

DELAÇÃO PREMIADA

Karen Carolina Fuchs Nobre Lopes

RESUMO

O presente artigo científico cuidará do instituto da delação premiada. O trabalho tentará entender o instituto, analisando o conceito, valoração quanto ao meio de prova, a natureza jurídica, ou seja, propiciar à comunidade jurídica uma visão geral do instituto. Diante não é possível dar um leve conceito sobre a delação, ela baseia-se na ajuda de um acusado, que presta declarações e informações as autoridades, que possibilite a investigação obtenha maior sucesso, favorecendo a redução da impunidade na prática do tal fato delituoso. O Estado quando for instaurar processo judicial para exercer seu poder punitivo, concederá ao colaborador um prêmio, o benefício oferecido poderá ser a diminuição de sua pena ou até mesmo a sua isenção. Além disso, abordará também os requisitos necessários para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e um balanço sobre os pontos positivos e negativos. Destaca-se, levantamento da discussão sobre a constitucionalidade do instituto da delação premiada. O ponto dos princípios e garantias constitucionais serem gravemente feridos com a sua aplicação, veremos que entre eles a maior lesão vai contra o direito do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados a todos os acusados e litigantes no art. 5º, LV da Constituição Federal. E também veremos que ao ferir vários direitos e garantias constitucionais, seria considerado um meio de prova ilícita, acarretando modificações extremamente importantes no processo penal, devendo ser desentranhada do processo, de acordo com a interpretação do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, onde “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, combinado com art. 157 do Código de Processo Penal, que diz “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Essa mudança poderá causar um grande desconforto e insegurança jurídica no meio Judiciário.

PALAVRA CHAVE: Direito Processo Penal. Meio de Prova. Delação Premiada. Denúnciação de um Terceiro. Diminuição da Pena. Aplicação no Ordenamento Jurídico. Pros e contras. Princípios Processuais. Direitos e Garantias Fundamentais. Inconstitucionalidade.

Abstract

This present scientific article will take care of the institute's delation awarded. The work tries to understand the institute, analyzing the concept, valuation on the evidence, the legal nature, that is, provide the legal community with an overview of the institute. On hand can give a light concept of whistleblowing, she relies on the help of an accused, providing statements and information to the authorities, which enables research get most successful to help reduce impunity in the practice of this criminal fact. The state when prosecute to exercise its punitive power, give the employee a premium, the benefit may be offered a reduction of his sentence or even your exemption. It also will address the requirements for its application in the Brazilian legal system and a balance on the positive and negative points. It stands out, lifting the discussion of the constitutionality of the award-winning tipoff institute. The point of the principles and constitutional guarantees are seriously injured with your application, we see that between them the greatest injury goes against the right of the contradictory and full defense, which are guaranteed to all defendants and litigants in art. 5, LV of the Constitution. And we will also see that to hurt several constitutional rights and guarantees, would be considered a means of illegal evidence, causing extremely significant changes in criminal proceedings, should be disemboweled the process, according to the interpretation of Art. 5, LVI of the Federal Constitution, where " they are inadmissible in the proceedings, evidence obtained by unlawful means "combined with art. 157 of the Criminal Procedure Code, which says "are unacceptable and should be withdrawn the process, the illegal evidence, understood as those obtained in violation of constitutional or legal norms." This change can cause great discomfort and legal uncertainty among the judiciary.

SÚMARIO

1 Introdução	6
2 Delação Premiada	8
2.1 Aspectos históricos	9
2.2 Conceito e principais características da Delação Premiada	11
2.2 Natureza Jurídica para o Direito Penal	14
2.3 Natureza Jurídica quanto ao meio de Prova no Direito Processual Penal	15
2.4 Valoração da delação premiada quanto ao meio de Prova	16
3 Previsão na legislação	18
3.1 Código Penal § 4º do art. 159	18
3.2 Lei dos Crimes Hediondos nº 8.072/90	19
3.3 Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas nº 9.807/99	20
3.4 Lei de Drogas nº 11.343/06	21
3.5 Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional	21
3.6 Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica	22
3.7 Lei das Organizações Criminosas nº 12.850/13	22
4 Inconstitucionalidade do instituto jurídico da Delação Premiada	26
5 Considerações Finais	33
Referências	35

1. INTRODUÇÃO

Os meios de comunicações no Brasil só se têm falado em escândalos de corrupção, de esquemas gigantescos para desviar dinheiro público, coordenado por pessoas de dentro da administração pública, investigações envolvendo tais crimes, como a operação “Lava Jato”, processos em andamentos no Poder Judiciário envolvendo tais escândalos, deve-se destacar que entre essas notícias, vem tomando grande foco as colaborações que certos participantes vêm prestando a investigação, visando facilitar a solução de tais crimes cometidos, conhecida como delação premiada.

A operação “lava jato”, permitiu que as delações evoluíssem a um patamar de importância jamais visto no Brasil. Segundo o Juiz Federal Sergio Moro, responsável pelos processos decorrentes da operação “lava jato”, as colaborações premiadas são a melhor forma de solucionar crimes financeiros e empresariais.

E grade parte da classe dos operadores do direito veem a delação importante no meio jurídico, em vista do comportamento transgressor ou delituoso praticados com bastante frequência em áreas de grande relevância, que atentem contra a ordem pública, onde os mais comuns são contra a ordem financeira, econômica, ou crimes com potencial ofensivo maior, tráfico de drogas, etc. Da mesma forma, outra razão para utilizar de um mecanismo pouco convencional no combate a esses crimes, é que se alcança a efetividade do poder punitivo do Estado, quando todos os envolvidos no delito são indicados e responsabilizados.

