

INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL: APARENTE CONFLITO DE NORMAS FUNDAMENTAIS

INSTITUTE OF DELATION AWARDED IN BRAZIL:
APPARENT CONFLICT OF FUNDAMENTAL STANDARDS

*Danilo Henrique Nunes*¹

UNAERP – SP

*Lucas Souza Lehfeld*²

UNAERP – SP

Resumo

O presente trabalho tem por objeto, o estudo do instituto da delação premiada, visando analisar possíveis conflitos entre o instituto em comento e os princípios constitucionais das partes na persecução penal, com a justificativa de que se trata o presente tema, atual e utilizado em investigações policiais e no âmbito do Ministério Público, no combate ao crime organizado e aos crimes contra a Administração Pública. Assim, a partir do método-hipotético dedutivo, abordará não só o conceito do instituto, bem como sua origem histórica, sua evolução até a contemporaneidade, tornando-se mais amplo quanto às suas características e aplicabilidade, apontando também sua inserção nas leis do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, será exposto o conflito entre a delação premiada e princípios constitucionais nas fases do processo, discutindo quais direitos fundamentais não são observados no uso deste instituto e quais seriam os mecanismos possíveis para que tais princípios sejam assegurados. Apesar de muitas críticas, o instituto tem ajudado a combater a corrupção, o crime organizado e os chamados crimes de colarinho branco, pois em caso de sua ausência, muitas informações não seriam descobertas e punições deixariam de ser realizadas contra criminosos poderosos.

¹ Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, Unaerp - Ribeirão Preto/SP. Advogado, jornalista e professor universitário de cursos de graduação e de pós-graduação no Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP - Unifeb; Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP - Uniseb e do Centro Universitário Unicesumar em Maringá/PR.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor-orientador do programa de mestrado e doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto, Unaerp - Ribeirão Preto/SP

Palavras-chave

Delação Premiada. Direitos Fundamentais. Conflitos aparentes.

Abstract

The purpose of this study is to study the institute of the awarding of the prize, aiming to analyze possible conflicts between the institute and the constitutional principles of the parties in the criminal prosecution, with the justification of which is the present theme, current and used in investigations in the fight against organized crime and crimes against the Public Administration. Thus, based on the hypothetical-deductive method, it will approach not only the concept of the institute, as well as its historical origin, its evolution up to the present time, becoming broader as regards its characteristics and applicability, pointing also to its insertion in the laws of the order Brazilian law. Finally, the conflict between the award-winning delineation and constitutional principles in the stages of the process will be exposed, discussing which fundamental rights are not observed in the use of this institute and what would be the possible mechanisms for these principles to be ensured. Despite many criticisms, the institute has helped fight corruption, organized crime and so-called white collar crimes, because in the event of its absence, much information would not be discovered and punishments would be stopped against powerful criminals.

Keywords

Awarded Giving. Fundamental rights. Apparent conflicts.

1 INTRODUÇÃO

Diante dos recentes acontecimentos no cenário político nacional, onde inúmeros desdobramentos de grandes operações policiais ocorreram e muitos ainda estão em curso, visando o combate ao crime organizado, podemos constatar que o Estado vem buscando diversas formas de amenizar o impacto negativo que estas organizações criminosas causam, tanto para a sociedade quanto para seus cidadãos, danos que são sofridos e sentidos por um país, já que tais crimes desestabilizam também a economia do país. Ocorre que o Estado, quer por falência de suas instituições, quer pela complexidade diante da evolução destas organizações criminosas, não consegue por si só descobrir e incriminar de forma exemplar os criminosos que se associam para transgredir a lei. Mas, mesmo com todas as limitações, é o Estado responsável e garantidor da paz e da justiça, fazendo com que o mesmo se

reorganize sempre, em busca de novas soluções para promover o bem de todos.

É um dos meios encontrado para tentar conter a expansão da criminalidade organizada, e também justificativa do presente trabalho, é o instituto da delação premiada, que será aqui estudado, analisando a sua adequação ante o ordenamento jurídico brasileiro, sob a ótica de sua constitucionalidade, especificamente, quanto ao conflito de sua aplicabilidade com normas fundamentais e princípios ligados ao devido processo legal.

No entanto, desde o seu surgimento em nosso ordenamento jurídico, a delação premiada vem sendo observada com bastante desconfiança pela maior parte dos estudiosos do direito penal e processual penal. Desde questionamentos relacionados ao comportamento antiético do delator aos efeitos práticos gerados pelas declarações daquele que colabora com a justiça, para si próprio ou perante terceiros, vários são os argumentos que visam a demonstrar a inadequação do instituto em cotejo com nosso sistema penal, especialmente, com as garantias constitucionais do sujeito passivo da persecução penal.

Assim, justifica-se o estudo do instituto da delação premiada no intuito de buscar identificar as principais críticas doutrinárias dirigidas ao instituto da delação, bem como aferir se estas são capazes de inviabilizar a utilização do instituto na prática forense, por incompatibilidade com os princípios constitucionais.

Portanto, o presente estudo busca uma análise do instituto da delação premiada, com um apanhado nas legislações na qual o instituto se encontra positivado, bem como aspectos constitucionais em que o instituto vai de encontro, analisando o conflito envolvido entre normas e princípios fundamentais. A pesquisa utiliza-se de vasto referencial teórico e legislativo, partindo do método hipotético-dedutivo para suas ponderações. No decorrer da pesquisa, antes de tudo, serão abordados os direitos e garantias fundamentais tutelados constitucionalmente. Já no segundo momento, serão comparados aspectos da delação premiada no direito comparado. Ademais um histórico sobre o instituto no Brasil, de sua origem até a legislação atual. Por fim,

análise do conflito aparente de direitos fundamentais diante da aplicabilidade da delação premiada.

2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

2.1 Conceito e Características

Direitos fundamentais é o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social³.

