ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

A COLABORAÇÃO PREMIADA ENTRE O UTILITARISMO E A RACIONALIDADE DE PRINCÍPIOS

THE COLABORATION BETWEEN THE UTILITARIANISM AND THE RATIONALITY OF PRINCIPLES

Miguel Tedesco Wedy*

RESUMO: A colaboração/delação premiada é um instrumento eficiente para a obtenção de provas em processo penal. Porém, é um instrumento de racionalidade meramente utilitária. E é partir desse instrumento que muitas outras provas são obtidas, posteriormente, no curso da investigação criminal ou do processo penal. Impõe-se, assim, que a pesquisa objetive encontrar alternativas para limitar e adequar esse instrumento à Constituição Federal, o que se pode fazer desde uma racionalidade de princípios. Uma racionalidade de princípios que leve em conta a tradição histórica e teórica do direito premial, reconhecida em todos os lugares, mas também os seus efeitos na esfera do processo penal. Efeitos que podem afetar uma série de outros direitos, como o direito ao silêncio, a ampla defesa, a proporcionalidade, a retribuição, a igualdade de armas. Impõe-se, assim, uma nova apreciação acerca desse instituto, de modo que ele seja utilizado em situações excepcionais, respeitando-se sempre as ideias de voluntariedade e subsidiariedade, a fim de que a Constituição Federal e os princípios fundamentais do processo penal sejam respeitados.
Palavras-chave: Delação premiada. Eficiência. Utilitarismo. Princípios. Processo penal.

ABSTRACT: Collaboration award is an effective tool for obtaining evidence in criminal proceedings. However, it is a purely utilitarian rationality instrument. And it is from this instrument that many other tests are obtained later in the course of criminal investigations or criminal proceedings. It must be, therefore, that research objective finds alternatives to limit and adapt the instrument to the Federal Constitution, which can be done from a rationality of principles. A rationality of principles that takes into account the historical and theoretical tradition of Premial right recognized everywhere, but its effects in the sphere of criminal proceedings. Effects that can affect a number of other rights, such as the right to silence, to legal defense, proportionality, retribution, equality of arms. It must be, therefore, a new appreciation about this institute, so that it is used in exceptional situations, respecting always the

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado. Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil.

ideas of voluntariness and subsidiarity, so that the Federal Constitution and the fundamental principles of criminal procedure are respected.
Keywords: Rewarded collaboration. Efficiency. Utilitarianism. Principles. Criminal proceedings.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O DIREITO PREMIAL E SUA DIGNIDADE HISTÓRICA; 3 ALGUNS PROBLEMAS E ACERTOS DA LEI 12.850/2013; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A colaboração ou delação premiada é um instrumento eficiente para a obtenção de provas em processo penal. Porém, é um instrumento de racionalidade meramente utilitária. Assim, o tema deve ser enfrentado a partir da crítica contra uma visão tão somente utilitarista do instituto. O artigo objetiva não apenas levar em conta a perspectiva histórica do direito premial, mas também encontrar alternativas para limitar e adequar esse instrumento à Constituição Federal, o que se pode fazer desde uma racionalidade de princípios. Portanto, deve-se trabalhar com uma base teórica não utilitária, a fim de que os objetivos da pesquisa sejam atingidos: discutir a legitimidade do instituto em exame, seus efeitos ante outros direitos, como o direito ao silêncio, a ampla defesa, a proporcionalidade, a retribuição, a igualdade de armas, bem como as alternativas que o legitimem ante a Constituição Federal e os princípios fundamentais do processo penal. Impõe-se, assim, uma nova apreciação acerca desse instituto, de modo que ele seja utilizado em situações excepcionais, respeitando-se sempre as ideias de voluntariedade e subsidiariedade.

A relevância dessa discussão está calçada também na má-utilização e vulgarização do instituto da delação premiada, hoje denominada de "colaboração" premiada[1] (COUTINHO, 2010, p. 16).

1 Na lição de Jacinto Coutinho, "Afinal (perguntou-se várias vezes) o que o Brasil deseja sobre delação premiada? Isso que está aí, sem regra e inconstitucional? E feita como se estivesse num balcão de negócios, com presos temporários sendo pressionados ao acordo ou ao engodo? Meio como um *contrato de adesão*... e condenação para sempre do delator, destinado a viver com medo de sua sombra? Enfim, até que ponto o Estado, por uma(s) pessoa(s) que

Esse método "moderno"[2] (COMBS, 2007, p. 4) de obtenção de prova criminal é cada vez mais utilizado no cotidiano forense e teve um tratamento bem mais aprofundado na Lei 12.850/2013, pois carecia de uma formalização adequada.[3] Por intermédio desse expediente, o acusado ou suspeito que denuncia um crime e colabora, "voluntariamente", com as autoridades investigativas ou de acusação poderá receber inúmeros benefícios, tais como a redução de pena, a aplicação de penas alternativas e até o perdão judicial.

