos foram presos para que se determinasse a prisão preventiva”.

Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa<sup>192</sup> refutam a avaliação de quem fez delação premiada estava em liberdade e, portanto, a prisão não teve repercussão na aceitação da colaboração da Lei 12.850/2013:

Portanto, quando dizem (<http://www.conjur.com.br/2017-jan-25/terco-acusados-operacao-lava-jato-foram-presos>) que "apenas" 30% dos delatores da Operação "Lava-Jato" estavam presos quando fizeram o acordo, há que se considerar o outro lado desses números: dos 70% que fizeram o acordo em liberdade, quantos o fizeram para não serem presos ou foram soltos para fechar o acordo? Essa é a questão. Não se pode desconsiderar, ainda, um outro fator importante em casos assim: a aplicação de penas altíssimas, exemplares, para réus que não quiseram colaborar, cumprindo uma função que se poderia denominar de "prevenção negocial". É um recado claro para o "mercado": faça seu acordo ou se submeta a uma pena altíssima. É pegar ou largar.

#### 4.3.10 Inadmissibilidade da Prova Ilícita

Sendo assegurado ao preso o respeito à integridade moral (art. 5º, inc. XLIX, CF), não pode ser coagido para contribuir para a sua condenação, não se podendo exigir dele o oferecimento de meios de prova para demonstrar sua responsabilidade. Assim, a coação empregada para a adesão à colaboração premiada, viola o princípio *nemo tenetur se detegere*, a dignidade da pessoa humana, a plena liberdade da vontade (respeito pela sua decisão de vontade) e a presunção de inocência.

O eventual emprego de coação/ameaça (ou mesmo benefícios/vantagens) na colaboração inquirará a prova de ilicitude, podendo ser caracterizada como meios de prova não admitidos no processo penal quando seja possível identificar a indução ou coação para contribuir para a condenação do acusado. A prova é ilícita, pois violou a dignidade da pessoa humana e a plena liberdade da vontade.

A constatação de “*Quem colaborou foi solto. Quem não colaborou teve a prisão preventiva decretada*”<sup>193</sup> na Operação Lava-Jato e a respectiva classificação de “extorsão de

---

<sup>192</sup> LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-03/limite-penal-qual-proposta-indecente-torna-viavel-delacao-premiada>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

confissões e delações” comprometem a plena liberdade da vontade e a dignidade da pessoa humana, além evidentemente do direito ao silêncio, pois extorsão de declarações incriminatórias viola os mencionados princípios. Para confirmar<sup>194</sup> há notícias de decretação da prisão preventiva, porém – com a descoberta de negociação de delação – o Juiz Sérgio Moro teria revogado a prisão cautelar.

José María Asencio Mellado<sup>195</sup> – quando se reporta aos métodos proibidos do interrogatório – destaca a coação fora das hipóteses legais e ameaça com medidas processualmente inadmissíveis, bem como a promessa de vantagens não previstas legalmente como meios que influem psiquicamente no sujeito e que afetam a sua vontade ou sua faculdade de compreensão ou sua memória:

*Medios que influyen psiquicamente en el sujeto y que afectan bien a su voluntad, o bien a su facultade de comprensión o a su memoria:  
La coación, cuya utilización sólo estará permitida en los casos en que la ley expresamente la autorice y a los efectos de evitar la fuga del imputado y el orden en la Sala.*

---

<sup>193</sup> Matéria publicada no *Consultor Jurídico*, em 18 de novembro de 2014, sob o título “*Sergio Moro mantém preso quem não quis confessar, acusa advogado*” – “O juiz federal Sérgio Moro, responsável pelas investigações da Operação “Lava-Jato”, que apura um esquema de propinas na Petrobras, determinou, na noite desta terça-feira (18/11), que as prisões temporárias de cinco executivos ligados às empreiteiras Camargo Correa, OAS e UTC sejam transformadas em detenções preventivas. A medida também vale para Renato Duque, ex-diretor de serviços da Petrobras. Para o advogado que defende a UTC Construtora, Alberto Zacharias Toron, esta é uma forma de “extorsão de confissões e delações”. “Quem colaborou foi solto. Quem não colaborou teve a prisão preventiva decretada”, acusa Toron. O advogado conta que não há qualquer mudança no cenário desde que os executivos foram presos para que se determinasse a prisão preventiva”.

<sup>194</sup> Matéria publicada no *Consultor Jurídico*, em 23 de fevereiro de 2017, sob o título “Moro ordena prisão, mas volta atrás ao descobrir que acusado negocia delação” – “Já estava tudo certo: o empresário Apolo Santana Vieira seria preso preventivamente na 38ª fase da Operação “Lava-Jato”, deflagrada na manhã desta quinta-feira (23/2). O juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba Sergio Moro já tinha até expedido os mandados de prisão. Mas ele voltou atrás seis dias depois ao saber que Vieira está negociando acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal — órgão que pediu a prisão” [...] “Este é um outro processo, com objeto específico, o recebimento, ocultação e dissimulação de vantagem indevida em acerto de propinas em contrato da Petrobras, e a prisão preventiva decretada tem por base outros fatos e inclusive fatos novos, inclusive a descoberta de que Apolo Santana Vieira mantém contas secretas no exterior, com movimentação milionária e com indicativos de sua utilização para operações de lavagem de dinheiro e repasse de propinas a agentes públicas. Repara-se ainda, pelas peças disponíveis ao público do aludido *habeas corpus*, que a existência dessas contas secretas controladas por Apolo Santana Vieira não foi informada ao Egrégio Supremo Tribunal Federal e que, se delas tivesse conhecimento, talvez decidiria diferente, em vista do risco à ordem pública e à aplicação da lei penal”, apontou Moro. No entanto, seis dias depois, o juiz da “Lava-Jato” mudou de ideia. Como soube que Vieira estava negociando acordo de delação premiada, entendeu que sua liberdade não mais ameaça a ordem pública. Moro então revogou sua decisão e determinou o recolhimento dos mandados de prisão preventiva e busca e apreensão. Logo a tempo de impedir a detenção do empresário, que ocorreria na manhã desta quinta”.

<sup>195</sup> “Meios que influenciam psiquicamente o sujeito e que afetam bem a sua vontade, ou bem sua capacidade de compreensão ou sua memória: a coação, cuja utilização só é permitida nos casos em que a lei a autoriza expressamente e par os efeitos de evitar a fuga do imputado e ordenar na Audiência. A ameaça com medidas processuais inadmissíveis capazes de influenciar significativamente no interrogado. A promessa de benefícios não previstos em lei, como os de um tratamento mais favorável em termos processuais, a ilusão ilegítima ao dever de acusação”. (MELLADO, José María Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Peru: Fondo Editorial, 2008, p. 201-202, tradução nossa).

*La amenaza con medidas procesalmente inadmisibles capaces de influir de manera importante en el interrogado.*

*La promesa de ventajas no previstas legalmente, como pueden ser las de trato más favorable procesalmente hablando, el eludimiento ilegítimo del deber de acusación.*

A seletividade da Operação Lava-Jato também é apontada<sup>196,197</sup>.

É importante destacar a informação publicada na imprensa no sentido de Alberto Youssef poder receber dois por cento sobre os valores que auxiliar a recuperar, num negócio extremamente questionável na perspectiva da inadmissibilidade da prova ilícita:

Além do mais, o trato feito entre o MP e o doleiro, chancelado por Moro, tem uma cláusula que chama a atenção: *Youssef é recompensado em 2% sobre valores que ajude a recuperar*. Não vejo como justificar uma “comissão” sobre valores ilícitamente obtidos. Esse é um claro exemplo de como o instituto da delação premiada está precariamente disciplinado no Brasil”, diz Aury Lopes Jr., professor da pós-graduação em Ciências

---

<sup>196</sup> **Leia a íntegra da nota divulgada:** “A bancada do PT na Câmara manifesta seu repúdio à iniciativa do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal pedido para investigar o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Sua iniciativa baseia-se em delação premiada do senador Delcídio do Amaral (sem partido) sem nenhuma apresentação de prova que a sustente. É de se estranhar também a conduta do Procurador-Geral em relação ao Vice-Presidente da República, Michel Temer, citado na mesma delação que embasa a iniciativa contra o ex-Presidente Lula. Também causa perplexidade o fato de que, apesar de diversas citações envolvendo a participação do senador Aécio Neves (PSDB-MG) em possíveis atos de corrupção, somente agora o Procurador-Geral pediu ao Supremo autorização para efetivamente investigá-lo. A Bancada do PT na Câmara entende o ato de Janot como frágil juridicamente e o denuncia como demonstração de inaceitável seletividade em sua conduta, tendo em vista que estamos às vésperas da apreciação, pelo Senado, do pedido de abertura de processo de *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff. Essa atitude do Procurador-Geral, com base em meras declarações de um delator, visa a atingir a incontestável liderança política do ex-Presidente Lula, principal opositor aos articuladores do golpe institucional em curso. Lula sempre se colocou à disposição das autoridades para esclarecer a verdade, não teme investigações e a ele nos solidarizamos. Lamentavelmente, tudo indica que atos que deviam ser isentos, no âmbito do Ministério Público e do Judiciário, continuam contaminados por decisões que têm o único fim de alimentar disputas políticas. Brasília, 4 de maio de 2016. Afonso Florence (BA), líder da Bancada do PT na Câmara” (CONGRESSOEMFOCO. *Bancada do PT na Câmara acusa Janot de seletividade*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lava-jato-bancada-do-pt-na-camara-acusa-janot-de-seletividade/>>. Acesso em: 25 nov. 2017).

<sup>197</sup> **Rastros tucanos na Lava-Jato** *A informação de Cerveró* – O ex-diretor da Petrobras e delator da Lava-Jato Nestor Cerveró afirmou que a venda da petrolífera Pérez Companc envolveu propina ao governo FHC de US\$ 100 milhões. As informações vieram à tona no último dia 11, a partir de um resumo dos depoimentos prestados por Cerveró antes da delação. O ex-diretor não explica para quem teria ido a suposta propina. *A citação a Aécio Neves* – O delator Ceará afirmou ter levado R\$ 300 mil a um diretor da UTC Engenharia no Rio, em 2013. O diretor teria dito que o valor seria repassado ao senador Aécio Neves (PSDB-MG). Nesta semana, veio à tona o vídeo da delação, no qual Ceará diz ter ouvido que Aécio era “o mais chato” na cobrança de propina. A assessoria do senador afirmou que a citação “é falsa e absurda”. *O envolvimento de Sérgio Guerra* – Ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa afirmou ao MPF ter repassado propina de R\$ 10 milhões ao ex-presidente do PSDB Sérgio Guerra (morto em 2014) para que ajudasse a esvaziar a CPI da Petrobras em 2009. O dinheiro seria da Queiroz Galvão. O delator Carlos Alexandre de Souza Rocha, o Ceará, também citou o fato. *Pedidos de doação à OAS* – Mensagens de texto obtidas em celulares pela Polícia Federal (PF) mostram solicitações de doações eleitorais ao ex-presidente da OAS Léo Pinheiro, condenado a mais de 16 anos de prisão na Lava-Jato por envolvimento em desvios. Os pedidos partiram de ao menos três parlamentares opositores, entre eles o deputado federal Jutahy Júnior, do PSDB-BA.