Ou seja, direitos fundamentais são direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos previstos na Constituição de uma nação, norteados por princípios dos direitos humanos, que levam em consideração o contexto histórico-cultural de determinada sociedade, podendo divergir de um país para outro, devido a particularidades culturais e históricas de cada civilização.

São, no entanto, posições jurídicas relacionadas às pessoas, que devido ao seu conteúdo e importância, foram integrados ao texto da Constituição, sendo importantíssimos para assegurar à soberania popular, sendo tais direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, tendo finalidade de defesa (proteger bens lesados) e instrumentalização (reivindicar do Estado). As garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de valores tidos como essenciais.

Sendo que estes direitos fundamentais positivados surgiram em tais constituições escritas, após edição de declarações de direitos do homem, tendo por finalidade o estabelecimento de limites ao poder político, para resguardar sempre a dignidade da pessoa humana, em observância a tais normas jurídicas positivadas.

Para um melhor entendimento, repisamos, os direitos fundamentais devem ser vistos como a categoria instituída com o obje-

³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**- 8 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013- São Paulo: 2014.

vo de proteção aos direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão fundamental demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social. Esse é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet⁴:

Os direitos fundamentais, como são resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Guerra Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Destarte que esses direitos foram sendo moldados, no Pós-Guerra, diante da reconstrução dos direitos humanos e a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos” para tentar criar Textos Constitucionais abertos a princípios e a incorporação do

⁴ SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

valor da dignidade da pessoa humana, em resposta as atrocidades ocorridas neste período negro da história.

À luz desta concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro⁵.

Ou seja, em observância à dignidade da pessoa humana, foram moldados direitos e garantias fundamentais, que positivaram princípios constitucionais, com intuito de assegurar uma sociedade mais justa e ética, diante da aplicabilidade de tais garantias, nas quais o ordenamento jurídico encontra valores que darão suporte ao sistema jurídico.

A cerca do surgimento dos direitos fundamentais, Alexandre de Moraes⁶ afirma:

(...) surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Ademais, os direitos fundamentais são o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas, da luta contra o poder absoluto dos soberanos, o reconhecimento de direitos naturais inerentes ao homem, tendo como precursores os movimentos que vieram a desenvolver as ideias concretizadas na Declaração de Virgínia de 1777 e na

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*. 14ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa de 1789.

Portanto, a relevância dos direitos fundamentais pode ser vista na Carta de 1988, logo em seu preâmbulo, pois tem como propósito instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade, partindo do pressuposto que as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo, o direito de exigir do Estado, o respeito ao direito por este instrumentalizado.

2.2 Gerações ou dimensões de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são variáveis, modificando-se ao longo da história de acordo com as necessidades e interesses do homem, e essa transformação é explicada com base na teoria das gerações de direitos fundamentais, tendo o termo gerações melhor demarcado os períodos da evolução destas liberdades públicas, dando a ideia de conexão de uma geração à outra, tendo sido bastante influenciados a partir do lema revolucionário francês (liberdade, igualdade, fraternidade), dentre as quais passamos agora a identifica-las.

Direitos da primeira geração ou direitos de liberdade, que surgiram nos séculos XVII e XVIII e foram os primeiros reconhecidos pelos textos constitucionais, compreendem direitos civis e políticos inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, tido na época como grande opressor das liberdades individuais. Incluem-se nessa geração o direito à vida, segurança, justiça, propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, expressão, crença, locomoção, entre outros.

Direitos de segunda geração ou direitos de igualdade, que surgiram após a 2ª Guerra Mundial com o advento do Estado, são chamados direitos econômicos, sociais e culturais que devem ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva.

Abrangem o direito à saúde, trabalho, educação lazer, repouso, habitação, saneamento, greve, livre associação sindical, etc.

Direitos da terceira geração ou direitos de fraternidade (solidariedade), que são considerados direitos coletivos por excelência, voltados à humanidade como um todo. Nas palavras de Paulo Bonavides⁷ são “direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Incluem-se aqui o direito ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, ao meio-ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade, entre outros.

Podemos observar que conforme foram sendo conquistados estes direitos e garantias fundamentais, mais evidente, mostrou-se o fato de que uma sociedade justa não é aquela que defende direitos de um indivíduo, mas sim da coletividade, da universalidade, reforçando ainda mais, o pressuposto crucial da construção destas normas, que garantem estes direitos e garantias fundamentais e que buscaram seu valor axiológico na valorização da dignidade da pessoa humana no contexto universal.

Foram também, sendo identificadas novas gerações, entre elas a mais aceita pela doutrina é a quarta geração de direitos, que pode ser traduzida como o resultado da globalização dos direitos fundamentais de forma a torná-los universais no campo institucional, podendo destacar aqui o direito à informação, ao pluralismo e à democracia direta.

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com o das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão⁸.

Por fim, mesmo em se tratando de gerações, cabe deixar claro que não existe nenhuma hierarquia ou sucessão entre os direitos fundamentais, devendo ser tratados como valores interdependentes e indivisíveis, já que a evolução desses direitos não seguiu a ordem cronológica liberdade, igualdade, fraternidade em todos os lugares ou situações históricas, ou seja, dessa forma, a doutrina mais moderna vem defendendo a ideia de acumulação de direitos, preferindo, assim a utilização do termo dimensões de direitos fundamentais.