Pode-se dizer que a delação premiada coloca em polos opostos as ideias de eficiência e de garantias. O que importa, pois, é tentar encontrar um ponto de equilíbrio, que permita a utilização desse instituto, sem desnaturar, por completo, as garantias trazidas no âmbito constitucional e infraconstitucional.

2 O DIREITO PREMIAL E SUA DIGNIDADE HISTÓRICA

o presenta(m), pode garantir o cumprimento da sua parte e, de fato, proteger o delator, se for o caso para sempre?".

2 Assinala-se que o instituto se popularizou nos últimos anos nos mais diversos países, recebendo incontáveis análises, críticas, debates e legislações próprios. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a guilty plea (declaração de culpa e renúncia ao direito de ser processado por júri) encerra cerca de 90% dos casos, sendo uma das formas de negociação da pena com o Estado (plea bargaining).

3 No Brasil, a delação premiada estava prevista em diversas leis, como nos casos da Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 9.034/95), ao prever a redução de 1 a 2/3 da pena, caso a colaboração espontânea resultasse na elucidação do fato criminoso. Também na antiga lei de lavagem de dinheiro Lei 9.613/98,com a possibilidade de redução da pena de 1 a 2/3 e também o perdão judicial ou a aplicação de pena restritiva de direitos, caso houvesse a apuração das infrações penais e de sua autoria, bem como a localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime. Também na Lei 8.137/90 (Crimes Contra a Ordem Tributária), no art. 16, § único (Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). E também na Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), no seu art. 41 (O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). E, ainda, com o mesmo teor, nas Leis 9.807/99 (Lei de Proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas). Também está prevista no § 4º, do art. 159 do Código Penal, no caso de extorsão mediante sequestro. E, finalmente, na atual Lei 12.850/2013, que trata das organizações criminosas.

A ideia de um "direito premial" não é nova, como aponta Mário Pisani[4] (PISANI, 2010, p. 262-263). Recompensa e prêmio, faz muito tempo, acabaram por compor o mundo do Direito. Como referia Jhering, citado por Pisani, em Roma o direito premial chegou a ter precisão maior que o próprio direito penal (PISANI, op. cit., p. 14). Ou ainda como referiu Pisani, citando Norberto Bobbio:

> "*lo studioso torinese parla di 'funzione promozionale del diritto' nelll'intento di cogliere e sottolineare – egli scrive – 'uno deli aspetti rilevanti, e ancor poço studiati proprio in sede di teoria generale del diritto, delle nuove technique di controllo sociale, Che caratterizzano l'azione dello stato sociale dei nostri tempi e la distinguono profondamente da quella dello stato liberale clássico: l'impiego sempre più diffuso delle techiche di incoraggiamento in aggiunta a, o in sostituzione di, quelle tradizionali di scoraggiamento*"[5] (PISANI, op. cit., p. 15-16).

4 Segundo Pisani, as obras de Melchiorre Gioia (*Del merito e delle ricompense*), de Giacinto Dragonetti (*Delle virtù e de'premio*), Diderot (*Essai sur le mérite et la vertu*), Benthan (*Teoria delle pene e delle ricompense*), bem como de Jiménez de Asúa (*La recompensa como prevención general. El Derecho Premial*), passando ainda por Serenella Armellini (*Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*).

5 Ou ainda como diz Mario Pisani: "Se è vero che con la mano sinistra ha inasprito le sanzioni e con la mano destra há elargito 'premi', o sconti di pena, ai collaboratori della giustizia, Il legislatore di questi ultimi anni trova però, comes'è visto, molti predecessori, dentro e fuori del sistema penale, e trova anche molti ispiratori, italiani e stranieri...Ma la simmetria, prima ancora, sta nei concetti e nelle funzioni. Come attraverso la pena Il legislatore minaccia un castigo a chi volesse accingersi ad uma azione socialmente riprovevole, ovvero Il ruolo di sanzione (negativa), che, oltre al castigo, mira anche a distogliere dal comportamento oggetto di disciplina, per contro, attraverso Il premio (o sanzione positiva) il legislatore si propone di incentivare e di incoraggiarei comportamenti socialmente vantaggiosi". Ibid., p. 17-18.