A delação premiada é frequentemente utilizada naqueles crimes com concurso de agentes, onde qualquer dos suspeitos se mostra disposto a colaborar com a revelação de todo o conjunto criminoso, inclusive de objetos, frutos do crime, bem como de pessoas que se encontrassem envolvida com o fato criminoso investigado.

O instituto da delação premiada existe em nosso ordenamento jurídico desde época do Império Português, ela foi introduzida pela primeira vez pelas Ordenações Filipinas, promulgadas no início do século XVII, quando o Brasil ainda se encontrava como colônia de Portugal.

O tal mecanismo com o tempo veio tomando força em nosso ordenamento jurídico, vindo a ser previsto em diversas normas esparsas, como na: Lei dos Crimes Hediondos - Lei 8.072/90, na Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas - Lei 9.807/99, na Lei de Drogas - Lei 11.343/06, na Lei das Organizações Criminosas - Lei 12.850/13, onde a medida se tornou mais esclarecida e regulamentada, e ainda há previsão da delação no Código Penal, visto no § 4º do art. 159.

O instituto jurídico objeto desse trabalho, a delação premiada, é considerada pelos operadores do direito como uma medida de política criminal, adotada pelo Ministério Público, baseando-se na colaboração de um acusado, que indica a participação de mais pessoas na prática do mesmo crime, para que a polícia obtenha maior sucesso em suas investigações. A Justiça com utilização da delação premiada no processo irá analisar o caso concreto, e ao chegar na fase de proferir sentença ao caso, concederá ao acusado que colaborou com a investigação, a diminuição de sua pena ou perdão judicial.

Embora o instituto jurídico esteja previsto em várias leis de nosso ordenamento jurídico, se analisarmos cautelosamente notaremos que certos princípios e garantias constitucionais são gravemente feridos com a sua aplicação, evidenciando um atentado contra a Constituição Federal. E esse respectivo trabalho abordará tal temática, analisando o conceito, valoração quanto ao meio de prova, a natureza jurídica, ou seja, propiciará à comunidade jurídica uma visão geral do instituto, para demonstrar se o depoimento concedido por um dos participantes ou coautores seria válido, entrando no debate sobre constitucionalidade e seus pontos negativos, porque é de grande importância essa análise, visto que ao ferir vários direitos e garantias constitucionais, seria considerado um meio de prova ilícita, acarretando modificações extremamente importantes no processo penal, devendo ser desentranhada do processo, de acordo com a interpretação do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, onde “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, causando um grande desconforto e insegurança jurídica.

2. DELAÇÃO PREMIADA

A finalidade para esse capítulo é entender o motivo da nomenclatura de delação premiada a priori e porque não colaboração premiada, termo que permite maior amplitude. Os aspectos históricos desse instituto mostrarão que antigamente, o objetivo desse mecanismo era um acusado qualquer revelar ou denunciar uma terceira pessoa, que tenha cometido o fato criminoso também, ou seja, apontando outras pessoas que também praticaram as infrações penais, essa conduta do delator tinha o objetivo de conquistar do Estado a diminuição ou o perdão da penal, como benefício, por ajudar as autoridades nas investigações.

Após o decorrer do tempo, com elaboração de leis penais esparsas, a delação foi tomando limitações, a possibilidade de utilização era apenas permitido em casos específicos, e ganhou alguns requisitos para que se fosse aplicado o instituto jurídico.

A nomenclatura delação foi introduzida no Brasil, com as Ordenações Filipinas, manteu sua essência mesmo com a entrada em vigor do Código Penal brasileiro, sendo utilizada em fatos históricos conhecidos, e mante-se no art. 159, § 4º do Código Penal e em algumas leis penais como a Lei de Crimes Hediondos e Lei de Drogas.

O termo colaboração só surgiu depois de um longo período no Brasil, em 1995, o qual o autor confessa a prática do crime, porém ele fornece todas as informações necessárias para as autoridades, conforme Leis dos Crimes contra o Sistema Financeiro e dos Crimes Contra a Ordem Tributária, ambas as previsões não condicionaram a conduta de denunciar um comparsa, e novamente a nomenclatura foi usada em 2013 na Lei de Organizações Criminosas, admitindo dentro da colaboração a hipótese de delatar, no art. 4º, inciso I, por isso a nomenclatura colaboração seria mais amplo, pois nos demais incisos desse artigo estabeleceram mais hipóteses de colaborar com a investigação.

Destaca-se que denunciar uma pessoa dentro do processo ou durante as investigações, isto é, delatar alguém, devem-se respeitar alguns direitos fundamentais na obtenção como meio de prova, não sendo observados, não haveria devido processo legal, evidenciando uma afronta a Constituição Federal, uma questão controversa.

Agora, quando se fala em colaboração, prestar informações necessárias para as autoridades, para melhor eficiência no processo judicial, seria apenas motivos relevantes previstos em lei, para conceder a diminuição da pena ou o perdão judicial.

2.1. Aspectos históricos.

O instituto jurídico da delação premiada surgiu em razão da dificuldade que o Estado enfrentava de exercer o seu poder punitivo aos crimes praticados em concurso de agentes, por não ter meios suficientes para provar a ligação entre os agentes e o nexó com o fato delituoso, essa ineficiência atrapalhava a persecução penal. Então, o Estado para compensar, tomou a medida de oferecer um benefício, para aquele que fornecesse todas as informações necessárias sobre o crime praticado, para assim dar uma efetividade melhor a investigação criminal, e até mesmo conquistando eficiência no seu *jus puniendi*.