2.3 Diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais

Direitos Humanos são aqueles direitos inerentes à pessoa humana, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em Geral, de forma a limitar os poderes das autoridades, garantindo, assim, o bem estar social através da igualdade, fraternidade e da proibição de qualquer espécie de discriminação. Enquanto os Direitos Fundamentais, por sua vez, correspondem a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, sendo eles fundamentais à vida do homem, sem os quais ele até mesmo não sobrevive, no sentido de que, a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Eis a importância de tais direitos humanos estarem positivados nos textos constitucionais de cada nação, pois mesmo sendo os direitos humanos de conhecimento internacional, que guardam posições jurídicas reconhecidas mundialmente, a efetividade destes direitos humanos se dará a partir da efetivação de normas constitucionais, que passam a ser sua fonte de validade, ou seja, serão direitos fundamentais positivados constitucionalmente,

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional- 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

onde seu fundamento reside na proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Sarlet⁹, utiliza o espaço e a efetividade como dois grandes fatores responsáveis pela distinção terminológica:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos”, guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Mesmo sendo o conteúdo dos dois termos essencialmente o mesmo, o que difere é o plano em que estão consagrados, já que os direitos humanos são aqueles ligados a liberdade e a igualdade

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

que estão positivados no plano internacional, já os direitos fundamentais, são os direitos humanos positivados na Constituição Federal, ou seja, embora haja diferenças entre esses direitos, um não exclui ou incompatibiliza o outro, mas sim complementa.

Carlos Henrique Bezerra Leite também estabelece a distinção entre "direitos humanos" e "direitos fundamentais". Os direitos humanos, por serem universais, estão reconhecidos tanto na Declaração Universal de 1948 quanto nos costumes, nos princípios jurídicos e nos tratados internacionais; ao passo que os direitos fundamentais estão positivados nos ordenamentos internos de cada Estado, especialmente nas suas Constituições¹⁰.

Fazendo menção de que nem todo direito fundamental pode ser considerado um direito humano, assim como nem todo direito humano pode ser considerado um direito fundamental. É o caso, por exemplo, do direito à vida, que, nos termos do art. 5º, *caput*, da CF/88, é um direito fundamental no Brasil, mas, em alguns ordenamentos jurídicos, existe a pena de morte, demonstrando que, em alguns países, o direito à vida não é fundamental, embora seja reconhecido como um direito humano no plano internacional.

Portanto, os direitos humanos são aqueles declarados como inerentes ao ser humano, com pretensões de universalidade, já os direitos fundamentais são apenas daqueles direitos reconhecidos e positivados na constituição de um determinado Estado, havendo, assim, pretensões de territorialidade, ou seja, de âmbito nacional.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grupos: direitos de defesa e direitos a prestações. Enquanto os direitos fundamentais de defesa exigem que o Estado se abstenha de praticar condutas contrárias a tais direitos, os direitos fundamentais a prestações exigem do Estado à realização de certas prestações positivas, por exemplo, saúde e educação.

Conclui-se que a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, não está no conceito, pois ambos possuem a mesma

¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Manual de direitos humanos, 3ed. São Paulo: Atlas, 2014.

essência e finalidade, que é de assegurar um conjunto de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. A diferença substancial, então, entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na localização da norma que dispôs sobre os mesmos.

3 DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO COMPARADO

3.1 Delação premiada no direito americano

A colaboração premiada teria surgido nos Estados Unidos sob a denominação de Leniency Program (Programa de Leniência), isto é, acordos celebrados por autoridades “antitruste locais” e integrantes de cartel antes de iniciada qualquer investigação.

De acordo com Walter Barbosa Bittar¹¹, o emprego da colaboração premiada (ou *plea bargaining*) foi se intensificando nos Estados Unidos após a Guerra Civil, em razão de três fatores: i) a admissão da Suprema Corte, no ano de 1878, que o órgão de acusação pudesse celebrar acordos de impunidade com autores e partícipes de crimes em troca de seus testemunhos; ii) o aumento nos casos de corrupção envolvendo advogados, promotores e juízes; iii) o interesse de policiais em ficar famosos através da resolução de casos importantes.

Atualmente, a “*plea bargaining*” é muito utilizada nos Estados Unidos, pois permite uma resolução mais célere dos casos, já que apresenta um procedimento mais simplificado, pautado principalmente em um processo de negociação entre a acusação, o réu e o seu defensor, do qual poderá advir a confissão de culpa e a imediata prolação da sentença e fixação de uma pena mais branda ao acusado.

Percebe-se que o modelo processual penal adotado nos Estados Unidos, diferencia-se do utilizado no Brasil, pois aquele se caracteriza pela ampla discricionariedade que detém o órgão acusatório quanto ao oferecimento ou não da denúncia e a definição da infração penal que será imputada em face do infrator, enquanto este, segue o princípio da obrigatoriedade, de modo que

¹¹ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág.17

presentes indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva, a entidade responsável pela persecução penal deve propor a ação penal cabível, havendo apenas restritas exceções.

3. 2 Delação premiada no direito alemão.

A colaboração premiada, no direito alemão, é denominada *Kronzeugenregelung*, que se traduz na ideia de “revelação à coroa”. O instituto é aplicável quando o colaborador impede, de modo voluntário, a continuidade da organização criminosa e/ou a denúncia às autoridades. Para tal participação os benefícios ofertados são desde a diminuição da pena ou não aplicação da mesma, ou ainda a dispensa da ação penal, e até mesmo o arquivamento da investigação já iniciada, podendo ser obtidos tais benefícios mesmo que o resultado desejado pela colaboração não seja alcançado, por circunstâncias alheias à sua vontade, ou seja, o poder discricionário é do juiz e a finalidade é de evitar novos crimes, permitir a apuração dos delitos ou a captura de mais envolvidos.

Sendo que no ordenamento jurídico brasileiro, a delator deve contribuir efetivamente com as investigações e com o processo, para que o mesmo atinja os objetivos elencados pelo instituto, ou seja, os resultados que devem ser alcançados pela colaboração, para que assim, tenha direito aos benefícios ofertados pelo instituto em comento.