Criminais da PUC-RS. O jurista não é contra o uso das delações, mas alerta para uma “distribuição diferenciada de impunidade.”<sup>198</sup>

O Ministro Gilmar Mendes na Pet 7074 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal ressaltou o vício na condução da delação premiada, em razão de os delatores terem de delatar determinadas pessoas sob pena de não se conceder o benefício:

Nós temos ouvido, todos nós recebemos em nossos Gabinetes advogados conhecidos que, pela fé do grau, dizem que *delatores foram estimulados, inclusive com lista de nomes que deveriam ser delatados, sob pena de não colherem o benefício*. Certamente, essas histórias aparecerão e gerarão uma série de questões. Isso já ouvi dos maiores advogados que estão participando dessas causas. Seguramente, ninguém negará o que se tem praticado e, como se sabe, não é uma prática escoreita, condizente com o Estado de direito. Quem faz isso não age de maneira correta.<sup>199</sup>

Como observado, o art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013, exige uma colaboração voluntária (por sua própria vontade; não forçada, nem dissimulada; faz por iniciativa própria; sem coação ou constrangimento (físico ou psicológico)) para obter o perdão judicial ou redução/substituição da pena.

Desse modo, quando o Procurador da República Manoel Pastana<sup>200-201</sup> emite um parecer na Operação Lava-Jato defendendo a prisão para *convencer* os acusados a colaborarem (“o elemento autorizativo da prisão preventiva [...] tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais”) está reconhecendo a inadmissibilidade da delação premiada.

---

<sup>198</sup> ODIA. *Delação superpremiada fez doleiro escapar de pena que poderia passar de 100 anos*. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/brasil/2017-03-05/delacao-superpremiada-fez-doleiro-escapar-de-pena-que-poderia-passar-de-100-anos.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>199</sup> CONJUR. *Voto Min. Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-revisao-delacao-stf.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>200</sup> CONJUR. *Parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana na Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>201</sup> CONJUR. *Parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana na Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Ademais, romperia a voluntariedade a delimitação dos temas ao delator, sugestionando determinados fatos e pessoas a serem incriminados<sup>202</sup>, bem como o binômio prisão cautelar e colaboração premiada poderia inquinar a prova de ilicitude pela plena liberdade da vontade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a ONU – através do seu relator especial Juan E. Méndez – denuncia a prática de tortura e maus-tratos e descreve a situação que encontrou como “cruel, desumana e degradante, devido à grave superlotação”, descrevendo “chutes, tapas, sufocamento, choques elétricos, uso de sprays de pimenta, de gás lacrimogêneo, bombas de ruído e balas de borracha, além de abuso verbal e ameaças”<sup>203</sup>.

A constatação das prisões como medidas cruéis, desumanas e degradantes descaracterizam a plena liberdade da vontade e dignidade da pessoa humana, bem como rompem com a voluntariedade em razão do contexto de coação, inquinando a prova de ilicitude.

É importante considerar que as provas colhidas na Operação Lava-Jato foram consideradas ilícitas pelo Prof<sup>o</sup> Canotilho por violarem o art. 126, 2, *e*, do CPP português, que reputa como sendo “ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante *promessa de vantagem legalmente inadmissível*”.

Diante disso, Canotilho e Brandão manifestaram-se contrariamente para a Procuradoria-Geral da República portuguesa ao pedido de colaboração judiciária internacional apresentado por autoridades brasileiras da Operação Lava-Jato, classificando como nulas as

---

<sup>202</sup> Reportagem publicada no jornal *Folha de São Paulo*, em 01/06/16, sob o título “Delação de sócio da OAS trava após ele inocentar Lula” – “As negociações do acordo de delação de Léo Pinheiro, ex-presidente e sócio da OAS condenado a 16 anos de prisão, travaram por causa do modo como o empreiteiro narrou dois episódios envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A fredda ocorre no momento em que OAS e Odebrecht disputam uma corrida para selar o acordo de delação. Segundo Pinheiro, as obras que a OAS fez no apartamento triplex do Guarujá (SP) e no sítio de Atibaia (SP) foram uma forma de a empresa agradar a Lula, e *não contrapartidas a algum benefício que o grupo tenha recebido*. A versão é considerada pouco crível por procuradores. Na visão dos investigadores, Pinheiro busca preservar Lula com a sua narrativa. O empresário começou a negociar um acordo de delação em março e, três meses depois, não há perspectivas de que o trato seja fechado. *Pinheiro narrou que Lula não teve qualquer papel na reforma do apartamento e nas obras do sítio, segundo a Folha* apurou. A reforma do sítio, de acordo com o empresário, foi solicitada em 2010, no último ano do governo Lula, por Paulo Okamoto, que preside o Instituto Lula. Okamoto confirmou à PF que foi ele quem pediu as obras no sítio. *Já a reforma no triplex do Guarujá, pela versão de Pinheiro, foi uma iniciativa da OAS para agradar ao ex-presidente*. A empresa gastou cerca de R\$ 1 milhão na reforma do apartamento, mas a família de Lula não se interessou pelo imóvel, afirmou ele a seus advogados que negociam a delação, em versão igual à apresentada por Lula”.

<sup>203</sup> G1. *Relator da ONU denuncia situação “cruel” em prisões do Brasil*, 07/03/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/relator-da-onu-denuncia-situacao-cruel-em-prisoos-do-brasil.html>> Acesso em: 25 nov. 2017.

provas obtidas com o consentimento da pessoa no caso de *promessa de vantagem legalmente inadmissível*.

É importante destacar o parecer que Canotilho<sup>204</sup> fez com relação ao pedido de colaboração de Portugal na Operação Lava-Jato, tendo o respeitado constitucionalista apontado a inconstitucionalidade e ilegalidade pela violação do direito ao silêncio:

Nos acordos de colaboração premiada em apreço começa a saltar à vista a ofensa palmar à “garantia fundamental contra a autoincriminação”, consagrada expressamente pelo art. 5º, inc.LVIII, da Constituição brasileira na sua dimensão nuclear do “direito ao silêncio”. Só verdadeiramente poderá reconhecer-se um “*nemo tenetur se ipsum accusare*” ali onde uma qualquer colaboração processual do suspeito ou do arguido represente uma expressão autêntica da sua liberdade de decisão. Para que essa colaboração possa assumir-se como uma manifestação de autorresponsabilidade e do direito fundamental do réu à sua autodeterminação é imperioso que sua prestação se desenvolva num ambiente de plena liberdade e informação. Declarações extorquidas através de manipulações e enganos não representam um exercício de liberdade e autodeterminação, mas a sua lídima negação.

Além da autoacusação violadora do direito ao silêncio, acrescenta Canotilho que a inconstitucionalidade também decorre do fato do uso de instrumentos insidiosos forjados em falsa promessa<sup>205</sup>.

#### 4.3.11 Presunção de Inocência e Ônus da Prova

Ao tratar do princípio segundo o qual o acusado não é considerado culpado até a sentença condenatória definitiva, previsto também na Constituição italiana, Paolo Tonini<sup>206</sup> abordou-o sob a perspectiva de regra de tratamento e regra de juízo:

<sup>204</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

<sup>205</sup> “O atentando à dignidade pessoal dos réus determinado pelo procedimento ludibroso identificado não se esgota no fato deles serem *levados a acusar-se a si mesmos* em virtude de um engano em que o Estado os faz incorrer. Radica ainda também na instrumentalização de que são alvos para o fim que lhes é estranho, a perseguição criminal de terceiros. O que estes acordos de colaboração premiada revelam é uma tentativa de “a outrance” *criar condições par a obtenção de provas incriminatórias de pessoas suas parceiras no crime*. Para isso, lança-se mão de *instrumento insidioso das falsas promessas*, com sacrifício das mais elementares garantias de defesa próprias do estatuto processual do arguido. Este vê-se assim manipulado para os fins que lhe são alheios, fazendo desembocar esta prática processual num atentado contra a dignidade do réu, como se reconhece, desde Kant, sempre que alguém é usado para a prossecução de fins que lhe são estranhos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016).

<sup>206</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 65.

A regra de tratamento dispõe que o acusado não seja considerado culpado até o momento da condenação definitiva, vale dizer, impõe a *proibição de antecipar a pena*, consentindo, assim, a aplicação de medidas cautelares. A regra de juízo dispõe que o acusado seja presumido inocente, ou seja, deseja obter o efeito previsto pelo art. 2728, inciso I, do Código Civil, segundo o qual as presunções legais dispensam a produção de qualquer prova por aqueles em favor dos quais são estabelecidas. Portanto, compete o ônus da prova à parte que alega a culpa do acusado.

Paolo Tonini<sup>207</sup> menciona, ainda, o art. 6º, inciso 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (*Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*) como uma “respeitável interpretação da Constituição”.

Por sua vez, José Ignacio Cafferata Nores<sup>208</sup> construiu um importante conceito do estado de inocência a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

*El estado de inocencia puede formalarse diciendo que todo acusado es inocente (art. XXVI, DADDH) mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (art. 8.2, CADH), lo que ocurrirá cuando “se pruebe” (art.14.2, PIDCP) que “es culpable” (art. XXVI, DADDH), en la condiciones de garantías que se establecen en el sistema constitucional y en el Código Procesal Penal.*

O conteúdo das declarações da delação premiada é significativamente importante para o despertamento da atividade probatória, no sentido de não ser em si a colaboração um meio de prova, mas propiciar linhas de investigações, apontamentos de provas a serem colhidas, novas diligências em buscas de meios comprobatórios das afirmações realizadas.

Não se trata de prova absoluta, até porque a situação não é da prova tarifada no contexto do sistema de apreciação da prova legal, devendo ser considerado o utilitarismo perverso do delator que poderia delatar falsamente só para receber o prêmio. Por isso a responsabilidade penal não pode estar exclusivamente baseada no conteúdo das declarações.