No ordenamento jurídico estrangeiro, a delação desenvolveu de formas diferentes em cada país, devido a diversos fatores. A forma de tratamento da delação no estrangeiro acaba influenciando o desenvolvimento do instituto no Brasil.

Os primeiros indícios da delação premiada podem ser encontrados na Idade Média, durante o período da Inquisição, período em que foi marcado pela arbitrariedade do Estado. Nesse período da Inquisição, era ideal e costumava-se distinguir o valor da confissão de acordo com a forma em que ela era concebida, por exemplo, se o corréu confessava de forma espontânea, o entendimento era que ele estava inclinado a mentir em prejuízo de outra pessoa, diferentemente daquele que era torturado, logo, a confissão mediante tortura era mais valorizada, pois o Estado forçava um dos acusados a entregar seus parceiros. (GUIDI, 2006, pág. 101)

Em nosso ordenamento jurídico brasileiro a delação premiada existe desde época do Império Português, ela foi introduzida pela primeira vez pelas Ordenações Filipinas, promulgada no início do século XVII, no ano de 1603, quando o Brasil ainda se encontrava como colônia de Portugal. O instituto da delação estava previsto no Livro V, Título CXVI das Ordenações Filipinas, onde aquele que denunciasse outro malfeitor as autoridades, receberia do Estado o benefício do perdão da pena, tal mecanismo tinha com objetivo incentivar a cooperação, fazendo com que criminosos apontassem outros malfeitores, com o fim de diminuir a impunidade, ressalta-se que o benefício do perdão da pena abrangência inclusive a denuncia de criminosos de outros delitos. (JESUS, 2006, pág. 26 e 27)

O primeiro marco histórico da delação premiada no Brasil, foi na época da Inconfidência Mineira, com o caso de Joaquim Silvério dos Reis, onde delatou seus companheiros, que entre eles estava Joaquim José da Silva Xavier, mais conhecido como Tiradentes, em troca do perdão de sua dívida com a Fazenda Real. Esse fato foi um marco de muita importância na história brasileira, Tiradentes foi tido como chefe do movimento e, conseqüentemente, condenado à morte por enforcamento, logo depois de ser executado, teve sua cabeça exposta na cidade de Vila Rica, atualmente conhecida como Ouro Preto, a fim de dissuadir outras possíveis revoluções contra o governo. (REIS, 1979, pág. 52 apud SANTOS, 2005, pág.818)

O surgimento do Código Penal brasileiro, no ano de 1940, quando entrou em vigor afastou a aplicação das Ordenações Filipinas, a norma que previa a delação premiada, e acontece que o Código Penal não contemplou em nenhuma parte do seu texto o instituto, entretanto, o mecanismo continuou sendo utilizado no meio jurídico.

A delação premiada foi usada durante o Golpe Militar de 1964, no qual os militares presenteavam os delatores que entregasse seus companheiros ao governo, a finalidade da delação premiada durante esse tempo era usada apenas para descobrir pessoas que não concordavam com aquele modelo de governo, essas pessoas contrarias ao regime militar eram consideradas como supostos “criminosos”, e para a Justiça deveriam ser punidas. (GUIDI, 2006, pág. 111)

Depois desses vários acontecimentos, a legislação brasileira viu a necessidade de regulamentar tal instituto, então em 1990 foi quando houve a primeira previsão legal na Lei nº 8.072, conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos, buscava-se dismantelar as praticas criminosas realizadas por quadrilhas ou bando em crimes especificados em lei, bastava um dos participantes prestar informações, entregando os demais do grupo, para conceder a redução da pena.

Após essa lei sugeriram várias outras, prevendo tal benefício, como a Lei de crime Organizado nº 9.034, no ano de 1995, posteriormente revogada pela Lei nº 12.850/2013, onde ganhou outra redação, aquele que colaborasse efetivamente com as investigações de forma espontânea, receberia a redução de sua pena, entretanto, tal lei estabelecia que se verificassem alguns requisitos. No mesmo ano de 1995, a Lei Federal nº 9.080, inseriu a delação premiada na Lei nº 7.492/86, a Lei dos Crimes contra o Sistema

Financeiro e também na Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária nº 8.137. Um ano depois, em 1996 a Lei nº 9.269, permitiu a diminuição da pena do acusado que denunciasse seus parceiros e favorecesse a libertação da vítima, § 4º, no crime previsto no art. 159 do Código Penal.

O benefício da delação premiada até então era restrito apenas aos crimes estabelecidos nas leis que previam seu instituto, porém em 1999, foi promulgada a Lei Proteção às Vítimas e às Testemunhas nº 9.807, que permitiu estender tal benefício para outras situações.

Por fim, mais recentemente, em 2006 foi constituída a Lei nº 11.343, conhecida como a Lei de Drogas, em que aquele que colaborasse espontaneamente prestando informações para a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, receberia em caso de condenação a redução da sua pena.

2.2. Conceito e principais características da Delação Premiada.

O instituto jurídico da delação premiada é considerada pelos operadores do direito como uma medida de política criminal, adotada pelo Ministério Público, baseando-se na ajuda de um acusado, que comunica ou fornece informações as autoridades, a participação de mais pessoas, para que a polícia obtenha maior sucesso em suas investigações, favorecendo a redução da impunidade na prática do tal fato delituoso. O Estado quando for instaurar processo judicial para exercer seu poder punitivo, concederá ao autor do crime que colaborou e forneceu informações relevantes a investigação, um prêmio, que dependerá do caso em concreto, o benefício que será concedido pode ser uma diminuição da sua pena ou até mesmo a sua isenção.