A adoção da delação foi amplamente utilizada, e ainda hoje o é, em países como Itália (operação *mani pulite* anti-corrupção e operações contra a máfia), Espanha[6] e Estados Unidos da América[7] (DERVAN; EDKINS, 2013).

Contudo, a delação não se constitui propriamente num prêmio para uma conduta nobre e altiva. Mas, efetivamente, numa premiação para o autor de um delito. Autor esse que, por sua deslealdade e traição para com os demais comparsas, receberá um prêmio, com a redução de pena, o perdão judicial ou a substituição por pena restritiva de direitos. Difere, pois, de uma ideia de premiação de comportamentos corretos, lícitos, éticos e elevados. Em que pese uma pretensa eficiência desse instrumento de "combate à criminalidade", mormente aquela de caráter econômico, o fato é que a popularização desse instituto está a ocasionar sérias distorções.

3 ALGUNS PROBLEMAS E ACERTOS DA LEI 12.850/2013

Muitos são os argumentos lançados contra a delação premiada: a violação dos princípios da retribuição penal (já que pode até perdoar autores de delitos graves), da proporcionalidade da punição (já que permite punir sem atentar para a ofensividade da conduta), da isonomia no tratamento das partes (pois pode punir corréus e pode perdoar delatores ou lhes dar penas menores), do direito ao silêncio (já que impõe o dever de colaborar para a eficácia da colaboração), da moralidade (pois abre mão de uma racionalidade embasada em princípios e trabalha com uma racionalidade utilitária), da ampla defesa

6 No caso da Espanha a introdução dos mecanismos premiais mais recentemente se deu com a Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio de 1988, que englobava o terrorismo no instituto da delação - Art. 579 – 3. Ainda deve-se considerar que a colaboração foi alargada, com o advento da Lei Orgânica nº 10, de 23 de novembro de 1995, aos crimes de tráfico de drogas - Art. 376.

7 A barganha com o poder público encerra mais de 94% dos casos americanos. Um estudo de 2013, realizado por Edkins e Dervan, tentou recriar uma situação verdadeira na qual os estudantes deveriam escolher pelo acordo com o governo ou não. O que causou espanto aos pesquisadores foi o fato de que 56% dos estudantes inocentes (que sabiam disso), também aceitaram o acordo e declararam-se culpados, a fim de evitar um processo formal contra eles, por incerteza, possibilidade de destruir seus planos futuros, ou até mesmo para evitarem a privação do ambiente doméstico, devido aos custos de reparação."

e do contraditório (fragilidade as possibilidades de defesa desde o início da investigação, pois os imputados na delação não possuem acesso aos autos até o processo).

Ao mesmo tempo, a Lei 12.850/2013 significou, é bem verdade, um avanço, em alguns pontos, pois ao menos deu acesso aos termos da delação aos demais corréus, durante o processo, o que não ocorria antes, em clara afronta aos princípios da ampla defesa, do contraditório[8] (COUTINHO, 2006, p. 9), do devido processo, da publicidade e da igualdade entre as partes.

Porém, foi também claramente construída com uma visão unilateral, no sentido persecutório penal, ao eliminar a exigência de espontaneidade, substituindo-a pela voluntariedade[9] (AZEVEDO, 2014, p. 7). Em que pese essa criação dê um autêntico "drible" semântico, com o propósito de facilitar as delações e de propiciar que se afaste a ideia de espontaneidade, quer-nos parecer que a espontaneidade continua sendo ínsita à ideia de delação/colaboração premiada[10] (AZEVEDO, 2014, p. 7).

Na realidade, em muitas ocasiões, suspeitos e acusados eram verdadeiramente "caçados" por órgãos da investigação. Não era raro que, à revelia da defesa técnica, fossem feitas propostas ao acusado ou suspeito, a fim de que ele viesse delatar suas supostas atividades e outros indivíduos que seriam coautores

8 Jacinto Coutinho fala muito bem sobre a delação premiada e a ofensa ao contraditório em "Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada".

9 Sobre a diferença entre os dois termos, considerados muitas vezes idênticos, Teixeira de Azevedo afirma que "A espontaneidade do comportamento pressupõe uma decisão autônoma, sem interferência decisiva externa; é o produto do conhecimento das circunstâncias da ação e das consequências dela no plano jurídico, natural e moral sem qualquer ação persuasiva ou coativa. Já a voluntariedade do comportamento implica uma decisão livre, em maior ou menor grau, a partir da adesão do sujeito a fins práticos e morais ainda que influenciado por fatores ou motivos externos."