<sup>207</sup> TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

<sup>208</sup> “O estado de inocência pode ser formado dizendo que todo acusado é inocente (artigo XXVI, DADDH) enquanto não es estabeleça legalmente sua culpabilidade (artigo 8.2, CADH), que ocorrerá quando “se prove” (art.14.2, PIDCP) que “é culpado” (art. XXVI, DADDH), nas condições de garantias que se estabelecem no sistema constitucional e no Código de Processo Penal”. (CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Manual de derecho procesal penal*. 3. ed. Córdoba: Advocatus; Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p. 131-132, tradução nossa).

A presunção de inocência deve ser considerada no sistema de apreciação da prova, no caso a persuasão racional, porque a livre convicção motivada do Juiz deve estar fundamentada nas provas dos autos, não se podendo considerar a certeza subjetiva divorciada dos elementos de prova do processo, porque do contrário se admitiria a íntima convicção.

Nesse sentido, Frederico Valdez Pereira<sup>209</sup>

Para condenar, superando o postulado (da presunção de inocência), o juiz deverá apresentar de forma racional e objetiva os elementos probatórios seguros e concludentes que levaram ao seu convencimento, e uma delação processual isolada, ainda que plenamente crível intrinsecamente, não preenche as exigências de certeza para superar a presunção constitucional de inocência.

Se considerarmos o interesse do delator no perdão judicial ou na redução da pena em até dois terços (art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013), além da possibilidade de imputar falsamente crime para um inocente (art. 19 da Lei 12.850/2013), não se pode reconhecer a responsabilidade criminal do delatado apenas pelo conteúdo da delação sob pena de se violar a presunção de inocência.

Não se pode condenar alguém apenas com a delação, denominada para alguns de “confissão” de um comparsa, sem as demais provas, posto que isto estaria infringindo os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.<sup>210</sup>

Ademais, a acusação tem o encargo de provar dos fatos imputados (até porque nega a inocência do Acusado), não cabendo ao juiz ordenar as provas que considere úteis ou avaliar a eficácia das provas, porque colocaria em risco a imparcialidade. Sobre a responsabilidade probatória ser do acusador e o comprometimento da imparcialidade quando o julgador produz/valora prova, se apresenta o magistério de José Ignacio Cafferata Nores<sup>211</sup>:

*Esta atribución pone en riesgo la necesaria imparcialidad del tribunal de juicio, pues le acuerda dos funciones que deben ejercerse separadamente para salvaguarda de aquella condición: la de ordenar la producción de pruebas por estimarlas útiles al descubrimiento de la verdad sobre los*

<sup>209</sup> PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1126/1224>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

<sup>210</sup> PLAÇA, Luana Cristina Coutinho Orosco; SANCHEZ, Claudio José Palma. *O valor probatório da delação premiada a luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e da presunção de inocência*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>211</sup> CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal y derechos humanos – la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 163.

*hechos de la acusación (investigar), y también la de valorar luego su eficacia convictiva al respecto (juzgar).*

Desse modo, a delação premiada – até certo ponto – é a demonstração da ausência de prova, pois o órgão persecutório não conseguiu obter prova sobre a imputação ou não conseguiu elementos para demonstrar a responsabilidade, relegando-se ao Acusado o encargo de aderir à delação para reunir elementos necessários à condenação. Há uma inversão do ônus da prova (decorrente do princípio de inocência).

Carlos Christian Sueiro<sup>212</sup> desta que “*la carga de la prueba acerca de lograr la certeza de la imputación y la demostración de la culpabilidad del imputado respecto del hecho delictivo, es tarea del Ministerio Público*”. Pelo que não se pode exigir a prova da autoria ao acusado.

Desse modo, pela presunção de inocência “*en ningún caso de su conducta no colaboracionista pueda extraerse conclusión alguna de culpabilidad*”<sup>213</sup>, pelo que a não adesão à delação premiada não poderia ter nenhuma repercussão negativa como a decretação da prisão cautelar<sup>214</sup>.

Significativo é o questionamento de Salah H.Khaled Jr.<sup>215</sup>:

É por isso que num processo penal fundado na dignidade da pessoa humana terá como valor supremo a presunção de inocência, enquanto um processo penal fundado na persecução ao inimigo terá como valor máximo a ambição da verdade. Em última análise, em um processo o juiz entra predisposto a absolver e no outro o juiz entra predisposto a condenar, movido por insaciável ambição da verdade. Qual o processo que queremos, afinal?

<sup>212</sup> “o ônus da prova sobre a certeza da imputação e a demonstração da culpabilidade do imputado em relação ao crime, é tarefa do Ministério Público”. (SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal – sobre la armonía metodológica del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2011, p. 324, tradução nossa).

<sup>213</sup> MELLADO, José María Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Peru: Fondo Editorial, 2008, p. 54.

<sup>214</sup> AVERDADEDELULA. *A perseguição a Lula está violando pactos internacionais assinados pelo Brasil*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.averdadedelula.com.br/pt/2016/11/16/cristiano-zanin-a-perseguiçao-a-lula-esta-violando-pactos-internacionais-assinados-pelo-brasil/>>. Acesso em: 25 nov. 2017. O advogado Cristiano Zanin Martins destacou algumas violações do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no caso envolvendo o ex-presidente Lula: i) Violação do art. 14 – que garante a presunção de inocência até um julgamento definitivo, sob a seguinte alegação: “No dia 14/09 os procuradores da República da Força Tarefa Lava-Jato realizaram uma entrevista coletiva em um hotel, com verba pública, transmitida em rede nacional, para acusar Lula de ser o “chefe máximo” de uma organização criminosa (ignorando que o tema está em investigação na Suprema Corte Brasileira); nessa coletiva foi usado um modelo de PowerPoint já condenado pela Suprema Corte Americana por violar a presunção de inocência; Lula foi tratado como um criminoso em rede nacional”. Destacou, ainda, violação do art. 9º, que assegura proteção contra prisão ou detenção arbitrária, sob a seguinte alegação: “Lula foi privado de sua liberdade por cerca de 6 horas sem previsão legal, ficou preso em um aeroporto”.

<sup>215</sup> KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal – para além da ambição inquisitorial*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2016, p. 394.

O Prof<sup>o</sup> Canotilho ressalta a violação do princípio da Presunção de Inocência nas hipóteses de acordo de delação premiada que exigem o cumprimento após a sua celebração, em razão da ausência de sentença penal condenatória transitada em julgado:

Acordos de colaboração premiada dotados de cláusulas estipuladoras de que o cumprimento de pena privativa de liberdade se inicia a partir da assinatura da colaboração premiada e que “o colaborador cumprirá imediatamente após a assinatura do presente acordo a pena privativa de liberdade em regime fechado” são clamorosamente ilegais e inconstitucionais,<sup>216</sup>

A limitação constitucional é categórica – tanto no que tange à violação do devido processo legal (impossibilidade de se aplicar penal sem processo) e da violação do juiz natural (impossibilidade de progressão pelo *parquet* fase anterior ao processo, porque delação deve ser feita na execução – art. 4º, § 5º, da Lei 12.850/2013 – competência do juiz da execução), como na hipótese de exigir cumprimento sem sentença penal condenatória transitada em julgado, em clara violação do *nulla poena sine culpa*.

#### 4.3.12 Do Princípio do *In Dubio Pro Reo*

A previsão do princípio da presunção de inocência na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) confere autoridade para afirmar a sua ligação com o *in dubio pro reo*, pois a presunção de inocência permaneceria até que a responsabilidade fosse devidamente provada:

Art. XI. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Somente com prova cabal da autoria em decisão definitiva, poderia ser o Acusado considerado culpado. A *contrario sensu*, se não conseguisse prova cabal (havendo dúvida, portanto) deveria ser julgado a favor do réu – *in dubio pro reo*. Nesse sentido, o art. 5º, inc. LVII, da Constituição dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, decorrendo deste princípio que – em caso de dúvida

---

<sup>216</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 4000, p. 16-38, set.-out. 2016.

– a decisão deve ser a favor do réu à medida que só pode existir condenação se houver prova da certeza da autoria.

O Ministério Público tem o encargo de provar a alegação (imputação) formulada na Denúncia (ação penal pública), porém não conseguindo provar a culpa além da dúvida razoável a sentença deve ser absolutória. Logo, mantendo-se dúvida razoável o *parquet* não se desobrigou do *onus probandi*, prevalece a presunção de inocência, devendo o Acusado ser absolvido.

Desse modo, o *in dubio pro reo* afasta o erro judiciário, pois é preferível absolver um culpado a condenar um inocente, demonstrando que a condenação somente poderá existir se forem respeitados os valores inerentes à liberdade e à dignidade da pessoa humana.

É impossível a renúncia ao direito ao silêncio por se tratar de um direito fundamental, que pela sua própria natureza é indisponível e inalienável, gerando tal abdicação uma nulidade absoluta se considerarmos o padrão de constitucionalidade (art. 5º, LXIII, Constituição Federal) e o padrão de convencionalidade (art. 8º, § 2º, g, Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Assim, não é possível abdicar do *in dubio pro reo* por se tratar de um direito fundamental, sendo que a não observância deste princípio caracterizará a violação do art. 5º, LVII, da Constituição, portanto determinará uma inconstitucionalidade e – por decorrência – uma nulidade absoluta.

Logo, se o acusado não pode renunciar o *in dubio pro reo* sob pena de nulidade absoluta e inconstitucionalidade, a prova insuficiente para a condenação não poderia autorizar a delação premiada. Nesse sentido, Vinicius Gomes de Vasconcellos e Bruna Capparelli<sup>217</sup>.

Atualmente, pode-se afirmar que permanece a ser analisada a hipótese na qual o juiz do patteggiamento se encontra diante de um lastro probatório insuficiente ou contraditório. Assim, é este o perfil da disciplina atual do patteggiamento que revela os maiores pontos críticos. Ainda são inúmeras as perplexidades e críticas no atual debate científico italiano acerca da ideia de que o imputado possa, com esse rito, renunciar às regras de julgamento do *in dubio pro reo*. Admitir que uma verdade negociada possa justificar um erro judiciário, de fato, significa em um certo modo reconhecer o poder de dispor da liberdade da pessoa e da função cognitiva do processo. E isso parece ser contrário ao princípio segundo o qual a decisão deve ser o quanto mais possível livre de erro, visto que no sistema penal italiano não cabe espaço

---

<sup>217</sup> VASCONCELLOS Vinicius Gomes de; CAPPARELLI. Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, p. 14. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>> Acesso em: 25 nov. 2017.

para uma visão da justiça penal somente como resolução de uma negociação entre interesses privados.

Ademais, ninguém pode ser condenado quando houver dúvida no Estado de Direito, destacando-se que “*entre los hechos sobre los que existen duda los hay que procesalmente conducen al no enjuiciamiento o a la absolución*”<sup>218</sup>. Desse modo, a dúvida sobre a existência do fato não poderia legitimar a delação premiada.