Se levarmos em conta a definição do vocábulo delação, de forma simples, empregada nos dicionários, veremos que a palavra refere-se para indicar a denúncia, revelação ou acusação que é feita por uma das próprias pessoas que participaram do fato criminoso, revelando uma traição aos próprios companheiros, ou seja, a delação se verifica quando alguém admitindo a prática de um delito e revela que outra pessoa também o ajudou de alguma forma.

Conforme entendimentos de alguns doutrinadores:

Aranha, “a delação trata-se da afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa”. (Adalberto José de Camargo, Da prova no processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pág. 122)

Guilherme de Souza Nucci, diz que a delação premiada ocorre “quando se realiza o interrogatório de um corréu e este, além de admitir a prática do fato criminoso do qual está sendo acusado, vai além e envolve outra pessoa, atribuindo-lhe algum tipo de conduta criminosa, referente à mesma imputação”. (O valor da confissão como meio de prova. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 208 apud GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006, pág. 98)

Pacheco Filho e Thums, entendem que a delação premiada “ocorre quando o indiciado, espontaneamente, revelar a existência da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais de um dos seus integrantes”. (Vilmar; e Gilberto; Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo: análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pág. 155)

Damásio de Jesus, estabelece em sua obra que delação seria “a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato)”. (Delação Premiada. Revista Justilex. Brasília, ano IV, n. 50, pág. 26 e 27, fevereiro de 2006)

A delação premiada não pode ser confundida com a simples confissão espontânea reiterada em juízo da autoria ou participação, pois a delação além de confessar a participação, também imputa a autoria à terceiro, sem essa indicação ou denúncia, o fato apenas configura como circunstância atenuante obrigatória na aplicação da pena, prevista no artigo 65, III, “d”, do Código Penal. (DELMANTO, 2002, pág. 131 e 132)

Continuando a nossa breve análise sobre a delação premiada, focando no segundo vocábulo - premiada, constataremos que é concedido um prêmio para o acusado que colaborou com a investigação, para receber o benefício, o indiciado deve confessar e denunciar o seus comparsas espontaneamente, o Estado como troca oferece, dependendo do caso concreto, uma diminuição da pena ou até mesmo um perdão judicial.

Entende-se que a delação premiada se adequa perfeitamente em uma espécie de "troca de favores" entre o Estado-Juiz e o réu, em vista do Estado para satisfazer a investigação, oferece benefícios àquele que confessar e prestar informações úteis ao esclarecimento do fato delituoso, que tenha sido realizado em concurso de agentes.

Devemos ressaltar, que para a delação seja válida e possa servir como meio de prova no processo penal, a confissão e a indicação dos demais parceiros deverá ser feita através da livre manifestação de vontade, ou seja, o delator não pode ser coagido, deve partir dele a iniciativa de cooperar com a investigação, e além disso, é imprescindível que ele tenha perfeitamente capacidade jurídica e o conhecimento do negócio jurídico que estabelecerá com o Ministério Público.

O instituto não possui uma lei específica que trate e regulamente a sua circunstância, a sua previsão está em diversas normas criminais esparsas, em que algumas vezes poderá trazer pontos diferentes na delação, no entanto, é admissível estabelecer alguns requisitos específicos da delação premiada que são comuns a todas as previsões no nosso ordenamento jurídico brasileiro, são eles: colaboração espontânea; participação do delator na prática da infração; relevância nas declarações; e efetividades das informações.

Os dois primeiros pontos comuns já foram trazidos e analisados ao longo do trabalho, agora os dois pontos finais, são de extrema relevância no processo criminal, visto que a relevância e a efetividade das informações declaradas levará a solução mais rápida à investigação criminal, isto é, constatado a verossimilhança das declarações fornecidas pelo acusado, será possível ter a noção de toda a complexidade do crime, sendo assim, aplicar efetivamente a punição correta aos criminosos que participaram da ação criminosa.

Desta maneira o processo penal se valendo do instituto da delação premiada, permite ao Estado se tornar mais eficiente e contundente em seu poder punitivo, que detém sobre todos os cidadãos que praticarem atos ilícitos contra aos bens jurídicos tutelados no Código Penal e nas Leis Penais esparsas.

2.3. Natureza Jurídica para o Direito Penal.

Conforme anteriormente mencionado, a delação premiada é uma medida de política criminal, adotada pelo Ministério Público, para reduzir a impunidade nos crimes praticados em concurso de agentes e incentivar os colaboradores a prestar todas as informações úteis para o processo, isto é, uma técnica especial de investigação, ou ainda, um meio extraordinário de obtenção de prova. Desta maneira na esfera penal, esta figura, de cunho processual, surge para fins de reduzir custos de investigação, alcançar mais rapidamente a verdade real e otimizar a duração razoável do processo.

A delação premiada é considerada uma técnica especial de investigação, porque o Ministério Público estabelece uma relação com um acusado, oferecendo um benefício conforme a situação do caso concreto, sendo uma causa de diminuição de pena, incidente na terceira etapa do sistema trifásico de aplicação da pena, ou uma causa extinção da punibilidade, pois pode resultar na concessão do perdão judicial, se o acusado colaborar com a investigação.

Melhor dizendo, o instituto da delação assume a natureza jurídica do benefício concedido pelo Estado, o perdão judicial ou a causa de diminuição da pena. Esse entendimento é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme o julgamento do *Habeas Corpus* nº 97509: “A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 97.509, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, pág. 2, 2007).

Deste modo para âmbito do Direito Penal, a delação vem a ser uma espécie de minorante ou uma causa de extinção da punibilidade do acusado colaborador, previsto em lei.