10 Não desprezamos a ideia de Azevedo, quando considera que, em geral e preponderantemente, são externos os motivos e as razões da *delatio*; impensável o ato puro de delatar decorrente de uma decisão absolutamente autônoma, sem que a própria investigação, acusação penal, ou condenação penal não despertem o interesse, condicionem e encaminhem de qualquer modo à delação". Em que pese não desprezarmos tal opinião, não concordamos com ela. O fato de haver um evento externo, por si só, não significa que a delação não deva ser espontânea. Ela deve ser espontânea e voluntária no sentido de que esses atos externos não devem e não podem ser usados deliberadamente como fatores de coação e de pressão, a fim de se obter a delação.

ou partícipes do delito. Isso, para além de ilegal, fragilizava a crença no instituto. E, além disso, essa postura enfraquecia, de forma decisiva, a ampla defesa, fortemente estribada na defesa técnica. A realidade é que, não raro, se apresentava ao acusado um autêntico "canto da sereia", no qual ele literalmente confessava o que fazia e o que não fazia, mesmo sem provas[11] (PRADO, 2006, p. 11), com o intuito de, via de regra, livrar-se da prisão. A nova lei, ao contrário, trouxe mais ponderação e racionalidade.

Como se não bastasse, não é raro que, em nome da eficiência desse instituto, uma eficiência que levaria à Justiça, o suspeito ou acusado seja literalmente constrito à delação/colaboração premiada. Constrito por uma prisão que se arrasta no tempo, nem sempre com uma motivação cautelar clara, nem sempre com a efetiva necessidade da prisão, o que acaba por substanciar uma forma de afastamento da espontaneidade e voluntariedade da delação. E isso se dá numa espécie de ritual. Um ritual sem forma legal definida em lei, no qual indivíduos são presos "temporária" ou "preventivamente", têm os bens arrestados ou sequestrados com autorização judicial, tudo devidamente publicizado, como forma de impactar a opinião pública e enfraquecer a crença do suspeito nas possibilidades efetivas da ampla defesa e do contraditório. E não raro sai o sujeito algemado do seu lar, para, logo após, ser mostrado para a imprensa. Está pronta a execração pública. Mas o espetáculo não para por aí, pois não é raro que o indivíduo suspeito ou acusado seja submetido a interrogatórios longuíssimos, nos quais são levadas ao extremo suas resistências físicas e psíquicas[12] (PEREIRA, 2009, p. 250).

11 Também crítico no tocante a insuficiência da delação como único meio de prova Coutinho, Op. Cit, p. 7.

12 É bem verdade que, em Portugal, de forma exemplar, a proposta de revisão de 2007 já previa um limite ao interrogatório. E isso se deu em razão de uma visão com características garantistas do processo. Como referiu Rui Pereira, a "última revisão pressupôs que não há, no processo penal, excesso de garantismo. Aliás, em si mesma, a expressão encerra até uma contradição. As garantias não são excessivas. O seu uso, esse sim, pode ser exagerado. Mas a resposta a situações de abuso não é a supressão ou restrição de garantias, é o sancionamento do próprio abuso (através, por exemplo, da rejeição liminar de recurso manifestamente infundados ou da aplicação de multas processuais). Assim, a Revisão de 2007 pretendeu alcançar uma maior celeridade processual, sem sacrificar as garantias de defesa". Relevante, como dissemos, que o processo de revisão tenha estabelecido um limite de duração para o interrogatório. O prazo máximo é de quatro horas, com um interregno de 60 minutos e

E, assim, não é incomum também que indivíduos fiquem longos tempos em prisão cautelar, de modo que o sujeito perca as esperanças no processo e nos direitos de defesa, a fim de que lance mão da delação para obter benefícios, por medo da pena ou por incapacidade de suportar, por mais tempo, a prisão cautelar.

Trata-se, pois, de um instituto de mão dupla, típico daquilo que se chamaria numa análise de custo-benefício de relação "ganha-ganha", no qual são "beneficiados" o delator e também o acusador, que poderá atingir os objetivos acima referidos. Isso nada mais é do que a introdução da ideia de custo-benefício no processo penal.