Carlos Alberto Chiara Díaz e Mariano La Rosa<sup>219</sup> – ao abordarem o princípio do *in dubio pro reo* – destacam que o juiz deve garantir o controle sobre a prova e a oportunidade de impugnar a acusação, situação não presente na delação:

*Sólo la certeza positiva de culpabilidad permitirá condenar al imputado” e que “el juez tiene el deber de garantizarle al imputado, mediante un adecuado ejercicio de su derecho de defensa, la posibilidad de controlar la prueba y de valerse de los medios procesales que tenga a su alcance para intentar impugnar la que existiere en su contra, sin que deba acreditar su inocencia. En ese aspecto, la duda del juzgador lo beneficia, nunca le juega en contra. Vemos que no sólo se garantiza el derecho de ser oído; más bien se procura darle la posibilidad de contradecir la hipótesis acusatoria y de desvirtuar la prueba de cargo en pie de igualdad con quien lo persigue.*

Com relação ao *in dubio pro reo*, José Ignacio Cafferata Nores<sup>220</sup> ressalta que

*a máxima eficacia de la duda se mostrará en oportunidad de elaborarse la sentencia definitiva, posterior al debate oral y público, pues sólo la certeza positiva de la culpabilidad permitirá condenar al imputado. La improbabilidad, la duda stricto sensu y aun la probabilidad (positiva) determinarán su absolución.*

<sup>218</sup> SÁNCHEZ, Javier; GÓMEZ, Vera. *Variaciones sobre la presunción de inocencia – análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 227.

<sup>219</sup> “Somente uma certeza positiva de culpabilidade permitirá condenar ou imputar que, ou juiz ou devedor, garanta ou impupe, por meio de um exercício apropriado de seu direito de defesa, a possibilidade de controlar prova e usar os mesmos processos que tenham seu alcance para tentar desafiar o que existe contra ele, sem que deva provar sua inocência. Nesse aspecto, para a dúvida do juiz ou benefícios, nunca joga contra ele. Nós vemos que não só o direito de ser ouvido é garantido; Em vez disso, tenta dar a possibilidade de contradizer a hipótese de acusar e distorcer o ônus da igualdade de remuneração à medida que persegue”. (DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, t.1, p. 59, tradução nossa).

<sup>220</sup> “A máxima eficácia da dúvida será mostrada na oportunidade de se elaborar a sentença definitiva, após o debate oral e público, uma vez que apenas a certeza positiva da culpabilidade permitirá condenar o imputado. A improbabilidade, a dúvida stricto sensu e ainda a probabilidade (positiva) determinará sua absolvição”. (CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Manual de derecho procesal penal*. 3. ed. Córdoba: Advocatus; Universidad Nacional de Córdoba, 2012, p. 135, tradução nossa).

A Lei 12.850/2013 viola o *in dubio pro reu* porque independente da prova de autoria o juiz poderá aplicar a pena reduzida ao acusado, pois não há previsão para que a delação não seja aplicada na hipótese de inexistência de elementos seguros de autoria e materialidade.

#### 4.3.13 Princípio da Proporcionalidade

É importante considerar ser o princípio do devido processo legal substancial – através do princípio da proporcionalidade (razoabilidade) – o meio para se impedir as intervenções desnecessárias e/ou excessivas.

Nesse sentido, a adoção de meios adequados, necessários e proporcionais para consecução das finalidades propostas. Desse modo, não é razoável uma denúncia abusiva, um excesso de imputação, numa hipérbole acusatória espúria para “forçar” uma delação utilitariamente mais vantajosa ao ente estatal.

Ademais, as propostas não devem ser cruéis, desumanas e degradantes, devendo respeitar a dignidade humana e devem ser responsáveis a tal ponto de não se propor nada inexecutável. Não se pode impor um ônus excessivo ao delator e tampouco pode ser rompida a eticidade na proposição de algo que não seja razoável e responsável.

Na perspectiva da razoabilidade, é possível que outros benefícios não previstos expressamente sejam concedidos ao delator, desde que não afrontem o ordenamento jurídico, como – por exemplo – a liberdade provisória não prevista como benefício para delação.

Na Correição Parcial 20090400035046446, o TRF da 4ª Região asseverou-se que a prática ampliou a previsão legal para admitir a previsão de benefícios processuais (suspensão do processo, liberdade provisória, dispensa de fiança, obrigações de depor ou de realizar determinadas provas pessoais...), penais (redução ou limitação de penas, estipulação de regimes prisionais mais benéficos, ampliação e criação de modalidades alternativas de respostas criminais, exclusão de perdimento...), fora dos limites dos fatos (para revelação de outros crimes da quadrilha...), ou mesmo extrapenais (reparando danos do crime, dando imediato atendimento às vítimas...).<sup>221</sup>

O princípio da proporcionalidade pode ser violado com relação ao direito de presença do acusado, devendo ser analisado no caso concreto se a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento. Nesta hipótese, o art. 217 do Código de

---

<sup>221</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis*, v. 4, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/MarcoPolo/Downloads/2013\_Direito\_Publico\_Andrey\_delacao\_premiada.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.

Processo Penal determina inicialmente a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu. Porém, o art. 5º, inc. IV, da Lei 12.850/2013, concede o direito do delator participar das audiências sem contato visual com os outros acusados. O juiz, antes de determinar a retirada do acusado da audiência, deve adotar medidas menos gravosas em respeito à proporcionalidade.

Em outra hipótese, é possível identificar<sup>222</sup> a possibilidade de violação do princípio da proporcionalidade, em razão de respostas penais absolutamente díspares, com delatores cumprindo prisão domiciliar em mansões próximas em detrimento de réus que por não participaram da delação cumprem penas muito longas em penitenciárias:

Pedro José Barusco Filho: Pena – 9 anos de reclusão. Delação – *A pena e o processo foram suspensos* em relação a ele devido ao acordo de colaboração premiada. Barusco já havia sido condenado na “Lava-Jato” a *18 anos e 4 meses* de reclusão. O acordo de colaboração assinado por ele previu que, após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de quinze anos de reclusão prisão, os demais processos ficariam suspensos.

Acrescenta Afrânio Jardim<sup>223</sup> que o “acordo entre o membro do Ministério Público e os criminosos confessos não pode derrogar regras cogentes do Código Penal e da Lei de Execução Penal, permitindo aplicação de regime de pena incompatível com a quantidade de pena privativa de liberdade. Por exemplo: *22 anos de reclusão em regime aberto, em prisão domiciliar com tornozeleiras eletrônicas*”.

A partir dos exemplos mencionados, não se tem como deixar de reconhecer “que mesmo sob o aspecto jurídico a delação premiada apresenta impropriedades, visto que rompe com o princípio da proporcionalidade da pena, pois se punirá com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade”<sup>224</sup>.

Caso sintomático é Alberto Youssef, que “teria 122 anos de pena, caso não tivesse assinado o segundo acordo de delação premiada de sua extensa e lucrativa vida criminosa”<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> ROVER, Tadeu. *Colaboradores não conseguem benefícios em sentença da "Lava-Jato"*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-18/colaboradores-nao-beneficios-sentenca-lava-jato#author>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

<sup>223</sup> ROVER, Tadeu. *Colaboradores não conseguem benefícios em sentença da "Lava-Jato"*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-18/colaboradores-nao-beneficios-sentenca-lava-jato#author>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

<sup>224</sup> BOLDT, Raphael. *Delação premiada: o dilema ético*. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>, Acesso em: 10 maio 2007.

<sup>225</sup> ODIA.IG. *Delação superpremiada dez - doleiro escapar de pena que poderia passar de 100 anos*. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/brasil/2017-03-05/delacao-superpremiada-fez-doleiro-escapar-de-pena-que-poderia-passar-de-100-anos.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

sendo que já foi posto no regime aberto, sendo que poderá sair de casa, pois cumpre prisão domiciliar desde de novembro de 2016<sup>226</sup>.

Por fim, deve ser lembrado como violação da proporcionalidade o acordo de delação dos irmãos Joesley e Wesley Batista, que descrevem 240 condutas criminosas<sup>227</sup>, que poderiam redundar de 400 até 2 mil anos de pena privativa de liberdade, mas que receberam o perdão judicial.

---

<sup>226</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Youssef passa a regime aberto, mas usará tornozeleira*, 17 de março de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1867367-youssef-passa-a-regime-aberto-mas-usara-tornozeleira.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

<sup>227</sup> GODOY, Marcelo. Acordo perdoa 2 mil anos de prisão para delatores da JBS. *O Estado de S.Paulo*, 4 junho 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,acordo-perdoa-2-mil-anos-de-prisao-para-delatores-da-jbs,70001825126>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

## 5 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DA DELAÇÃO PREMIADA

Para compatibilizar a delação premiada à Constituição Federal, é apresentada a seguinte proposta de alteração legislativa:

- a) controle de constitucionalidade prévio realizado pelo juiz, podendo incidir sobre o conteúdo, portanto incidindo além de requisitos legais externos como: a regularidade, legalidade, voluntariedade do acordo, o cabimento e os efeitos da delação;
- b) adequação da proposta de delação premiada ao parâmetro constitucional e legal da proporcionalidade, não se admitindo concessões de “prêmios” desproporcionais aos *ius puniendi* ou *ius libertatis*; por exemplo: não se poderia admitir para o delator praticante de 240 crimes, cuja pena poderia variar de 400 até 2000 anos, o perdão, sem uso de monitoramento eletrônico; para tanto, seria observado o máximo de pena cominado em abstrato para os tipos penais; se as informações fornecidas (acompanhadas de provas) levariam ao chefe da organização; se existiriam outros meios de prova para se identificar (existem hipóteses nas quais vários potenciais delatores poderiam levar a identificação do *capo*); diante de toda esta análise, seria observado um balanceamento: por exemplo, prêmio maior (perdão) só seria concedido se tivesse chegado ao chefe e não houvesse outros meios de prova; se, no entanto, observa ser a pena necessária não se poderia conceder o perdão;
- c) previsão de incidente processual (prévio) de delação, autuado em apartado do inquérito (prévio) ou do processo (incidental), com a previsão de *audiência preliminar* entre o potencial delator, respectivo Advogado, órgão do Ministério Público e do Juiz de Direito para manifestar a possibilidade de acordo e em que termos; pode esta audiência ser desdobrada, conforme a necessidade de comunicação sobre o possível acordo; na sequência, seria realizada a *audiência de instrução* na qual seriam apresentadas as provas na presença do Juiz, além do potencial delator, respectivo Advogado, órgão do Ministério Público; o Juiz poderá rejeitar nesta audiência de instrução a proposta se violar a Constituição ou a legislação;
- d) o Juiz e o órgão do Ministério Público que participarem do acordo e homologação da delação não poderão participar de eventual processo com os delatados;