3.3 Delação premiada no direito italiano.

Para Walter Barbosa Bittar “a introdução do chamado direito premial no ordenamento jurídico-penal italiano se deu através dos arts. 5 e 6 da lei 497 de 14.10.1974¹². “Essa, lei previu uma atenuan-

¹² BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 19, n. 88, p. 225-269, jan./fev. 2011. P.231.

te “para o participante do crime, pessoa essa que ajudasse a vítima a readquirir a liberdade, sem o pagamento do resgate.¹³”

No direito italiano, o delator ou colaborador, é conhecido por *pentiti* (arrepentido), e efetua a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia.

A colaboração premiada, nos moldes italiano, apresenta-se de duas formas: os **pentiti** (arrepentidos) e os **dissociati** (dissociados). Os primeiros, tratam-se de criminosos que, antes da sentença condenatória, retiram-se da associação e fornecem informações acerca da estrutura da organização à Justiça. Quando a veracidade de suas denúncias é comprovada, logram a extinção da punibilidade e, tanto o colaborador quanto seus parentes próximos, passam a receber salário, moradia e plano de saúde do Estado, que se torna responsável por sua integridade física¹⁴.

Os benefícios concedidos na Itália aos colaboradores situam-se principalmente no campo dos crimes cometidos contra a segurança interior do Estado, que seria, por exemplo, crime de sequestro, por motivo de terrorismo ou subversão, e contra a liberdade individual. A técnica de relevância premial italiana, é exclusivamente direcionada ao desmantelamento da Máfia e visa derrocar sua estrutura de atuação eficiente e sigilosa.

4 DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Origem histórica, conceito e evolução

No Brasil, ao que tudo indica, a delação premiada foi instituída com fulcro nas Ordenações Filipinas, tanto em Portugal,

¹³ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 19, n. 88, p. 225-269, jan./fev. 2011. P.230.

¹⁴ SILVA, Eduardo Araújo. *Da moralidade da proteção aos réus colaboradores*. São Paulo. In: Boletim IBCCrim n° 85, dezembro de 1999.

bem como em suas colônias, neste sentido fundamenta Damásio Evangelista de Jesus¹⁵, vejamos:

No Brasil, a delação premiada teve sua origem nas Ordenações Filipinas, que esteve em vigência de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. A parte criminal do Código Filipino constava no Livro V, Título CXVI, que tratava da delação premiada, sob o título “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, que concedia o perdão aos criminosos delatores e tinha abrangência, inclusive, por premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios.

Em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes.

Percebe-se que a evolução do instituto ocorreu, segundo Néfi Cordeiro¹⁶, nos seguintes moldes:

Do Código Criminal do Império em diante, as legislações penais brasileiras limitaram-se a recompensar a colaboração apenas

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. Estágio atual da “delação premiada” no direito penal brasileiro/ Damásio E. de Jesus. In: Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região, n. 81, p.21, jan/fev.2007.

¹⁶ CORDEIRO, Néfi. Delação premiada na legislação brasileira/ Néfi Cordeiro. In: Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, n. 117, p.274, mar.2010

na forma de confissão, até hoje admitida como atenuante. Embora ainda discutível o prêmio ao particular em favor de mera facilidade propiciada ao estado-persecutor, ao menos ficavam os efeitos da confissão diretamente voltados ao próprio confessor.

Gradualmente passou a jurisprudência a acolher como prova também a parte da confissão que acabava por tratar do crime de terceiros, corréus. Era o início da figura da delação, que nesse limite ainda não gerava qualquer benefício ao confidente, à atenuação da pena restava vinculada à confissão exclusivamente das condutas criminosas próprias.

Na visão de Eduardo Araújo Silva¹⁷ delação premiada ou, na terminologia que aborda, colaboração premiada, pode ser conceituada da seguinte forma:

A colaboração processual é meio de obtenção de prova que ocupa importante função na tarefa de apurar a criminalidade organizada, porque ajuda a romper a “lei do silêncio” imposta às lideranças e aos membros em troca da concessão de benefícios e da proteção do colaborador ou dos seus familiares. Justifica-se na necessidade da produção da prova sobre fato que não seria conhecido pelo emprego de outras formas de investigação. Sua finalidade básica é romper e

¹⁷ SILVA, Eduardo Araújo. Crime Organizado: Procedimento Probatório. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

desestruturar a hegemonia e a solidariedade instalada entre os membros do grupo criminoso.

Além da citada lei, o ordenamento comporta o instituto da delação premiada em normas dispersas, que tratam diferentes temas, que são: Decreto-Lei n° 2.848/40(Código Penal Brasileiro), Lei n° 7.492/86(Lei de crimes do colarinho branco), Lei n° 8.137/90(Lei de crimes contra a ordem tributária), Lei n° 9.034/95(Lei de prevenção ao crime organizado), Lei n° 9.613/98(Lei contra a lavagem de dinheiro), Lei n° 9.807/99(Lei de proteção à testemunha e a vítima de crime) e Lei n° 11.343/06(Lei antitóxico).

Delatar, no dicionário¹⁸, significa “Revelar certo delito explicitando suas especificidades ou evidências.” Assim, o vocábulo, “premiada”, logo após a palavra “delação”, arremete-nos a uma perfeita síntese do mesmo, em referência aos benefícios atribuídos ao delator.

De Plácido e Silva¹⁹, declara que delação origina-se de delatio, de defere (na sua acepção de denunciar, delatar, acusar, definir), é aplicado na linguagem forense mais propriamente para designar a denúncia de um delito, praticado por uma pessoa, sem que o denunciante (delato) se mostre parte interessada diretamente na sua repressão. Assim no âmbito jurídico significa: “acusar ou denunciar alguém, no sentido processual, utilizando o termo quando um acusado, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma”.

Assim, pelo exposto, em suma, seria um instrumento que revela uma trama delituosa, obtendo o delator/colaborador uma “recompensa” por sua contribuição no combate ao crime, que

¹⁸ DICIONÁRIO online de português. Disponível em:

<http://www.dicio.com.br/delatar/>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁹ DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph, *Vocabulário jurídico*. 15ª ed.

Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

pode ser a diminuição da pena pela prática do crime ou até mesmo a isenção da mesma.

Sobre o tema, comenta Guilherme de Souza Nucci²⁰ avaliando o instituto:

(..) delatar significa acusar ou denunciar alguém, no sentido processual, utilizando o termo quando um acusado, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. O valor da delação, como meio de prova, é difícil de ser apurado com precisão. Por outro lado, é valioso destacar que há, atualmente, várias normas dispendo sobre a delação premiada, isto é, sobre a denúncia, que tem como objeto narrar às autoridades o cometimento do delito e, quando existente, os coautores e partícipes, com ou sem resultado concreto, conforme o caso, recebendo, em troca, do Estado, um benefício qualquer, consistente em diminuição da pena ou, até mesmo, em perdão judicial.

Cabe esclarecer que a delação precisa ter efetividade, ou seja, trazer benefícios concretos à elucidação do fato criminoso, para que a mesma esteja realmente aplicada no âmbito prático, necessário se faz que a colaboração por parte do delator, traga um real benefício no âmbito da investigação ou do Processo Penal, de forma que dificilmente teria sido alcançado sem a colaboração do agente. Nestes casos, a Delação Premiada seria efetiva.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. Guilherme de Souza Nucci. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2011

Quanto ao seu valor probatório, nada impede seja a delação levada em conta para fundamentar a sentença condenatória, mesmo à míngua de outros elementos probatórios, tendo em vista que o Código de Processo Penal se lastreia no princípio da verdade real, pois seu artigo 157 estatui que, o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova.

Mesmo com todas as vantagens que o uso do instituto da delação premiada pode trazer a investigação criminal, a sua aplicação não é aceita pacificamente, recebendo duras críticas, as mesmas destinadas também ao direito penal do inimigo, principalmente relacionadas à ética tão prezada pelo Estado e ainda tratando a colaboração do réu como uma traição, traição esta repugnada pelo direito liberal. Porém, deve se levar em consideração, que no caso específico frente às ações delitivas destas organizações criminosas, o Estado ocupa o polo de hipossuficiente, figura inversa ao que acontece em situações normais.

A posição majoritária, contudo, defende que, em uma ponderação de interesses, a delação premiada é medida indispensável ao combate da criminalidade organizada, sendo, portanto, legítima, já que não viola nenhum direito ou garantia fundamental. Assim vejamos a opinião de Nucci²¹:

(...) parece -nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e execução penal*. São Paulo :RT, 2008, p.418.

daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar co-autores e partícipes. No universo dos seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.

Ademais, se o Estado não pudesse contar (e incentivar) a delação por parte dos comparsas, dificilmente seria possível dismantelar organizações criminosas poderosas, com estrutura hierarquizada de poder, nas quais o chefe da desta organização raramente pratica os atos criminosos pessoalmente, valendo-se sempre de interpostas pessoas e ordens reservadas. Se um integrante da organização for preso e o Poder Público não tiver autorização para incentivar a delação dos demais membros, o grupo criminoso estará sempre se renovando, além do que somente serão punidos os componentes de baixo escalão do crime organizado.

Portanto, as razões para o uso efetivo da delação premiada frente à criminalidade organizada, são principalmente de ordem prática, sendo que entre elas merecem serem destacadas: a impossibilidade de se valer de outras provas previstas nas investigações em geral, por não terem a eficácia desejada, uma vez que os integrantes das facções criminosas, estão sujeitos ao Código de Honra e a grande necessidade de dismantelar a criminalidade organizada que hoje tem descomunal parcela na violência em que se vive, e que deixa a sociedade amedrontada e acuada, como se fossem os cidadãos de bem os verdadeiros criminosos.

4.2 Aspectos da Lei 12.850/2013

Com o advento da Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), o instituto da Delação Premiada passou por inovações, sendo tratado com maior riqueza de detalhes, passando também a ser o diploma que rege, de forma geral, a colaboração premiada em nosso país atualmente, razão pela qual será abordado o estudo da mesma em nosso trabalho.

Encontramos na doutrina e jurisprudência, a terminologia “delação premiada”, no entanto, a Lei 12.850/2013 utilizou a expressão “colaboração premiada”, evidenciando assim uma diferença, que para parte da doutrina, a nomenclatura “colaboração premiada” é mais ampla, devendo ser considerada como um gênero, do qual uma das suas espécies é a delação premiada. A delação premiada ocorre quando o investigado ou acusado colabora com as autoridades delatando os comparsas, ou seja, apontando as outras pessoas que também praticaram as infrações penais. Desse modo, como já dito, a delação é uma forma de exercer a colaboração premiada, existindo, contudo, outras espécies.

Podemos extrair duas importantes inovações, quais sejam: i) a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; ii) e a não exigência de cumulação dos resultados obtidos para a concessão das benesses. Inovação esta que se mostra de grande valia, partindo do pressuposto de que a pena restritiva de direitos tem um forte viés ressocializador.

Destarte, podemos citar como outra inovação, a prevista no artigo 4º, que diz respeito a não exigência de cumulação dos objetivos elencados nos seus incisos. Há divergência sobre a necessidade de cumulação ou não dos objetivos apontados na legislação como requisitos para a concessão dos benefícios advindos da delação premiada. Com o artigo 4º, parte final, da Lei 12.850/13, a dúvida não mais subsiste, sendo certo de que os objetivos não são cumulativos.

Já o dispositivo do § 2º da Lei 12.850/2013²², preenche uma importantíssima lacuna das outras leis, que dispõem sobre a colaboração premiada. Pois a discussão acerca da possibilidade de o delegado de polícia propor o acordo de delação premiada, sempre foi controversa, chegando alguns autores, como Pacelli²³, a opinar pela inconstitucionalidade dessa a previsão na Lei em comento.