Isso, por certo, modifica a tradição e a natureza do próprio processo penal brasileiro, no sentido de sua "americanização", com o uso de um instrumento claramente utilitário. Não nos esqueçamos da realidade que se vê no direito americano em matéria de consenso, decorrente do *plea bargaining*, com a expansão do Direito Penal (mais de 90% dos processos são resolvidos por acordos entre acusação e defesa, o que permite aumentar o estado penal, como se vê no número de presos, com quase 2,2 milhões de presos), coação e condenação de inocentes (há inocentes que se dizem culpados em razão do medo, das pressões ou para não gastar com processos), desigualdade das partes (imagine negociar um acordo no qual o outro lhe propõe prisão perpétua), morte do processo e violação do devido processo (o direito ao processo vira um luxo para os ricos e para os valentes, com todos os riscos inerentes) [13] (VASCONCELLOS, 2015).

Isso implica abrir mão da racionalidade baseada em princípios e lançar mão de uma racionalidade utilitária. Valendo-nos das palavras de Castanheira Neves, trata-se da conversão do direito em "técnica de gestão que visa promover o desenvolvimento económico e social óptimo da cidade", tudo embasado na "ideologia tecnocrática" e na sua "legitimação pela *performance* ou a eficiência: uma coisa é boa se ela se mostra adequada ao fim prosseguido e este fim é ele

mais quatro horas no mesmo dia. No máximo oito horas por dia. No Brasil, não é incomum que interrogatórios durem 12 a 16 horas diárias, inclusive em Comissões Parlamentares de Inquérito.

13 Sobre o tema, ver VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e Justiça Criminal Negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

próprio desejável se produz resultados que satisfaçam uma finalidade mais geral (NEVES, 2003, p. 60).

É importante que tenhamos a consciência exata da autêntica revolução que se deverá operar no sistema processual penal brasileiro, a partir da adoção dessa racionalidade. Uma racionalidade que rompe com a nossa tradição jurídica. Trata-se, portanto, de apontar uma forma de pensar que divide eficiência e garantias e as coloca em "equilíbrio" muito frágil e precário. Assim, como salienta Castanheira Neves, de um lado temos "a validade, do outro, a oportunidade; de um lado, o fundamento, do outro, a estratégia; de um lado, a justeza, do outro a eficácia; de um lado, o juízo (a fundamentante concludência discursiva), do outro a decisão (a volitiva escolha entre possibilidades); de um lado, o direito como uma categoria ética; do outro, o direito como uma categoria técnica" (NEVES, 2003, p. 63).

A realidade está aí e se impõe enfrentá-la. Em que pese as críticas, a delação é um meio de obtenção de prova, devidamente previsto em lei e plenamente acolhido pelos Tribunais Superiores. Importa, pois, apontar as potencialidades e fragilidades da delação/colaboração premiada prevista na Lei 12.850/2013.

Olhemos, pois, para a Lei 12.850/2013. Ela dispõe, em seu art. 4º, que o juiz, a requerimento das partes, poderá conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, caso o sujeito tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

São direitos do delator, previstos no art. 5º: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem

contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

De outra parte, o § 1º do art. 4º, dispõe que a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Ou seja, haverá todo um juízo de ponderação acerca da eficácia do instituto, o que o fragiliza ainda mais do ponto de vista do colaborador, que estará efetivamente de joelhos ante a autoridade. As exigências que poderão ser colocadas são um incentivo para que os delatores tentem estabelecer uma responsabilização bem mais ampla dos demais suspeitos. Isso é imanente à colaboração premiada, uma tendência do colaborador de tentar exasperar a responsabilidade dos demais. É, pois, um instituto claramente utilitário, despreocupado com questões éticas e morais.

Do mesmo modo, o instituto traz mais benefícios processuais ao delator/colaborador, pois o art. 4º, § 4º, dispõe que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. E, ainda, no § 5º, prevê que se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

A Lei ainda dispõe, no § 6º do art. 4º, que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. Aqui houve claramente um avanço, pois a lei dispõe acerca da necessidade da presença de defensor constituído, o que confere mais segurança para o suspeito/réu. E, para além disso, o § 7º dispõe que o termo do acordo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. O § 8º prevê

que o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. Assim, pode-se afirmar que a norma traz um maior controle judicial acerca da delação, já que o magistrado poderá averiguar, diretamente, se a delação foi voluntária.

Há, ainda, no § 16 do art. 4º, a previsão de que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador, o que também traz mais garantias, em razão do mau hábito do intérprete, em atentar mais para a norma infraconstitucional do que para a norma constitucional.