- e) realização de audiência preliminar de acordo e homologação, na presença do Juiz, órgão do Ministério Público, Delator, Delatados e respectivos Advogados, oportunizando-se o acesso às provas apresentadas a todos os envolvidos; nesta audiência serão ouvidos o delator, órgão do Ministério Público, facultado aos delatados e Advogados os esclarecimentos e perguntas pertinentes e relevantes;
- f) na audiência preliminar de acordo e homologação, apresentada a proposta de delação, ouvidos o órgão do Ministério Público e o delator, e após ser franqueada a palavra aos Advogados dos delatados, o Juiz verificará a constitucionalidade e legalidade da proposta, inclusive examinado o conteúdo, regularidade, legalidade, voluntariedade do acordo, o cabimento e os efeitos da delação; sendo cabível, prolatará a sentença de homologação;
- g) caberá da sentença de homologação recurso de apelação no prazo de 10 dias para o Tribunal;
- h) após a sentença de homologação, deverá haver o reexame obrigatório pelo Tribunal, cujo processo terá preferência na tramitação dos recursos; a pena estabelecida na sentença de homologação somente poderá ser cumprida após o reexame obrigatório pelo Tribunal, quando transitar em julgado;
- i) é vedada a realização de delação premiada com Averiguado ou Acusado preso;
- j) é vedada a prisão para estimular, convencer, constranger alguém a “aderir” à delação premiada;
- k) revogar o art. 4, § 14, da Lei 12.850/2013 para retirar da mencionada legislação a renúncia ao direito ao silêncio;
- l) fica instituído o princípio da discricionariedade regrada, quando houver indícios de autoria e materialidade contra determinado Averiguado, podendo o órgão do Ministério Público propor a delação premiada, nos termos da Lei 12.850/2013; se não houve indícios de autoria e materialidade, o órgão do Ministério Público não poderá oferecer proposta de delação e não poderá oferecer a Denúncia;
- m) deve ser instituído o § 5º, no art. 33 do Código Penal, para incluir a possibilidade do Juiz estabelecer o regime aberto e semiaberto com lapsos temporais distintos na delação premiada;
- n) deve ser acrescido um parágrafo único ao art. 120 do Código Penal, para prever a possibilidade de o Juiz conceder o perdão judicial em Delação Premiada, quando a pena fosse desnecessária em razão das informações fornecidas pelo Delator levar

ao chefe da organização criminosa, não havendo outros de meios para identificá-lo, sendo razoável a adoção pelo ponderação dos interesses em conflito;

- o) se no curso da ação penal em que o delator aceitou a redução de pena surgir indício ou prova da sua inocência, deve ser instituído um Incidente de Reabertura de Instrução para que possa produzir prova a fim de rescindir a delação anteriormente acordada;
- p) deverá ser acrescido o inciso IV do art. 621 do Código de Processo Penal para incluir a hipótese de revisão criminal se houver erro na delação, após o transitar em julgado a sentença de homologação, que ocorrerá depois do reexame obrigatório pelo Tribunal;
- q) vedado o estímulo à delação com lista de nomes predeterminados condicionando o prêmio e vedada a delação para proteger terceiros;
- r) na audiência preliminar de acordo e homologação, deve ser garantida uma fase para eventual composição entre o delator e vítima para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos, oportunizando a manifestação da vítima, na tutela dos seus interesses;
- s) a autoridade policial não tem atribuição para celebrar acordo de delação premiada.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou Política Criminal nas suas mais variadas questões, que envolveram as políticas criminais antiguarantistas (Funcionalismo Sistemico Radical, Expansionismo Penal e Direito Penal do Inimigo, Direito Penal de Emergência) e o Garantismo Penal.

Em razão da análise da Política Criminal nos mais variados sistemas, são apresentadas as principais conclusões sobre o tema no que tange à análise dos tópicos discutidos e demonstrados nesta tese:

- a) política criminal decorre primordialmente de valores e princípios previstos na Constituição (além dos Pactos, Tratados e Convenções e da legislação ordinária), que devem informar o Direito Penal e o Direito Processual Penal;
- b) nesta perspectiva constitucional, a política criminal apresenta valores da tutela da liberdade, do Estado de Direito, dignidade da pessoa humana, direitos humanos, legalidade penal, culpabilidade, e devido processo legal e corolários e a sistematização de meios de controle social para diminuição do fenômeno da criminalidade;
- c) os novos riscos tecnológicos questionam a eficácia do Direito Penal, sendo propalada uma política criminal que não prestigia tão significativamente os mencionados valores previstos na Constituição; por isso é proposto um Direito Penal preventivo, flexibilizando garantias penais e processuais de um sistema garantista;
- d) desta forma, podemos inferir que o Direito Penal na sociedade do risco é expansivo, intervencionista e preventivo, propondo a extensão da tutela penal a bens jurídicos supraindividuais, ampliação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, aumento na tipificação dos delitos omissivos e culposos, crescimento e intensificação dos delitos de perigo abstrato na antecipação da tutela, além da flexibilização das regras de imputação, sem as rígidas exigências de prova, de individualização de condutas, do nexos causal (que é presumido, invertendo-se o ônus da prova e presunção de inocência) e dolo;
- e) o fenômeno da sociedade do risco tem fundamentado um Direito Penal funcional – funcionalismo sistêmico radical de Günther Jakobs, que atende às exigências de estabilização da sociedade, através da prevenção genérica preventiva, premiando a manutenção do sistema, em detrimento da própria pessoa humana

(que passa a ser vista apenas com parte deste sistema) e do bem jurídico (secundado face à nova política criminal);

- f) o funcionalismo se caracteriza especialmente por: i) construir um sistema aberto, pensando nos seus resultados; ii) utilizar um sistema modificável em qualquer momento, segundo as necessidades; iii) os conceitos do Direito Penal não são inalteráveis; iv) adotar argumentos e soluções mais adequados, pensando nos resultados e eficiência; v) a culpabilidade está baseada na prevenção geral para a estabilidade do sistema; vi) a prevenção geral pretende estabilizar na cidadania a confiança no ordenamento normativo;
- g) no funcionalismo, a finalidade do direito é a estabilização de expectativas sociais, baseada na teoria da “prevenção geral positiva” (deveres do sujeito para com a sociedade), sendo o fim da pena manutenção da vigência da norma, para que a sociedade mantenha confiança na vigência das mesmas
- h) a culpabilidade jakobsiana se assenta na prevenção geral positiva (garantir a vigência da norma para a estabilização do sistema social) em razão da falta de fidelidade ao Direito (não agiu conforme as expectativas normativas);
- i) o bem jurídico não se representa como objeto físico, senão como norma, como expectativa garantida (direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos);
- j) no expansionismo penal, o Direito Penal é apresentado em três velocidades; na primeira velocidade é representada pelos casos que tratassem da “prisão” e manteria os princípios clássicos do Direito Penal, as regras de imputação e os princípios processuais (garantista);
- k) na segunda velocidade, se caracteriza pelas hipóteses de penas restritivas de direitos ou multa, nas quais haveria uma flexibilização das garantias penais e processuais (direito administrativo sancionador – funcional), ou seja, a pena privativa de liberdade seria substituída pela privativa de direitos, mas com flexibilização das garantias;
- l) na terceira velocidade, o Direito Penal conjuga a pena privativa de liberdade com as flexibilizações das garantias penais e processuais, caracterizando o Direito Penal do inimigo (destinado ao combate à criminalidade organizada, ao terrorismo);
- m) o expansionismo caracteriza-se pela criminalização dos estágios prévios à lesão dos bens jurídicos, sanções demasiadamente altas, flexibilização de clássicas

garantias materiais e processuais, que envolvem desmaterialização do tipo, imputação, causalidade, ônus de prova em razão da contemporânea sociedade do risco;

- n) a política criminal expansionista se caracteriza pela diminuição do risco permitido e das regras de imputação, aumento de ilícitos culposos (dever de cuidado, não exigindo o dolo), o incremento dos crimes comissivos por omissão (em razão da necessidade de ingerência) e do significativo acréscimo dos crimes de perigo abstrato, e pela administrativização do Direito Penal;
- o) há no expansionismo uma desformalização do Direito Penal com diminuição de garantias da legalidade (penal ou processual penal), buscando-se máxima eficácia na punição sem considerar quaisquer outros valores, em detrimento da dignidade da pessoa humana, da humanização da pena, da pena proporcionalmente justa;
- p) as características do Direito Penal do inimigo são as seguintes: o indivíduo não é tratado como um cidadão sujeito de direito, mas é visto como inimigo, logo, não dispõe de todas as garantias;
- q) é um direito penal do autor (pune o sujeito pelo que ele “é” e não pelo que ele “fez”; não é somente um determinado “fato” o que está na base da tipificação penal, não se excluindo a responsabilidade por meros pensamentos e “atitude interna” do autor), com a eleição e identificação de um infrator como inimigo por parte do ordenamento penal, recaindo sobre ele o reconhecimento de uma competência normativa em razão de sua “perversidade” e “periculosidade” (elementos que servem para caracterizá-lo na categoria de inimigo); assim, se pune não pelo ato praticado, mas pelo fato de ser ladrão, assassino, terrorista ou estelionatário, por supor-se uma personalidade perigosa, pelos seus antecedentes ou pela condução “anormal” de vida, violando o princípio da legalidade;
- r) no Direito Penal do Inimigo não se reprovava propriamente a culpabilidade do agente, mas sua periculosidade; portanto, pena e medida de segurança deixam de ser realidades distintas;
- s) adiantamento da punibilidade: não se espera cometer o crime para reagir como no ordenamento penal, mas a conduta é interrompida no estado prévio – preparação (p. ex., o cabeça de uma associação terrorista é punido já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta) em razão da sua perigosidade (sendo o ponto de referência é o fato futuro);