Segundo o entendimento do mencionado autor, ao permitir que o delegado de polícia ofereça o acordo de delação premiada, estaria conferindo ao mesmo capacidade postulatória, entendimento esse que, não merece prosperar.

Vale ressaltar que o dispositivo é bem claro, ao dizer que o delegado de polícia poderá, em sede de inquérito policial, requerer ou representar ao juiz pela concessão do perdão judicial considerando a relevância da colaboração prestada. Ou seja, o delegado só irá atuar em sede de inquérito policial, e, de qualquer jeito, o acordo deverá ser feito com a manifestação do Ministério Público, que é parte e tem capacidade postulatória.

Ademais, o § 4º da referida Lei²⁴, trouxe outra importantíssima inovação, onde o legislador permitiu que o juiz sequer precisasse homologar o acordo de delação premiada. Ou seja, se atingido algum dos objetivos elencados nos incisos deste artigo da Lei de Crime Organizado e o colaborador não for o líder da organização criminosa, bem como for o primeiro a prestar a efetiva colaboração, poderá o Ministério Público, que é o destinatário das provas e o autor da ação penal, deixar de oferecer denúncia. Essa, sem dúvidas, é uma das maiores inovações trazidas pela Lei 12.850/13, tendo em vista que todos os diplomas que

²² BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

²³ PACELLI, Eugenio. Atualização do Curso de Processo Penal - Comentários ao CPP – Lei 12.850/13. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/artigos/>. Acesso em: 24 set. 2018.

²⁴ BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

trataram da delação premiada jamais chegaram ao menos perto de prever tal possibilidade, já que o acordo só poderia ser efetivado com a homologação do juiz.

O que de fato, trata-se de uma das maiores inovações trazidas pela Lei 12.850/13, tendo em vista que todos os diplomas que trataram da delação premiada jamais chegaram ao menos perto de prever tal possibilidade.

Ocorre que a Lei 12.850/13, em seu artigo 4º, § 5º prevê que se a delação 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. Assim, mesmo que o réu não tenha efetivamente colaborado com as investigações, ele poderá usufruir de dois benefícios, quais sejam: a redução de pena ou a progressão de regime, o que é extremamente benéfico para o colaborador e também para o Estado, já que após ser condenado o réu pode ajudar a desbaratar a organização criminosa a qual pertencia, bem como a recuperar produtos dos crimes, entre outras medidas.

Há também outra questão que causa divergência jurisprudencial e doutrinária, que aduz sobre a possibilidade de renúncia pelo réu colaborador do direito ao silêncio²⁵, previsto constitucionalmente. Isso porque era muito fácil que o réu se propusesse a ajudar, mas só respondesse as perguntas que lhe eram convenientes. Assim, antes do advento da Lei ora comentada, a maioria da doutrina e da jurisprudência já entendia que se o réu decidisse colaborar, ele também teria que abrir mão do seu direito ao silêncio e responder a tudo o que lhe fosse perguntado. Tal previsão é acertada, até mesmo porque para que o réu seja colaborador, ele deve ser confesso. Então não há que se falar em direito ao silêncio.

Portanto a última e não menos importante inovação, que diz respeito à validade das declarações do colaborador como meio de

²⁵ LEAL, Magnólia Moreira. A delação premiada: um questionável meio de provas frente aos princípios e garantias constitucionais. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7663. Acesso em: 24 set. 2018.

prova. Por certo que o delator é um criminoso, tentando escapar das penas impostas pelo Estado-Juiz, deste modo, não se pode confiar somente no que foi dito na delação isolada, é preciso que a prova seja confrontada com um conjunto probatório no todo, porque, para que os benefícios sejam concedidos, de modo que ninguém seja investigado, preso ou denunciado injustamente. Como já visto a Delação Premiada tem valor probatório, ou seja, é um elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Dentro do direito processual conceituado como um instrumento que traz os elementos de prova aos autos²⁶.

Por fim, as alterações sofridas pelo instituto em comento, serão de grande valia, por se tratarem de adequações que precisavam ser efetivadas, dando maior segurança jurídica para que o instituto da delação premiada consiga ser mais efetivo, dentro de sua maior finalidade que é a de ajudar a dismantelar organizações criminosas, bem como restituir ao Estado, dinheiro e objetos adquiridos de maneira ilícita, por tais organizações.

5. CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 Aspectos Constitucionais e processuais penais

Passemos a análise do instituto da delação premiada e seus conflitos constitucionais e processuais penais, mais precisamente quanto às divergências doutrinárias, assim como em outros temas do Direito, há correntes favoráveis e contrárias ao instituto, sendo que o principal fundamento de quem é contra, baseia-se na ética, pois o Estado estaria "se rebaixando" às práticas criminosas, premiando os "traidores". Por outro lado, quem defende o instituto, se respalda na eficácia no combate às organizações criminosas.

²⁶ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

Na opinião de Bitencourt²⁷, um dos autores que defendem a inconstitucionalidade do instituto, "não é nada edificante estimular seus súditos a mentir, trair, delatar ou denunciar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, seja de que natureza for", afinal de contas, aquele que é capaz de delatar um companheiro movido pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, não terá escrúpulos em igualmente mentir, inventar e manipular as informações que oferece para merecer o que deseja.

Neste prisma, segundo o autor, configura-se postura antiética e não se pode esperar um comportamento ético, ou verdadeiro, já que o único motivo da delação seria beneficiar-se.

Por outro lado, os defensores do instituto acreditam não haver ofensa alguma à ética ou valores morais, dado que em se tratando de criminosos confessos em uma vida repleta de criminalidade, não há qualquer princípio ético. Neste ponto de vista, Lima²⁸ defende:

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, parece-nos não haver qualquer violação à ética, nem tampouco à moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso, além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis".