Contudo, existem algumas questões bastante polêmicas que são referidas na Lei, como o § 10 do art. 4º, que prevê a possibilidade de retratação das partes, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Ou seja, o sujeito fará a delação, voltará atrás, quebrará essa delação, e a lei prevê que as provas poderão ser utilizadas contra os demais acusados, pelo que se depreende. Não há coerência no dispositivo. Ora, a delação/colaboração deve ser vista na sua inteireza, de modo que preservar as provas autoincriminatórias para que sejam usadas contra terceiros desequilibra o jogo processual. Por certo que não compactuamos com a alegação de que a delação sempre viola o direito ao silêncio. Não há um dever do acusado ou suspeito de resistir ou fazer frente ante a suspeita ou acusação. Se há esse direito, o suspeito, acusado ou condenado pode abrir mão desse direito.

Porém, não se pode esquecer o contexto em que tais provas surgiram, um contexto de delação e colaboração. Posteriormente, por tal ou qual motivo, houve uma retratação. A prova obtida numa delação só deveria ser usada se essa delação se mantivesse, de maneira intacta. Como usar a prova se não há mais uma delação? Isso violaria o devido processo penal e a própria ampla defesa (art. 5º, LIV e LV). Desse modo, nessas situações, tais provas não deveriam ser aceitas, nem contra o ex-delator/colaborador, nem contra os demais prejudicados. Assim como o delator perderá os benefícios que poderia ter, a quebra da delação deveria acarretar também o impedimento do uso das provas ali angariadas. Há, aí, um grave risco de malversação do instituto e de destruição da isonomia e do equilíbrio das partes.

De outra parte, são problemáticas as exigências extra-legais em termos de delação/colaboração premiada acerca do impedimento da utilização de recursos e *habeas corpus* pelo delator. Tolher direitos constitucionais para viabilizar a eficácia de delações é um expediente ofensivo aos princípios da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição e, inclusive, do acesso à Justiça, tendo em vista que a delação poderá, eventualmente, não atingir todos os objetivos pretendidos pelo delator, como o perdão judicial ou o montante de redução de pena. Também é claramente ilegal, pois viola o princípio da legalidade, a introdução de benefícios não previstos na lei, como se tem visto tantas vezes, como situações de aplicação de prisão domiciliar, sem previsão legal.

De outra parte, de maneira acertada, a nova lei dispõe que o delator/colaborador está sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, o que garante maior fidedignidade ao conteúdo da delação, fazendo com que a polêmica acerca do "direito de mentir" fosse afastada dos debates envolvendo o tema. De outra parte, o descumprimento do dever de dizer a verdade poderá acarretar a própria responsabilização do delator.

O art. 6º ainda aponta que o termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conterá: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

E, por fim, o art. 7º, § 2º e 3º, aponta que o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento e que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

Ora, pode-se ver a clara intenção de tolher um direito já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na súmula vinculante nº 14, que trata do direito de acesso do advogado aos autos de inquérito. Antes, bastava ao advogado requerer

os autos para a autoridade policial e teria acesso a eles. Caso não lhe fosse concedido acesso, haveria a impetração de mandado de segurança e o acesso era concedido, via de regra. Agora, a lei fala que o advogado do delator terá acesso aos autos, nos termos da súmula vinculante nº 14, "devidamente precedido de autorização judicial". Essa é uma regra que objetiva tolher a atividade da defesa, pois é sabido que tal autorização judicial prévia não era exigida. A lei usurpa, nesse tópico, a súmula vinculante nº 14 do STF. O efeito já se pode ver na práxis, tornando-se mais difícil o acesso aos autos.

E, por último, importa dizer que os demais corréus terão acesso ao acordo após o recebimento da denúncia. Nesse tópico a lei andou bem, pois era comum que não se desse vista dos termos do acordo para a defesa dos correús, o que configurava, claramente, uma violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF/88) e um inquisitorial retrocesso. Como se podia refutar, assim, o alegado pelo delator? Como comprovar a espontaneidade da delação? Como contraditar essa prova? Como exercer de direito e de fato as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88)? E nos casos anteriores à Lei 12.850/2013, como fazer? Parece-me fundamental que o defensor deveria ter acesso aos termos de delação ocorridos antes da referida lei. Ora, como fiscalizar a ação de acusadores e julgadores, senão pelo exercício do direito de defesa e do contraditório? A delação/colaboração afeta as provas que condenaram eventualmente os corréus. É, pois, fundamental, que tenham acesso aos termos de delação/colaboração anteriores, de modo a apreciar se não houve violações legais e constitucionais. Só a publicidade interna, processual, pode trazer luz aos referidos termos. Só a publicidade interna do processo, capaz de conferir aos corréus acesso aos autos, é que pode permitir a averiguação acerca da legalidade da colaboração/delação.