- t) penas desproporcionadamente altas apesar do adiantamento da punição;
- u) flexibilização de garantias penais ou processuais, que são suprimidas ou relativizadas, em especial o mandato de determinação derivado do princípio da legalidade e suas “complexidades”, pois já não são um ponto de referência essencial para a tipificação penal (mas outros elementos que possam caracterizar o autor na categoria de inimigo), além da eliminação das diferenças entre preparação e tentativa, entre participação e autoria;
- v) trata-se de um fenômeno penal pertencente ao mundo normativo em oposição ao das coisas; o crime é a violação da norma (cuja vigência foi colocada em dúvida) e a pena reage reafirmando a esta validade, embora se caracterize mais por demonizar determinadas infrações que estabilizar normas (prevenção geral positiva);
- w) é um direito penal que reúne o punitivismo, baseado no aumento e recrudescimento de incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade, o qual se mistura com simbolismo, cuja tipificação penal tem o ideal de aplacar os anseios imediatos de segurança da sociedade;
- x) o Direito Penal de Emergência decorre de uma anunciada ineficiência estatal, propondo um uso inflacionário e simbólico da legislação penal, com sacrifício das garantias constitucionais e tendência autoritária (legislação “forte” e endurecida, em detrimento dos princípios constitucionais clássicos), e uma “administrativização” penal, em prol de uma simbólica razão de eficiência (dramatização da violência com o correspondente espetáculo de repressão criminal);
- y) a manipulação da violência torna traz uma falsa expectativa momentânea ao cidadão a partir da emergência penal, em detrimento da estabilidade do processo de construção legislativa, instituindo-se violações ao princípio da legalidade, materialidade, ofensividade, subsidiariedade, fragmentariedade, prejudicando a certeza do direito;
- z) as características do Direito Penal de Emergência: dramatização da violência, o espetáculo de repressão criminal, a rápida tramitação no processo legislativo sem a séria discussão da temática que reduz direitos individuais, a manipulação do medo, a falta de estabilidade do processo de elaboração da lei penal (em resposta imediata e pontual a determinados fatos sociais), simbolismo extremado (ilusão de segurança e sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições),

aumentos desproporcionados de penas previstas em abstrato, a escolha pela neutralização carcerária, a incapacitação seletiva (classe, raça, nacionalidade) em penitenciárias de máxima segurança, o abandono da ressocialização (mero custodialismo) com a sua substituição pelo confinamento (exclusão como finalidade da execução penal), o endurecimento das instituições carcerárias, o enfraquecimentos das clássicas proibições de produção, utilização de provas ilícitas no processo penal, o uso excessivo de normas penais em branco e de crimes de mera transgressão;

- aa) os equívocos do Direito Penal de Emergência estão relacionados com uma pseudo eficiência (p. ex., na lavagem de dinheiro), a postura beligerante do juiz (não é soldado no *front* contra inimigo, mas árbitro); direito penal do autor (legalidade impede juízo só da personalidade, logo deve ser punido pelo fato cometido) e redução das garantias formais e substanciais (graves prejuízos decorrentes da flexibilização do Direito com a redução de garantias);
- bb) as medidas cautelares coercitivas, com a flexibilização de garantias (endurecimento), sofrem forte influência da emergência penal com: i) a devida falta de fundamentação para aplicação da prisão preventiva; ii) falta de limites de duração, em que se considera a duração geral da custódia cautelar e não os termos intermediários relativos à fase processual; iii) a adoção de prisão cautelar como uma maneira de execução antecipada da sentença condenatória; iv) alongamento, em concreto, da custódia cautelar ao máximo possível, com evidente queda quanto ao respeito da presunção de não culpabilidade; v) a espetacularização e a teatralização de prisões cinematográficas, com significado simbólico, para tranquilizar os cidadãos (verniz tranquilizante); vi) adoção de critérios muito vagos e indeterminados para aplicação da prisão preventiva; vii) o clamor público, e não a estrita necessidade, como o critério definitivo para a decretação de prisão;
- cc) o garantismo penal é baseado em dez axiomas, representados pelos seguintes princípios: Princípio da Retribuição Penal (A1 *Nulla poena sine crimine*), Princípio da Legalidade (A2 *Nulla crimen sine lege*), Princípio da Necessidade (A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*) e Proporcionalidade (*poena debet commensurari delicto*), Princípio da Lesividade ou da Ofensividade (A4 *Nulla necessitas sine iniuria*), Princípio da Materialidade ou da exterioridade da ação (A5 *Nulla iniuria sine actione*), Princípio da Culpabilidade ou da

responsabilidade pessoal (A6 *Nulla actio sine culpa*), Princípio da Jurisdicionalidade (A7 *Nulla culpa sine iudicio*) e Presunção de Inocência, Princípio Acusatório ou da separação entre juiz e acusação (A8 *Nullum iudicium sine accusatione*), Princípio da Ônus da Prova ou da verificação (A9 *Nulla acusatio sien probatione*) e Princípio do Contraditório, ou da defesa, ou da refutação (A10 *Nulla probatio sine defensione*);

- dd) o Direito Penal deve estar baseado no garantismo, com a reafirmação do Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos com a vedação à tortura e tratamento desumano ou degradante, inviolabilidade da privacidade, legalidade penal e processual penal, irretroatividade penal, individualização e humanização da pena, contraditório e ampla defesa, inadmissibilidade da prova ilícita, presunção inocência, prisão legal, liberdade provisória, proporcionalidade penal, ressocialização da pena, razoável duração do processo e duplo grau de jurisdição;
- ee) a delação premiada não é inconstitucional como reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal; no entanto, existem aspectos que violação do Texto Constitucional;
- ff) a delação premiada – da forma como está redigida e da maneira como tem sido aplicada – tem pontos que podem violar titularidade da ação, obrigatoriedade, contraditório/ampla defesa, direito ao silêncio, igualdade, imparcialidade/jurisdição, Estado Democrático de Direito, vedação à tortura, legalidade penal e devido processo legal, liberdade/prisão, inadmissibilidade de prova ilícita, presunção de inocência/ônus da prova, *in dubio pro reo*, proporcionalidade, sistema acusatório;
- gg) terminologicamente, não se trata de colaboração premiada, pois a essência do instituto é um negócio (acordo) para a identificação dos outros autores e partícipes (autoria) em troca da para obtenção de perdão/redução da pena ou sua substituição por uma restritiva de direitos; não há colaboração com a justiça, mas visão utilitária para redução da pena;
- hh) a natureza da delação premiada deve ser analisada a partir do contexto de justiça negociada, como um meio de obtenção da prova através do acordo voluntário, não sendo confissão porque – além do reconhecimento atingir o confitente – dirige-se também contra um terceiro, tampouco se constitui como testemunho,

- por ser o averiguado ou acusado pessoa intensamente interessada no objeto do processo;
- ii) se encontra remissões históricas da delação no direito penal romano, na igreja primitiva, nas Ordenações Filipinas, inconfidência mineira, no Golpe Militar (1964); atualmente, se identifica no art. 6º da 9.034/1995, art. 25, § 2º, da Lei 7.492/1986, art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990, art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/1998, arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999, art. 35B da Lei 8.884/1994, art. 41 da Lei 11.343/2006, art. 2º, § 5º, da Lei 12.683/2012, art. 4º da Lei 12.850/2013;
  - jj) no direito comparado, no direito inglês (*immunity from prosecution*); na **Itália** (*pentitismo*); na **Alemanha** (*kronzeugenregelung*); **Espanha** (arrepentimiento); em **Portugal** (arts. 368º-A, 374º-B, art. 299º CP, art. 301º CP português); no **Chile** (art. 8º CP chileno); na **Argentina** (art. 217 CP argentino); nos **EUA**, no **Plea Bargaining** com negociação ampla entre acusação/defesa, obtenção de declaração de culpa (*guilty plea*) ou de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*);
  - kk) a política criminal identificada na delação premiada se vincula ao movimento de lei e ordem, ao expansionismo penal (3ª velocidade), Direito Penal de Emergência, Direito Penal do Inimigo, se afastando do paradigma do garantismo penal;
  - ll) com relação ao valor probatório, a delação por si só não poderá condenar, deve ser cumprida a regra da corroboração, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros elementos de prova;
  - mm) controle sobre a valoração da declaração do delator incide sobre requisitos intrínsecos subjetivos (personalidade, histórico, motivos confessionais, interesse decorrente de ódio ou vingança) e objetivos (firmeza, constância, coerência, conteúdo (narrativa significativa nas especificidades) e a univocidade (sem ambiguidade)); e o requisito extrínseco exige a confirmação dos fatos apontados com relação a cada delatado e a cada fato atribuído a eles (não se trata de uma confirmação genérica);
  - nn) a ofensa ao princípio da titularidade da ação decorre da possibilidade de o delegado de polícia celebrar um acordo de perdão judicial a ser homologado pelo juiz (art. 4º, §§ 2º, 6º e 11, e art. 6º, inc. II da Lei 12.850/2013) em detrimento do art. 129, inc. I, da Constituição que confere titularidade para o

exercício da ação penal pública; autoridade policial não tem capacidade postulatória para o perdão judicial, sendo a titularidade do *parquet*;

- oo) ofensa ao princípio da obrigatoriedade da possibilidade do perdão judicial (art. 4º da Lei 12.850/2013), pois o art. 98, inc. I, da Constituição autoriza somente a transação para as infrações de menor potencial ofensivo; a substituição da obrigatoriedade pela oportunidade na justiça consensual tem repercussões na administração da justiça como a perda de legitimidade das instituições de justiça criminal; viola a obrigatoriedade as cláusulas dos acordos de delação premiada que impossibilitam o ingresso de ações penais futuras, embora coexistam indícios de autoria e materialidade;
- pp) a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa decorre da impossibilidade de defesa dos delatados no inquérito, pois a investigação se reduz ao depoimento do delator e não há previsão de um momento definido para a ciência do delatado; não há publicidade do conteúdo da delação premiada (a delação é sigilosa até o recebimento da denúncia – art. 7º Lei 12.850/2013) e, por decorrência, exclui a ampla defesa e o contraditório; deveria ser contemplada uma audiência de homologação com a presença de todos os delatados, oportunizando acesso ao conteúdo da colaboração;
- qq) a ofensa ao princípio do direito de silêncio decorre da previsão do § 14, do art. 4º, da Lei 12.850/2013 por determinar a renúncia ao direito de *permanecer calado* (art. 5º, inc. LXIII, CF); ademais, delação quando se está preso viola a voluntariedade, não havendo plena liberdade de vontade, pela coação psicológica, intenso sofrimento (físico e mental), humilhação e torturas inerentes à prisão; por fim, a negativa em aderir à colaboração não pode ser indício de responsabilidade;
- rr) a ofensa ao princípio da igualdade decorrente de um tratamento desigual e desproporcional ao delator com redução da pena e ao corréu que preservou o direito ao silêncio; recompensas muito generosas têm proporcionado perdão judicial para quem poderia receber 2000 anos de pena; os delatados por certo não terão um tratamento isonômico; a violação da igualdade decorre da superioridade do acusador com poder de transigir e pressões psicológicas em face da vulnerabilidade do acusado;
- ss) a ofensa ao princípio da jurisdição decorre da possibilidade de pena sem processo e da aplicação da sanção pelo Ministério Público – sem o controle