Apesar de conflitante, a doutrina majoritária entende que a questão ética não figura como empecilho na aplicação do instituto, pois assim, o Estado promove meios para suprir sua ineficiência, e um desses meios é a delação premiada, na qual o delator passa a exercer um papel que antes cabia apenas ao Estado, e com base nesse "serviço" prestado pelo delator, nada mais justo que premiá-lo por sua ajuda²⁹.

Ou seja, os benefícios oferecidos ao delator servem como estimulante para sua delação, o que invariavelmente requer a sua autoincriminação, o que se deve atentar é para o fato de que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), não há violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Afinal, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. .

Outro argumento utilizado pela doutrina contrária ao uso do instituto da delação premiada é o valor probatório da mesma, partindo da premissa de que a delação premiada é um meio de obtenção de prova, como dispõe o art. 3º, I da Lei 12.850/13, não teria por si só valor probatório suficiente para legitimar uma sentença condenatória, necessitando então daquilo que a doutrina chama de regra da corroboração, ou seja, que o colaborador traga elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações.

Neste prisma, é também o entendimento jurisprudencial:

Ementa: INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327,

²⁹ VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à Delação Premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

§ 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (Ap 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.06.2015; Inq 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015). 2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera deliberação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade.

dade e autoria. 4. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (Inq 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016; e Inq 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.09.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (Inq 2.191, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 08.05.2009), sequer descrita nos presentes autos. 5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012.

(Inq 3982, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 02-06-2017 PUBLIC 05-06-2017)

Neste mesmo sentido, o artigo 4º, parágrafo décimo sexto da Lei 12.850/2013 traz que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador, ou seja, a delação deve encontrar ressonância nas demais provas de forma harmônica, pois só assim servirá para fundamentar uma decisão de natureza condenatória.

Assim, o magistrado deve ter extrema cautela no momento da valoração da colaboração premiada, sendo de suma importância que o mesmo proceda em averiguar acerca da personalidade do colaborador, das relações precedentes entre ele e o(s) acusado(s) delatado(s), dos meios de obtenção da colaboração, da verossimilhança das alegações e do seu contexto circunstancial.

Apesar das polêmicas e controvérsias, resta claro que a delação premiada é um instituto de grande valia, pois possibilitou apurar e condenar crimes em um tempo curto, sem prejudicar as garantias processuais e constitucionais.

5.2 Conflitos de Normas Fundamentais

Passemos a análise de um princípio fundamental que também é bastante discutido no âmbito da delação premiada, trata-se do princípio do devido processo legal, que se fundamenta no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, onde deve ser assegurado aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, garantindo ainda que nenhum indivíduo tenha sua liberdade privada sem o devido processo legal, e essa garantia se trata do “[...] conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”³⁰, e, analisar a delação premiada sob o prisma do devido processo legal é importante porque:

Entre os elementos do devido processo legal, que, para a esfera criminal, passa-se a identificar como devido processo penal constitucional, a possibilidade de ampla defesa, o contraditório, o direito ao silêncio e a proibição das provas ilícitas reclamam na delação premiada disciplina formal que os atenda, sob condição de colocar-se o instituto em contrariedade às disposições principiológicas do sistema.

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. Ed.. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

A ampla defesa é a garantia de que o réu possa levar ao processo tudo o que possa elucidar a verdade, garantindo também, caso seja necessário, o direito de se omitir ou de permanecer em silêncio, já o contraditório é a exteriorização da ampla defesa, pois para cada ato praticado pela acusação, caberá igual direito da defesa para refutar tais atos, dando-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela dada pelo autor.

Para Camargo Aranha, a delação premiada, reconhecida como meio de prova, é “anômala, totalmente irregular, pois viola o princípio do contraditório, uma das bases do processo criminal³¹.” E o contraditório realmente não existe porque a delação ocorre em oitiva policial ou em interrogatório judicial sem a possibilidade de defesa por parte do codelinqüente delatado³².

Dessa forma, a delação premiada na fase pré-processual, pela falta do contraditório, não pode ser utilizado como meio de prova no processo judicial, pois, o contraditório é essencial para a valoração da prova, no sentido de que se a prova á qual não for submetida ao contraditório, não será válida para formar á convicção.

Destarte, para ser válida no processo judicial, a delação premiada deverá passar pelo contraditório diferido, onde o delatado terá o direito de contraditar os subsídios dados pelo delator, perante o juiz, em outra fase do processo que não no inquérito policial.

Portanto, para não se violar o princípio do contraditório e da ampla defesa, a sentença condenatória só dará “[...] valor ao depoimento do cúmplice se apoiado pelas provas restantes, incluindo-se a acareação. Assim, se obriga à existência de provas restantes in-

³¹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. Ed.. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 133. Apud CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 111.

³² CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 111.

criminatorias, o fundamento condenatório será dado por elas e não pela delação³³.

Ademais, durante as investigações preliminares, o delatado não pode ter conhecimento da delação para evitar que ele intimide testemunhas, destrua provas e vestígios, por isso, e pela garantia de vida do delator, o acordo de delação não deve constar dos autos e muito menos ser utilizado como meio de prova do processo.

No caso da delação premiada, ocorre uma colisão de direitos fundamentais, dos quais de um lado milita a publicidade dos atos processuais e por outro a possibilidade do sigilo dos acordos de delação, com possível violação da ampla defesa e do contraditório.

Pois bem, manter o sigilo temporário da delação premiada, além de dar efetividade às diligências nas investigações preliminares é importante para a segurança do delator, porque o sigilo temporário garante também a defesa da intimidade do delatado, pois, a divulgação prematura de uma denúncia falsa, sem a devida confirmação, pode acabar com a honra de uma pessoa, violando para ela o fundamento da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à integridade da imagem.

Corroborando com a ideia de que a delação premiada pode prejudicar pessoas inocentes no decorrer das investigações:

Afirmam [os doutrinadores], que quando os criminosos, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, esforçam-se em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem. Ainda, apontam para a possibilidade de os delatores denunciarem inocentes só para afastarem a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito,

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições³⁴.