Pode-se dizer, pois, que a lei trouxe avanços e alguns retrocessos, em matéria de garantias. Porém, isso não empana um fato, de relevo: não se discutiu, mais uma vez, o mérito da delação/colaboração premiada. Esse instituto, tão utilitário, se coaduna com o Estado de Direito? O Direito não é a moral e a moral não é o direito, mas direito e moral se tocam em muitos pontos. Negar isso é renegar a essência do que é o Direito. Importa, pois, recolocar a discussão no seu âmago, isto é, importa discutir o mérito desse instituto.

A delação/colaboração é um instrumento que desequilibra, de forma brutal, o embate processual entre as partes. O poder que é ofertado para a acusação desequilibra o processo, pois é capaz de submeter, por completo, a defesa pessoal. O poder de pressão que a acusação dispõe com tal instrumento pode destruir um equilíbrio e uma igualdade que deveriam ocorrer entre as partes.

Aqui, mais uma vez, assim como no caso dos agentes infiltrados, encobertos ou provocadores, o Estado lança mão de um instrumento violador da confiança entre os homens, um instrumento que se caracteriza pela traição, pela pressão, pela coerção psíquica para a sua perfectibilizarão, gerando uma "permissividade imoral ditada pela própria lei"[14] (MOREIRA, 2003, p. 27). Roberto Garcia ainda completa afirmando que "delação sempre é ato imoral e aético" (GARCIA, 2006, p. 2). Não podemos concordar, desse modo, com a delação premiada que não se verifica como espontânea e voluntária, que não se deu às claras, após o suspeito ou acusado consultar um advogado, a fim de conhecer os seus direitos e as consequências de seu gesto.

Ainda sobre a eficiência da delação premiada, Silva Franco afirma que "ninguém questiona, nos países em que a legislação antiterror adotou a delação premiada, sua eficácia na redução de ações terroristas." (FRANCO, 2007, p. 336) e que a delação premiada deu, "no campo da subversão política, uma contribuição essencial para a derrota das maiores organizações terroristas que operavam no país e para a salvação das próprias instituições democráticas" (MADDALENA, 1987 apud FRANCO, 2007, p. 336). Por certo que dirão ser esse um instrumento eficiente[15] (NUCCI, 2007, p. 945). Um instrumento capaz de alcançar a Justiça. Mas, sempre é dever perguntar, a que preço? Um preço que, para nós, pode perverter uma sadia relação processual que deve ser equilibrada. Um preço que instaura, oficialmente, a quebra de confiança, a deslealdade, a traição, como método de investigação de Estado e de obtenção de provas. Um preço que sinaliza, para os cidadãos, que a gravidade do delito se pode minorar pela delação,

14 De forma semelhante, JESUS, Damásio Evangelista de. "O prêmio à delação nos crimes hediondos". **Boletim IBCCRIM**, n. 5, jun. 1993. p. 1.

15 Nessa linha, Nucci afirma que "A rejeição à ideia da delação premiada constituiria um autêntico prêmio ao crime organizado e aos delinquentes em geral, que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião[...]".

por "acordos com as autoridades". Ou seja, pode-se delinquir, pois, se forem pegos ou considerados suspeitos, terão sempre a possibilidade de "negociar" com as autoridades reduções ou isenções de pena. Para nós, não há dúvida de que esse instrumental poderá instaurar uma metódica potencialmente corruptora e instigadora da prática delitiva, ao contrário daqueles que observam na delação uma forma redutora de delitos.

E não se pode esquecer, como recorda Aires de Sousa, que Melo Freire, nas suas *Institutionum Juris Criminalis Lusitani,* advertia para o facto de ser merecedor de gravíssimas penas aquele que, nas perguntas feitas ao réu durante o processo, usasse de dolo, sugestões, concussões e promessas (SOUSA, 2003, p. 1217). Ou seja, a atuação desleal era punida também quando objetivava a busca da verdade, por intermédio de promessas vazias e genéricas, sem o devido esclarecimento.

Como salienta Valdez Pereira:

> [...] A relação de tendencial contraposição entre os valores em jogo exige que o instrumento esteja limitado a um campo de manifestação delituosa. Generalizar ou ampliar em demasiado o recurso ao prêmio, além de desequilibrar os interesses contrapostos, desmerecendo desproporcionalmente as garantias defensivas, ocasionaria impacto sobre a própria dinâmica processual, passando de um modelo dialético de confronto entre acusação e defesa para um modelo genericamente colaborativo; daí porque afirmar-se que as normas premiais devem estar delimitadas à situações específicas (PEREIRA, 2013, p. 84-99).