Anteriormente no início desse tópico, foi apontado que a delação premiada ainda poderia ser considerada um meio extraordinário de obtenção de prova, o que será abordado separado no próximo tópico.

2.4. Natureza Jurídica quanto ao meio de Prova no Direito Processual Penal.

A tal atitude do colaborador confessar o crime e presta informações para a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, naturalmente tem valor probatório, sendo uma confissão, visto que admite culpa no caso em questão, e quanto à meio de prova contra companheiros de prática criminosa, seria uma forma de testemunho qualificado, já que é feito por um dos indiciados ou acusados, isso de acordo com Guilherme de Souza Nucci, a delação assume características dos dois tipos de meio de prova, ou seja, tem caráter misto. (NUCCI, 2008, pág. 444)

Entretanto, a doutrina dominante sustenta que não se quadra em nenhum outro tipo de prova prevista no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, há ausência de semelhança com qualquer prova nominada no Código de Processo Penal.

A delação não seria confissão (*stricto sensu*), visto que o ato além de declaração voluntária da própria pessoa assumindo a prática de um fato criminoso, do qual é suspeito, o acusado imputa a responsabilidade da conduta criminosa a um terceiro, ou seja, a conduta de delatar é fundamental atingir o próprio confidente e uma terceira pessoa “desconhecida da investigação”. O ato de denunciar uma outra pessoa também não seria mero testemunho, já que um dos pressupostos para a validade de uma testemunha é ela não ser envolvida na ação criminosa, ser uma pessoa estranha, isto é, ela não ter uma relação direta com o fato delituoso. (GREGHI, 2009, pág. 8). Os autores Paulo Quezado e Jamile Viriginio também possuem o mesmo posicionamento.

Sendo assim, a delação premiada não se encaixa em nenhum meio de prova previsto em nosso ordenamento jurídico, não seria confissão, e muito menos testemunho, isto é, seria um meio extraordinário de obtenção de prova, embora possua características semelhantes dos dois meios de prova.

O instituto da delação premiada por assumir caráter de prova em um processo, deverá passar por um exame ou análise, assim como todas as provas colhidas nos autos do processo, será atribuída uma valoração, para então formar o convencimento do Juiz, para que assim ele possa proferir uma sentença fundamentada, conforme exige o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

2.5. Valoração da Delação Premiada quanto ao meio de prova.

Após analisarmos a natureza jurídica da delação premiada como meio de prova devemos passar a analisar o seu valor probatório no processo penal. Existe forte divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao valor atribuído à delação como prova.

Há correntes que sustentam que a delação por si só não permite certeza probatória capaz de ensejar uma sentença condenatória, seria mera prova indiciária, devendo ser respaldada nas demais provas dos autos, para embasar possível condenação. A outra corrente atribui-a força incriminadora, que por si só já valeria como prova suficiente para condenação.

Acontece que quando vamos estudar os tipos de provas existentes no processo penal, compreendemos que nenhum meio de prova, seja a confissão ou o testemunho, possui valor probatório absoluto, ou seja, soberano, aquele que se coloca sobre as demais provas.

No caso da delação, esse meio extraordinário de prova será como apenas um indicador da materialidade e da autoria do crime, devendo o processo ser instruído com outras provas que corroborem as informações apresentadas pelo delator, isto é, que não se pode proferir uma sentença condenatória a alguém, exclusivamente com base nas declarações afirmadas pelo delator.

É evidente que a delação premiada é apenas uma peça no processo, e que ela deve está em perfeita harmonia com as demais provas produzidas em juízo, podemos constatar esse entendimento no *Habeas Corpus* n. 75.226 do STF; e STJ, HC n. 11.240 e n. 17.276: “A delação embora não tenha o condão de embasar, por si só, uma condenação, adquire força probante suficiente desde que harmônica com as outras provas produzidas sob o crivo do contraditório.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.75.226, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, pág. 45, 1997).

Logo após dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, ficou evidente que uma sentença para que seja devidamente fundamentada não pode ser proferida com base somente nas declarações do delator.

O Eduardo Araújo da Silva entende que a delação premiada deve ser respaldada pelas demais provas apresentada no processo, para embasar uma possível condenação, e a justificativa para tal posicionamento é que pelo fato do acusado não presta o compromisso de falar a verdade em seu interrogatório, podendo colaborar falsamente com a Justiça, incriminando indevidamente alguém, haja visto que ele se encontra como usufruidor do benefício de concessão de perdão judicial ou diminuição de pena, logo, fazendo com que esses fatores tornem as declarações do delator suspeita, necessitando da fundamentação das demais provas. (DA SILVA, 2003, pág. 145)

Esse posicionamento é plausível, porque a delação premiada não nos permite segurança jurídica, pois o delator não seria de confiança, já que faz parte de um ato delituoso, e como esta na situação de beneficiário do prêmio de redução da pena, poderia a qualquer custo, meramente indicar alguém para receber tal benefício.

Conseqüentemente, para que haja a condenação do delatado é necessário que a indicação do delator, esteja em concordância com as demais provas produzidas no processo criminal, ou seja, concatenadas umas as outras, evidenciando de fato a participação do acusado.

Salienta-se que inclusive na Lei de Organizações Criminosas, tem previsão sobre esse entendimento que a sentença condenatória deve ser fundamentada e embasada com as demais provas produzidas nos autos, não só sendo deferida com base nas declarações do delator, já que estabelece em seu art. 4º, § 16, que “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” (BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

Então, veremos adiante no próximo capítulo como a delação se comporta dentro da previsão de cada lei em nosso ordenamento jurídico brasileiro, analisando o Código Penal, a Lei dos Crimes Hediondos, Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica, Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, depois a Lei de Drogas, e por ultimo a Lei das Organizações Criminosas.