- jurisdicional; a autonomia da vontade das partes não pode prescindir da jurisdição, pois o juiz fica limitado a verificar regularidade, legalidade e voluntariedade, em prejuízo da sanção aplicada pelo juiz competente (juiz natural);
- tt) a ofensa ao princípio da imparcialidade decorre do comprometimento do juiz participante de homologação do conteúdo da declaração do delator na fase pré-processual, demonstrando sua convicção preliminar (julgamento prévio) diante das prova e manifestação do delator e sobre a participação dos delatados no crime (juízo de censurabilidade), excluindo a imparcialidade; prejudica a jurisdição a antecipação da convicção do juiz na homologação;
  - uu) a violação do Estado Democrático de Direito decorre da produção probatória através da investigação da pessoa (não do fato), pois se prende para forçar a delação; a exigência de a delação ser voluntária (art. 4º, Lei 12.850/2013) impossibilita prisão para convencer o acusado a aderir à delação; se o acusado for tratado como "objeto" de prova e não como sujeito processo teremos um ranço autoritário;
  - vv) a ofensa à vedação à tortura decorre da celebração da delação com delator preso em razão das péssimas condições carcerárias, aliada às péssimas condições psicológicas, à forte tensão relacionada ao contexto da imputação em organização criminosa, a privação da liberdade com o rompimento dos vínculos familiar/profissional/institucional/social, a cessação de vencimentos, salários ou ingresso de valores em geral a título de receita, caracterizam sofrimento agudo e constrangimentos, conceitos próprios do crime de tortura;
  - ww) a violação da legalidade penal decorre de hipóteses de promessa ou concessão de vantagens sem previsão na lei a aplicação de pena não prevista legalmente, redução de pena maior do que dois terços, pactuar na fase pré-processual benefício só previsto para fase pós-processual (v.g. progressão de regime) ou pactuar na fase pós-processual benefício só admitido na fase anterior (v.g. perdão judicial); ainda, se o juiz não pode alterar o conteúdo da delação, a pena pactuada pelo Ministério Público violaria o princípio da culpa com a aplicação da sanção independentemente da avaliação judicial;
  - xx) a violação do devido processo legal decorre de uma persecução criminal calculada e previamente arquitetada com a finalidade de obter o prêmio (perdão ou diminuição da pena) e proteção do patrimônio ilicitamente formado pela

- prática de crimes, além de desvirtuar os fins e os fundamentos da pena (generosos prêmios não previnem, mas incentivam crimes); devido processo legal é reduzido a uma farsa, pois se antevê o risco de perseguição com a possibilidade de prêmio a ser recebido;
- yy) a violação do devido processo legal decorre também duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal no caso de homologação do acordo pelo Juiz, seja no juízo de condenação, seja no juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da pena;
  - zz) a violação do devido processo legal decorre da possibilidade de pena sem processo ou sem inquérito e pena sem se oportunizar o contraditório; a violação do devido processo legal decorre ainda da delação pactuada fora do processo ou ter efeito para além do processo (não promover processos (perseguição) contra terceiros (delatados) ou proteger outros visados (famílias de delatores) que são poupados pelo Ministério Público em virtude do acordo celebrado com o colaborador;
  - aaa) a ofensa à inviolabilidade do direito à liberdade decorre da decretação ou manutenção da prisão preventiva para extrair delação premiada; viola o princípio da legalidade da prisão a decretação da custódia para “*convencer os infratores a colaborar*” e viola o princípio da liberdade provisória concessão de liberdade provisória condicionada a adesão à colaboração, porque o princípio deve ser da necessidade da prisão e a delação deve ser voluntária (art. 4º, da Lei 12.850/2013);
  - bbb) a violação da inadmissibilidade da prova ilícita decorre da renúncia (art. 4º, § 14, Lei 12.850/2013) ao direito ao silêncio (art. 5º, inc. LVIII, da Constituição), ofendendo – ainda – o princípio *nemo tenetur se detegere*, a plena liberdade da vontade (respeito pela sua decisão de vontade) e a presunção de inocência; a inadmissibilidade da prova ilícita decorre também da promessa de vantagens não previstas legalmente; a inadmissibilidade da prova ilícita também se caracterizará se delatores forem estimulados, inclusive com lista de nomes que deveriam ser delatados, sob pena de não colherem o benefício;
  - ccc) a violação da presunção de inocência e ônus da prova decorre da proibição de antecipar a pena; acusado é inocente enquanto não se estabelece legalmente sua responsabilidade, o que se dará quando se provar (com *elementos probatórios concludentes*) que é culpado (*exigências de certeza para superar a presunção de*

*inocência*) a partir das garantias constitucionais; a delação representa uma inversão do ônus da prova, pois o órgão persecutório não conseguiu obter prova, relegando-se ao Acusado o encargo de reunir elementos necessários à condenação;

- ddd) a violação da presunção de inocência também decorre de cumprimento imediato de pena logo após a celebração do acordo de delação, porém sem sentença penal condenatória transitada em julgado;
- eee) a violação do princípio do *in dubio pro reo* decorre da delação com lastro probatório insuficiente, pois não há previsão legal para impedimento da delação hipótese de não haver elementos mínimos de autoria e materialidade; logo, na perspectiva da regulamentação da Lei 12.850/13, a dúvida não milita a favor do réu; o acusado não pode renunciar ao *in dubio pro reo*, que exige certeza positiva de culpabilidade e certeza de autoria;
- fff) a violação ao princípio da proporcionalidade decorre da imposição de um ônus excessivo ou de um prêmio extremamente generoso, com respostas penais absolutamente desarrazoadas;
- ggg) a violação do sistema processual acusatório decorre da delação ser um instituto eminentemente do sistema inquisitório pelo valor extremo à confissão, pela concentração de funções, pela desigualdade entre as partes (proeminência acusatória), procedimento sigiloso até recebimento da denúncia, pela ausência de contraditório e ampla defesa aos delatados no acordo/homologação; sistema tarifado de avaliação probatória (supremacia da confissão); iniciativa probatória do magistrado em alguns casos; prisão indiscriminada; uso indiscriminado da pressão e coação psicológica; desprezo do direito ao silêncio; substituição da investigação do fato pelo suspeito (processo penal do autor); inversão do ônus de prova (acusado é fonte de prova para a sua responsabilidade criminal);
- hhh) o instituto da delação premiada deve ser aprimorado legislativamente e ser aplicado no modelo do programa democrático instituído pela Constituição.

Foram propostas as seguintes alterações legislativas para compatibilizar a delação premiada à Constituição:

- a) controle de constitucionalidade prévio pelo Juiz (sobre o conteúdo);
- b) impossibilidade de ônus excessivo ou prêmio extremamente generoso (desproporcionais);

- c) incidente processual (prévio ou incidental) de delação, com acordo e homologação em audiência na presença do Juiz, Delator, Advogado, órgão do Ministério Público, Delatados;
- d) Juiz e órgão do Ministério Público que participarem do acordo e homologação da delação não poderão participar de eventual processo com os delatados;
- e) na audiência preliminar de acordo e homologação, deve ser garantida uma fase para eventual composição entre o delator e vítima para reparação dos danos causados pela infração;
- f) caberá da sentença de homologação recurso de apelação;
- g) reexame obrigatório pelo Tribunal após sentença de homologação;
- h) a pena estabelecida na homologação só poderá ser cumprida após transitar em julgado;
- i) é vedada a realização de delação premiada com Averiguado ou Acusado preso ou de promessa de liberdade ao preso condicionada a adesão à colaboração;
- j) é vedada a prisão para estimular a delação premiada;
- k) revogar a renúncia ao direito ao silêncio;
- l) instituição do princípio da discricionariedade regrada;
- m) inclusão do § 5º, art. 33 CP para estabelecer o regime aberto e semiaberto com lapsos temporais distintos;
- n) acrescentar parágrafo único ao art. 120 Código Penal para concessão de perdão judicial em delação;
- o) instituição de Incidente de Reabertura de Instrução quando sobrevir indício ou prova da inocência do delator;
- p) acrescentar o inc. IV, art. 621 CPP revisão de delação;
- q) vedado o estímulo à delação com lista de nomes predeterminados condicionando o prêmio e vedada a delação para proteger terceiros;
- r) a autoridade policial não tem atribuição para celebrar acordo de delação premiada.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

AVERDADEDELULA. *A perseguição a Lula está violando pactos internacionais assinados pelo Brasil*. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.averdadedelula.com.br/pt/2016/11/16/cristiano-zanin-a-perseguiacao-a-lula-esta-violando-pactos-internacionais-assinados-pelo-brasil/>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

BARATTA, Alessandro, prefácio realizado na obra de Sergio Moccia, *La Perenne Emergenza – Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, seconda edizione.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. (s/l): Brasília Jurídica, 2003.

BÁRTOLI, Márcio Orlando. *Prisão cautelar e princípio da proporcionalidade*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n.119 Esp., out.2002

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada na "lava-jato" está eivada de inconstitucionalidades, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, v.1. Saraiva, 11<sup>a</sup> edição, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus, tradução Carlos Nelson Coutinho, 1992.

BOLDT, Raphael. *Delação premiada: o dilema ético*. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>, Acesso em: 10 maio 2007.

BORRI, Luiz Antonio. Delação premiada do investigado/acusado preso cautelarmente: quando o Estado se transfigura em criminoso para extorquir a prova do investigado. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim 285, ago. 2016.

BRASIL, Hélio Rubens. *Delação premiada a rainha das provas?* Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e criminalidade organizada: uma análise da política criminal expressa na lei 12.850/2013 sob a perspectiva da criminologia. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, 2016.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Manual de derecho procesal penal*. 3. ed. Córdoba: Advocatus; Universidad Nacional de Córdoba, 2012.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Proceso penal y derechos humanos – la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação da Operação Lava-Jato. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 146, n. 400, p. 16-38, set.-out. 2016.

CARVALHO, Márcio Augusto Friggi de. *Colaboração premiada*. Disponível em: <[https://www.google.com.br/?gfe\\_rd=cr&ei=X\\_QaWMe4BIuq8wf3\\_4DYDA#q=dela%C3%A7%C3%A3o+premiada+ou+colabora%C3%A7%C3%A3o+premiada&start=10](https://www.google.com.br/?gfe_rd=cr&ei=X_QaWMe4BIuq8wf3_4DYDA#q=dela%C3%A7%C3%A3o+premiada+ou+colabora%C3%A7%C3%A3o+premiada&start=10)>. Acesso em: 25 nov. 2017.