Não se trata, mais uma vez se deve insistir, de uma volta ao passado[16] (CAMARGO, 2006, p. 136), mas sim de equilibrar garantias, eficiência e justiça no processo penal. Acima de tudo, e isso não se pode negar, a delação/colaboração premiada é um instrumento funcional. Um instrumento que se destina,

16 Como já referido, não podemos esquecer que as delações foram incansavelmente utilizadas em todos os tempos, tanto na delação de judeus na Alemanha Nacional-socialista, na delação de comunistas nos Estados Unidos da América, durante a Guerra Fria, no desmantela- mento das organizações criminosas italianas (máfias), no combate à Cosa Nostra, quanto na atual guerra ao terror, sob o argumento de ser tal instituto vital.

via de regra, para aquela criminalidade complexa. Por isso, esse instrumento é próprio de um sistema que privilegia sua adoção apenas em situações especiais e em crimes especiais.

4 CONCLUSÃO

Não negamos, portanto, a eficiência da delação/colaboração premiada e sua dignidade histórica, especialmente em situações especiais. Porém, tenhamos a consciência dos limites que devemos impor e da racionalidade que devemos enfrentar, o que apenas será possível se recorrermos aos princípios, com a plena assistência de um advogado, com todas as garantias da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

A possibilidade de acordos, de composições, de delações, conforme salienta Pinto de Albuquerque, é uma realidade aceite em todos os quadrantes, daí inclusive a possibilidade de um processo abreviado[17] (ALBUQUERQUE, 2009, p. 437), o que não seria desprezível, embora discutível do ponto de vista das garantias. Porém, é fundamental que o Estado não se utilize de meios de coação para pressionar o acusado a confessar o que fez e o que não fez, o que os outros fizeram e não fizeram, com o interesse de obter apenas vantagens processuais, por intermédio da traição, da delação, da violação da confiança, sem atentar para outros princípios que conformam a nossa realidade processual e constitucional. Não esqueçamos daquela realidade sempre lembrada: processo penal é direito constitucional que se aplica no cotidiano.

Como dissemos no início, equilibrar a balança das garantias e da eficiência não é fácil. Importa, porém, não desprezar e não descansar na defesa de uma racionalidade de princípios, sempre capaz de limitar os excessos do Estado e alcançar a Justiça dentro do processo penal.

17 Segundo o autor, é assim em toda a Europa, inclusive por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Caso Dikme v. Turquia e Magee x Reino Unido, ambos em 2000).

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da prova no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Os princípios estruturantes do processo penal português: que futuro?. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). **Que futuro para o direito processual penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

AZEVEDO, David Teixeira de. Delação premiada e direito de defesa. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 265, dez. 2014.

COMBS, Nancy Amoury. **Guilty Pleas in Internacional Criminal Law** – Constructing a Restorative Justice Approach. California: Stanford University Press, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. **Boletim do IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, ago. 2010. Edição Especial.

_____. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada". **Boletim do IBCCRIM,** São Paulo, v. 159, n. 9, fev. 2006.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. (2013). The Innocent Defendant's Dilemma: An innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. **J. Crim. Law Criminal**, v. 103, n. 1, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Roberto. Delação premiada: ética e moral, às favas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 159, v. 2, fev. 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 5, v. 1, jun. 1993.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação no direito brasileiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 19, 2003.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica, problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Frederico Valdez. A Compatibilização Constitucional da Delação Premiada. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, 59, p. 84-99, jan./abr. 2013.

PEREIRA, Rui. Entre o 'garantismo' e o 'securitarismo': a revisão de 2007 do código de processo penal. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Org.). **Que futuro para o direito processual penal?** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PISANI, Mario. **Studi di diritto premiale**. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2010.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 159, v. 11, fev. 2006.

SOUSA, Susana Aires de. *Agent provocateur* e meios enganosos de prova: algumas reflexões. In: **LIBER Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial. **IBCCRIM**, São Paulo, 2015.

_____. **Barganha e Justiça Criminal Negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Correspondência | Correspondence:

Miguel Tedesco Wedy
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Av. Unisinos, 950, Bairro Cristo Rei, CEP 93.022-750. São Leopoldo, RS, Brasil.
Fone: (51) 9622-1652.
Email: miguel@unisinos.br

Recebido: 23/03/2016.
Aprovado: 21/09/2016.

Nota referencial:

WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, set./dez. 2016. Quadrimestral.