3. PREVISÕES NA LEGISLAÇÃO DA DELAÇÃO.

Nesse capítulo trataremos sobre as previsões da delação premiada no nosso ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro capítulo quando abordamos a delação premiada na sua evolução no tempo, vimos que a primeira previsão do instituto foi feita na Ordenações Filipinas, quando o Brasil era colônia de Portugal, antes que o nosso país tivesse seu próprio Código Penal ou sua legislação que tratasse sobre o tema.

O primeiro tópico nesse capítulo sobre a previsão da delação premiada será o § 4º, do art. 159 do Código Penal, cujo legislador quis estabelecer que para a determinada situação devesse ser realizado em concurso de pessoas, embora não tenha sido a primeira previsão no nosso ordenamento jurídico, visto que surgiu depois da Lei dos Crimes Hediondos, nosso segundo tópico. Logo seguido pela Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, depois a Lei de Drogas, a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, a Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica e por último a Lei das Organizações Criminosas, por ser mais complexa e ser o marco mais importante na evolução do instituto.

3.1. Código Penal § 4º do art. 159

O Código Penal alenca inúmeros fatos que são considerados ilícitos e puníveis para a visão do Estado. O fato típico descrito no nosso Código Penal que iremos discorrer será o previsto no art. 159, o crime de extorsão mediante sequestro, aquele que atenta contra o patrimônio, a liberdade individual, com a integridade física e psíquica da pessoa que está sofrendo a agressão, esse crime é o qual o sujeito tem a ação de sequestrar outra pessoa, isto é, privar uma pessoa da sua liberdade, com o objetivo de obter qualquer tipo de vantagem, já que impõe condição ou preço de resgate para que a vítima possa voltar a exercer o seu direito de ir e vir.

Dentro da previsão desse crime, foi inserido pela Lei nº 9.269, a possibilidade do benefício da delação premiada no § 4º, onde a redação estabelece que: "Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços." (BRASIL, Código Penal, Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996).

Diante da redação é possível extrair algumas condições, o crime de sequestro deverá ser realizado em grupo, possuir coautores ou partícipes, e um desses agentes deve denunciar seus parceiros às autoridades policiais, facilitando a libertação da vítima, proporcionando o encerramento da atividade delituosa, atingindo esse objetivo, admite ao acusado que cooperou a redução de um a dois terços da pena estabelecida no caput do artigo.

3.2. Lei dos Crimes Hediondos nº 8.072

A lei nº 8.072 sobre Crime Hediondos foi criada para estabelecer certos crimes no Código Penal como sendo mais graves, que teriam um potencial ofensivo maior e que mereceriam um tratamento mais severo, devendo ser cumprida a pena inicialmente em regime fechado, a progressão de regime deveria ser concedida após um maior tempo do cumprimento da pena que a forma convencional, ter o tratamento de inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Contudo iremos discorrer apenas sobre a previsão no art. 8º da referida lei, que previu a capacidade dos crimes elencados no primeiro artigo serem cometidos em bando ou quadrilha, isto é, uma associação estável e permanente de mais de três pessoas com o fim de praticar uma série de crimes, e além disso, prever a estipulação da pena a ser imposta a tal hipótese. No mesmo artigo foi previsto o instituto da delação premiada, no parágrafo único, no qual "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços." (BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990).

O entendimento extraído desse parágrafo é que aquele que denunciar o seus companheiros do bando ou quadrilha às autoridades, favorecendo o declínio do grupo criminoso, ou seja, possibilitando o fim do grupo que está associado para prática criminosa, fará jus ao benefício da redução da pena de um a dois terços.

A aplicação do instituto aos crimes equiparados a hediondos, ou seja, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo, é perfeitamente possível, visto que no próprio caput do art. 8º mencionou também eles, incluindo a aplicação da pena nos crimes praticados em quadrilha ou bando.

3.3. Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas nº 9.807

A Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas surgiu para regulamentar a proteção as pessoas que estavam envolvidas em crimes, seja como vítima, testemunha, ou até mesmo um acusado que ajudasse na investigação. Essa lei permitiu estender tal benefício da delação para outras situações, ampliou a aplicação do instituto no art. 13.

Art.13 Poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo ciminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

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

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

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

(BRASIL, Lei nº 9.807, de 13 de julho 1999)

Embora tenha ampliado a aplicação, estabeleceu alguns requisitos: o acusado deve ser primário, isto é, o fato que ele colaborou deve ser a primeira atividade criminosa praticada; o acusado ainda deve ter ajudado por livre e espontânea vontade; e as informações prestadas deve ser possível: a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada ou a recuperação total ou parcial do produto do crime. Estanto presente um dos requisitos previsto, o Juiz poderá conceder o perdão judicial ao delator.

No entanto, o legislador abriu mais uma possibilidade da delação premiada ao indiciado em um processo criminal, no art. 14 da mesma lei.

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

(BRASIL, Lei nº 9.807, de 13 de julho 1999)

Nesse artigo preve que aquele acusado que não for primário e tiver uma sentença condentória no processo que colaborou, caberá apenas a diminuição de um a dois terços de sua pena, mas ainda deve alcançar qualquer um dos resultados, a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

3.4. Lei de Drogas nº 11.343

A Lei nº 11.343, regulamenta os crimes relacionados a entorpecentes, como tráfico de drogas, posse para consumo, preparação, contrabando, etc. Além disso, a lei trás a estipulação das penas a serem aplicadas aos fatos descritos, causas de aumento e diminuições.