Caso nos EUA expõe riscos da delação premiada, dizem especialistas, 18 de fevereiro de 2015, <http://www.conjur.com.br/2015-fev-18/eua-expoe-riscos-delacao-premiada-dizem-especialistas>.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal – comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal, parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 215.

CONGRESSOEMFOCO. *Bancada do PT na Câmara acusa Janot de seletividade*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lava-jato-bancada-do-pt-na-camara-acusa-janot-de-seletividade/>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CONJUR. *Habeas corpus 5029016-71.2014.4.04.0000*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CONJUR. *Habeas Corpus 5029050-46.2014.404.0000*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CONJUR. *Parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana na Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CONJUR. *Parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana na Operação Lava-Jato*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar1.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CONJUR. *Voto do Ministro Celso de Mello na Petição 7.074*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-celso-delacao.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CONJUR. *Voto Min. Gilmar Mendes*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes-revisao-delacao-stf.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 159, fev. 2006.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Delação premiada – proibição para quem está preso. *O Estado de São Paulo*, 27 julho 2015.

DIAS, Pamella Rodrigues; SILVA, Erik Rodrigues da. *Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<https://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, t. 1.

DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013, t. 2.

DIPP, Gilson. *A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>> Acesso em: 25 nov. 2017.

DÖHRING, Erich. *La Prueba – su práctica y apreciación*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ESTELLITA, Heloísa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Boletim 202, set. 2009.

FARIA JÚNIOR, César de. *O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 3. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA, Cristiano de Oliveira. *O processo penal de emergência face as garantias constitucionais ao devido processo na utilização do instituto da delação premiada no Brasil*. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 84. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_FerreiraCO\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraCO_1.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2017.

FERREIRA, Heloisa Roberta de Mello. *A colaboração premiada no ordenamento jurídico constitucional*. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Disponível em: <<http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2026>> Acesso em: 15 nov. 2016.

FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada – contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Youssef passa a regime aberto, mas usará tornozeleira*, 17 de março de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1867367-youssef-passa-a-regime-aberto-mas-usara-tornozeleira.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2017

FOLHA UOL. *Por delação defesa de Marcelo Odebrecht desiste de pedido de liberdade*. Disponível em; <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1792686-por-delacao-defesa-de-marcelo-odebrecht-desiste-de-pedido-de-liberdade.shtml>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

FOLHA UOL. *Youssef passa a regime aberto, mas usará tornozeleira. Folha de São Paulo*, 17 de março de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/03/1867367-youssef-passa-a-regime-aberto-mas-usara-tornozeleira.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. *A delação premiada. DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada\\_Fonseca.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/dela%C3%A7%C3%A3o%20premiada_Fonseca.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 13 nov. 2016.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos – Anotações Sistemáticas à Lei 8.072/90*. Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. *Um prognóstico ousado. As perspectivas do direito penal por volta do ano de 2010*. In: MESSUTI, Ana (org.). *Perspectivas criminológicas – en el umbral del tercer milênio*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

G1. *Bom Dia Brasil. Lula depõe como réu e nega tentativa de evitar delação de Nestor Cerveró* na data de 15 de março 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/03/lula-depoe-como-reu-e-nega-tentativa-de-evitar-delacao-de-nestor-cervero.html>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

G1. *Relator da ONU denuncia situação “cruel” em prisões do Brasil*, 07/03/2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/relator-da-onu-denuncia-situacao-cruel-em-prisoas-do-brasil.html>> Acesso em: 25 nov. 2017

GERBER, Daniel. *Direito penal do inimigo: Jackobs, nazismo e a velha estória de sempre*. Disponível em: <[www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 28 nov. 2005.

GODOY, Marcelo. Acordo perdoa 2 mil anos de prisão para delatores da JBS. *O Estado de S.Paulo*, 4 junho 2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,acordo-perdoa-2-mil-anos-de-prisao-para-delatores-da-jbs,70001825126>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

GOMES, Mariângela de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, Universidad Externao de Colombia, 2005.

JAKOBS, Günther. *Personalidad y Exclusión en Derecho Penal*. El Funcionalismo em Derecho Penal – Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Coordinador Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colômbia, 2003.

JAKOBS, Günther. *Que protege el derecho penal: bienes juridicos o la vigencia de la norma?*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo em derecho penal – libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. *Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-18/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

JESCHECK, Hans Heirich *Tratado de Derecho Penal*, Parte General. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESUS, Damásio de. *Estágio atual da "delação premiada" no direito penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/m/texto.asp?id=908>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção da prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2011.

KALKMANN, Tiago. *O Uso da Delação Premiada no Brasil como a Instituição de um Microssistema Inquisitório*. Universidade de Brasília, 2015. [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11009/1/2015\\_TiagoKalkmann.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11009/1/2015_TiagoKalkmann.pdf).

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal – para além da ambição inquisitorial*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2016.

KHALED JR., Salah H. *Discurso de ódio e sistema penal*. Belo Horizonte: Letramento/Casa do Direito, 2016.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Delação premiada: aspectos psicológicos e jurídicos*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 983.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Com delação premiada e pena negociada, direito penal também é lavado a jato*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato#author>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Por que Lula e nenhum acusado precisa ir a oitiva de testemunha*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-21/limite-penal-lula-nenhum-acusado-ir-oitiva-testemunha>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Qual é a proposta indecente que torna viável a delação premiada?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-03/limite-penal-qual-proposta-indecente-torna-viavel-delacao-premiada>>. Acesso em: 21 abr. 2017

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Delação (colaboração) Premiada e os Direitos Humanos – Modelo de justiça com tortura psíquica legalizada, imputação generalizada, pena anunciada e condenação antecipada*. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/26266437/o-caso-lula-a-luta-pela-afirmacao-dos-direitos-fundamentais-no-brasil---cristian/19>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MATOS, Mafalda. *O direito premial no combate ao crime de corrupção*. Universidade Católica Portuguesa, Janeiro de 2013.

MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*, Parte General, v.1. Actualizada por Heinz Zipf, Derecho Penal. Astrea. Buenos Aires, 1994, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del ciudadano e derecho penal del enemigo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, Universidad Externao de Colombia, 2005.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Dogmática y Política Criminal en una Teoría Funcional del Delito*. El Funcionalismo em Derecho Penal – Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Coordinador Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colômbia, 2003.

MELLADO, José María Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Peru: Fondo Editorial, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). *Custos Legis*, v. 4, 2013. Disponível em:

<file:///C:/Users/MarcoPolo/Downloads/2013\_Direito\_Publico\_Andrey\_delacao\_premiada.pdf> Acesso em: 31 out. 2016.

MENEZES, Sofia Saraiva de. O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coords.). *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

MESQUITA, Bruno Utsch. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 487-530, 2015.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza – tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Itália: Edizioni Scientifiche Italiane, (s/d).

MOLINA, Antonio Garcia Pablos de. *Criminologia*. 3. ed. Tradução de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Como não ser um Juiz de Direito? Fácil, leia as decisões de Sérgio Moro*. Disponível em: <<https://jornalggn.com.br/noticia/como-nao-ser-um-juiz-de-direito-por-romulo-de-andrade-moreira>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César. *Delação premiada – aspectos jurídicos*. 2. ed. Leme: J.H. Mizuno, 2016.

NICOLITT, André. *Colaboração premiada pode ser tortura*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/tag/delacao-premiada/>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, ed.Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, ed.Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1126/1224>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

PETIÇÃO 6.160. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/texto\_311274876.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PINTO, Lara Sofia. *Privilegio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido*. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coords.). *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2013.

PINZÓN, Álvaro Orlando Pérez. *El funcionalismo em la sociologia actual*. In: LYNETT, Eduardo Montealegre (coord.). *El funcionalismo em derecho penal – libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

PLAÇA, Luana Cristina Coutinho Orosco; SANCHEZ, Claudio José Palma. *O valor probatório da delação premiada a luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e da presunção de inocência*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

PRADO, Geraldo. "*Quem Deveria Controlar a Atividade do MP Não é o Judiciário, mas a Sociedade*". <http://www.conjur.com.br/2017-jul-02/entrevista-geral-do-desembargador-aposentado-professor>.

PRADO, Geraldo. *Da delação premiada: aspectos de direito processual*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Boletim 159, fev. 2006.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal, Parte General*. Reppertor S.L. 5ª edición, Barcelona, 1998.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal – Introdução Crítica*, ed.Saraiva, 2001.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición. Colômbia: Temis, 1994.

REALE JR., Miguel. A prisão como pressão. *Jornal Folha de S.Paulo*, São Paulo, 3/12/2014.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIGUEIRA NETO, Ademar. *A manipulação do juiz natural na operação "lava-jato"*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-24/ademar-rigueira-neto-manipulacao-juiz-natural-lava-jato#author>> 24 de maio de 2017. Acesso em: 25 nov. 2017.

RIQUERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el derecho penal: el "arrepentido": una "técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

RIVERO, Pilar González. *El Fundamento de las Normas e las Medidas de Seguridad*. El Funcionalismo em Derecho Penal – Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Coordinador Eduardo Montealegre Lynett, Universidad Externado de Colômbia, 2003.

ROVER, Tadeu. *Colaboradores não conseguem benefícios em sentença da "Lava-Jato"*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-18/colaboradores-nao-beneficios-sentenca-lava-jato#author>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Vega, 3ª edição, 1998, tradução Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? Doutrina penal – primeira seção. *Revista dos Tribunais*, ano 90, n. 790, p. 468-469, ago. 2001.

SÁNCHEZ, Javier; GÓMEZ, Vera. *Variaciones sobre la presunción de inocencia – análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Abraão Soares dos. *A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13474-13475-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, volume II, 5ª Edição, Lisboa, Babel, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/415-1597-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, v.1. 5ª edición, 10ª reimpression, atual. Por Guillermo J.Fierro. Buenos Aires: Argentina, 1992.

STF, Pet. 5952/DF, Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2014/09/decisaoteori.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2017.

STRECK, Lenio; KARAM, André. *Vícios privados, benefícios públicos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/12/1561785-lenio-streck-e-andre-karam-vicios-privados-beneficios-publicos.shtml>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

SUEIRO, Carlos Christian. *Los paradigmas del derecho penal – sobre la armonía metodológica del derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2011.

Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p.95, editora Brasília Jurídica, 3ª edição, 2003.

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais*, v. 5, p. 269, jul. 2006.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

VASCONCELLOS Vinicius Gomes de; CAPPARELLI. Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, p. 14. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880/12525>> Acesso em: 25 nov. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, v.I. Buenos Aires: Ediar, 1995.