O fato de a delação ter o sigilo decretado também é um outro ponto controverso, já que se tornando a mesma inacessível ao delatado, violaria assim o exercício da ampla defesa do acusado, pois inexistente a possibilidade de se defender e caso ele não venha ao processo e não seja contraditado, não poderá esse acordo ser utilizado como meio de prova em desfavor do delatado.

O direito ao acusado de permanecer em silêncio, pela aplicação do princípio da não autoincriminação, dando a ele a garantia de não gerar provas contra si próprio é direito constitucional, mas deverá ser esclarecido ao delator que o auxílio tem que ser efetivo, onde para a concessão do benefício da delação premiada, posteriormente, o magistrado analisará o real auxílio da delação para a instrução processual, devendo também ser informado da possibilidade de inclusão do delator em programa de proteção, tendo o acordo deve ser submetido à homologação judicial para que se verifique a inexistência de qualquer vício que o macule.

Ademais, a inobservância aos requisitos da delação, gera nulidade processual, devendo, portanto, ser excluídas do processo todas as provas anteriores que foram obtidas com a delação, e também as provas posteriores dela derivadas.

Portanto, o acusado ao delatar tem duas possibilidades: manter-se em silêncio ou auxiliar nas investigações e, optando por essa última, é incumbido ao mesmo, a renúncia ao direito de permanecer em silêncio, mas, abre-se a ele, no entanto, o direito de receber os benefícios atrelados à delação premiada. O princípio da não autoincriminação prepondera sobre o acordo de delação premiada, já que o delator, que também é coautor do delito delatado, durante o

³⁴ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006, p 129.

interrogatório pode não confirmar o teor da delação, invocando seu o direito ao silêncio. Tal atitude é possível, pois, a renúncia a esse direito no acordo de delação não é absoluta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a mencionada pesquisa, buscou-se analisar o instituto da delação premiada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo o presente estudo realizado abordagem do instituto em comento, desde sua origem até legislações atuais, onde a aplicação do instituto colide com normas e direitos fundamentais.

Um dos principais focos estudados no presente artigo foi dos conflitos evidenciados quando da aplicação do instituto da delação premiada, precisamente na persecução penal, onde diante da incapacidade do Estado na busca de provas que desarticulem ações criminosas, muitas vezes fere direitos e garantias fundamentais, tutelados constitucionalmente.

Ocorre que, atualmente a principal divergência doutrinária em relação à delação premiada é quanto a não observância de princípios constitucionais, atrelado ao fato de que o instituto desde sua origem traz uma moralidade suspeita, por se tratar de traição, mas, por outro lado, o instituto aqui no Brasil, tem sido incorporado em várias legislações para regulamentar sua aplicabilidade de forma a combater a criminalidade.

Neste trabalho, a delação premiada foi analisada quanto a sua constitucionalidade, onde uma corrente doutrinária diz ser lesado o devido processo legal, diante da não observância de direitos e garantias constitucionais, no processo penal e dentre as quais podemos citar os princípios da ampla defesa e do contraditório, do sigilo processual do instituto, do princípio da publicidade dos atos processuais e do direito ao silêncio que o delator possui.

E de toda essa análise, pode-se concluir que o instituto da delação premiada, apesar do conteúdo aparentemente imoral, não pode ser afastado da legislação brasileira, pois sua inconstitucionalidade não prevalece. Também se tem que, todas as teorias, contra e a favor do instituto, são muito bem justificadas, jurídica e logica-

mente, e nenhuma dessas teorias conseguem afastar a aplicabilidade da delação premiada como um instrumento que não pode ser utilizado na persecução de um bem maior para a sociedade brasileira que é o combate à criminalidade.

Dessa forma, o ponto de consideração inicial é pela aceitação da constitucionalidade da delação premiada como uma ferramenta útil para o combate das organizações criminosas, e atualmente no Brasil contra a corrupção, já que o instituto tem dado maior objetividade e eficácia na revelação e punição de organizações criminosas e também a possibilidade concreta da recuperação de bens e valores ao erário público.

Quanto a eventuais inconstitucionalidades apontadas, devem as mesmas serem analisadas no caso concreto de forma individualizada, e em caso de abusos, ser afastada a aplicação do instituto caso comprovado que em uma situação específica foram violados direitos constitucionais importantes do indivíduo e da aplicação da justiça.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. Ed.. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 133. Apud CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 111.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 19, n. 88, p. 225-269, jan./fev. 2011. P.231.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, v. 19, n. 88, p. 225-269, jan./fev. 2011. P.230.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pág.17

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 ago. 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013- São Paulo: 2014.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação premiada no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 111.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26. Ed.. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

CORDEIRO, Néfi. **Delação premiada na legislação brasileira.** Néfi Cordeiro. In: Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, n. 117, p.274, mar.2010.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico.** 15ª ed. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DICIONÁRIO online de português. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/delatar/>. Acesso em: 17 set. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144.

JESUS, Damásio E. de. **Estágio atual da “delação premiada” no direito penal brasileiro**. Damásio E. de Jesus. In: Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região, n. 81, p.21, jan/fev.2007.

LEAL, Magnólia Moreira. **A delação premiada: um questionável meio de provas frente aos princípios e garantias constitucionais**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh =7663. Acesso em: 24 set. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**, 3ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Guilherme de Souza Nucci. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e execução penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008, p.418.

PACELLI, Eugenio. **Atualização do Curso de Processo Penal - Comentários ao CPP – Lei 12.850/13**. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/artigos/>. Acesso em: 24 set. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. 14ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo. **Da moralidade da proteção aos réus colaboradores**. São Paulo. In: Boletim IBCCrim n° 85, dezembro de 1999.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à Delação Premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.