Dentre uma das diminuições previstas nessa lei, está a colaboração de um dos acusados, no art. 41, onde "o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços." (BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Dessa previsão podemos ter o entendimento que o acusado que fornecer informações por livre e espontânea vontade, para identificar o seus comparsas e conseguir favorecer a recuperação total ou parcial dos entorpecentes objeto do crime, ajudando as autoridades nas investigações, terá o benefício da redução da pena de um a dois terços, desde que tenha sido condenado na sentença.

3.5. Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional

A Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro surgiu em 1986, sua atuação é antiga, a necessidade de prever crimes contra o sistema financeiro já era notavel a muito tempo, porém com a Lei Federal 9.080, inseriu o instituto da delação premiada, o benefício da redução da pena àqueles acusados que prestasse informações sobre seus companheiros e o fato delituoso a Justiça. O tal benefício está previsto no § 2º do art. 25 da referida Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro.

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, Lei 7.492, de 16 junho de 1986)

O parágrafo além de trazer a previsão do instituto, revelar as autoridades todo o enredo, encadeado de ações executadas na ação criminosa, estabelece requisitos para a concessão, o crime praticado pelo delator deve ter sido cometido em quadrilha ou bando, um grupo com mais de três pessoas, ou até mesmo cometido em co-autoria, incluindo os praticados com menos de três pessoas.

3.6. Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica

A Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica é de 1990, e assim como a Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional, o instituto da delação premiada foi inserido no art. 16, em um parágrafo único, pela Lei Federal 9.080, contendo a mesma redação.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, Lei n 8.137, de 27 de dezembro de 1990)

Extraímos desse parágrafo, a concepção que aquele acusado que em sua confissão prestar informações sobre as ações executadas no fato delituoso e denunciar o seus comparsas as autoridades, por livre e espontânea vontade, terá o benefício da redução da sua pena. Destaca-se que assim como a previsão na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional, o crime investigado deve ser cometido por quadrilha ou bando, um grupo com mais de três pessoas.

3.7. Lei das Organizações Criminosas nº 12.850

Em virtude da sofisticação das organizações criminosas apresentavam com o passar do tempo, o Estado viu a necessidade de elaborar uma lei que definiria o que viria a ser uma organização criminosa e dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado, isto é, uma lei que tivesse a finalidade de regulamentar todos os atos, desde investigação até os atos processuais realizados àqueles casos, ajudando exercer melhor o *jus puniendi*, e buscasse inibir a prática de crimes por essas organizações.

De acordo com essa lei no art. 1º, no primeiro parágrafo: “Considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.” (BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

O nosso foco nessa lei é apenas sobre o instituto da delação premiada, essa lei além de prever, autorizou expressamente a admissão da delação premiada como prova na investigação ou processo criminal, no art. 3º, no inciso I. Um marco extremamente importante, porque até então nenhuma lei havia mencionado que esse tipo de prova excepcional era claramente admissível em nosso processo criminal brasileiro.

Essa lei foi tão importante para evolução desse instituto que criaram uma seção, com quatro artigos que falasse apenas sobre a colaboração premiada, o primeiro artigo da seção fala sobre os requisitos para conceder o benefício do perdão judicial, da redução da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restitiva de direitos.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que 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.

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

(BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

Do referente caput do artigo podemos extrair que o acusado, que forneceu informações para investigação ou processo criminal, deve ter agido por livre espontânea vontade, ou seja, a ação de cooperar não pode ser fruto de coação, seja física ou psíquica, deve partir dele a vontade de ajudar ou então decorrer de proposta do Ministério Público, através de acordo entre as partes.

Aliás, as informações prestadas devem auxiliar realmente a alcançar os objetivos previstos na lei: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Por fim, após satisfazer qualquer um dos requisitos previsto nos incisos, para a concessão do benefício o Juiz deve analisar as circunstâncias subjetivas favoráveis do agente, que seria a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso. Analisados os requisitos subjetivos, o acusado fará jus ao perdão judicial ou a redução da pena de um a dois terços.

Há doutrinadores que entendem que o tal artigo traz cinco espécies de colaboração. No entendimento de Luiz Flávio Gomes (2014), o primeiro inciso seria a própria delação premiada: onde o acusado possibilita a identificação dos demais coautores ou partícipes da organização criminosa bem como das infrações penais por ela praticadas; o segundo inciso seria a colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização: o acusado colaborador revela a estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; o terceiro inciso seria a colaboração preventiva: tem por escopo prevenir infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; o quarto inciso a colaboração para localização e recuperação de ativos: o acusado colaborador com as informações prestadas possibilita à recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e o último inciso seria a colaboração para libertação da vítima: o acusado colaborador com as informações viabiliza a localização da vítima, por exemplo de um sequestro, com a sua integridade física preservada. (Disponível no site: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ha-diferenca-entre-colaboracao--e-delacao-premiada/14756>)

A Lei de Organizações Criminosas prevê inúmeros outros benefícios além da diminuição da pena do colaborador, discorreremos sobre cada um deles adiante.

A colaboração realizada pelo acusado, a depender da sua relevância no processo criminal, permite ao Ministério Público ou ao delegado de polícia requerer ou representar ao Juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, conforme art. 4º, § 2º.

Entre mais um dos benefícios estabelecido em lei, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos do caput do art. 4º, essa possibilidade está prevista no § 4º.

O art. 4º também preve uma outra possibilidade no § 5º, em qual proferida sentença condenatória e a colaboração surgiu depois, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

É essencial lembrar que no Brasil, as delações devem ser imprescindíveis de acordos firmados entre o Ministério Público ou pelo Delegado de polícia, proposto a defesa dos acusados colaboradores.

O termo do acordo para ter validade jurídica deverá ser feito por escrito e conter: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; e) a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

Atingindo o objetivo da realização do acordo da delação premiada, será remetido ao Juiz para que seja realizada a sua homologação, em seguida o Juiz verificando a sua regularidade e a legalidade, passará a ouvir o colaborador, na presença de seu defensor em juízo.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO JURÍDICO DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada se positivou no nosso ordenamento jurídico brasileiro, com o decorrer do tempo, conseguiu ganhar força, como visto nos capítulos anteriores, havendo previsão em várias leis, na legislação brasileira, obtendo apoio de alguns doutrinadores desse tipo de mecanismo extraordinário.

No entanto, surge certo posicionamento contrário a esse instituto, em razão de alguns princípios e garantias constitucionais serem gravemente feridos com a sua aplicação no meio processual, dependendo da forma como é obtida. Essa grande questão vem sendo levantada, com bastante frequência.

No primeiro passo iremos estabelecer o que vem a serem direitos fundamentais no ordenamento jurídico. A maior parte dos operadores do direito entende que são àqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado. Os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, ou seja, limitar a discricionariedade estatal, seja impedindo a intervenção em sua esfera privada, seja conferindo o direito de exigir do Estado condutas positivas em prol do bem-estar do indivíduo, cabe, portanto o Estado o dever de observar e respeitar, ou seja, não violar esses direitos garantidos na Constituição, protege-los, não permitir que os direitos sejam violados, por quem quer que seja, e promover os direitos fundamentais possibilitar que todos usufruam.

De acordo com o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, os direitos e garantias individuais são cláusula pétrea, dispositivo constitucional imutável, isto é, aquilo que não pode sofrer mudança, recebe a qualidade de permanecer da mesma forma, logo sendo garantia do cidadão que não pode ser retirada ou mudada.

Cláusula pétrea, por sua vez, significa artigo ou disposição legal que deve ser cumprida obrigatoriamente, que não permite renúncia ou inaplicabilidade, por estar petrificada, dura, imóvel, por ser inquebrável e intocável. É lei ou norma que se cumpre sem qualquer discussão quanto a sua interpretação de viabilidade – fática ou de direito -, por ser e estar taxativamente blindada na ordem constitucional, não se modifica, não se revoga ou não se reforma, é portanto, superior hierarquicamente falando, quanto a validade e soberania legal, faz parte da base e do sistema jurídico adotado e assegurado. (MAIA NETO, Cândido Furtado, “Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou

vítimas do crime de Abuso de Poder” Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, pág. 198 e 215)

Abordaremos agora quais são os direitos e garantias fundamentais lesados com a aplicação do instituto da delação premiada, constatado com nossas pesquisas em livros, doutrinas e artigos científicos.

Destaca-se que no Brasil a delação tem previsão apenas como minorante da pena ou perdão judicial, não possui previsão quanto à forma de ser realizado ou procedimentos que devem ser tomados no âmbito processual. Em razão disso, as delações são realizadas através de acordos firmados entre o Ministério Público e o acusado, cabendo às partes estipularem as condições e cláusulas do acordo.

Um grupo de advogados após analisar diversos acordos firmados entre delatores e o Ministério Público no Brasil, resolveram publicar um artigo no Boletim de notícias do Consultor Jurídico, cujo tema abordava essa questão da inconstitucionalidade da delação, onde os acordos de delação premiada realizados no caso da operação "lava jato" estariam violando a Constituição, e inclusive leis penais. A notícia publicada apontou inúmeras situações que os princípios e garantias fundamentais eram feridos com a utilização do instituto, os pontos trazidos na notícia serão discorridos adiante.

Na maior parte das delações premiadas firmadas pelo Ministério Público e os colaboradores possuem cláusulas que proíbem o delator conteste o acordo judicialmente ou interponha recursos contra as sentenças que receber, garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015).

A interposição de recurso é exercício regular de um direito da parte, pois nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação ou reapreciação do Judiciário, obedecendo ao princípio do duplo grau de jurisdição. A finalidade do recurso é dentro do mesmo processo, possibilitar que a decisão judicial seja reformada, invalidada, esclarecida ou ser integrada, em vista da apresentação de algum direito da parte, que merece ser satisfeito. O direito de propor recurso às decisões judiciais é inerente ao acusado, pois como mencionado anteriormente é direito fundamenta e assume status de cláusula pétrea na Constituição Federal, não permitindo renúncia ou inaplicabilidade.

Em alguns compromissos firmados vedam a impetração de *Habeas Corpus* e obrigam que eles desistam dos que estão em tramitação, direito assegurado no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal, em que aquele que se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015)

O *habeas corpus* nada mais é do que um remédio constitucional, da qual nos ampara contra as ameaças arbitrárias do Estado, logo se o *habeas corpus* é uma limitação da discricionariedade estatal, torna-se um direito fundamental do indivíduo, impossível de ser retirado ou mudado, porque apresenta característica de ser imutável.

O Ministério Público em maioria de seus acordos estabelecidos com o delator exige que ele renunciar o seu direito ao silêncio, visto que é necessário prestar todas as informações necessárias ao processo, para receber o benéfico da redução da pena ou o perdão judicial. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015.)

Diante de dos fatos expostos e analisados, é evidente que nos acordos de delações premiadas, os quais possuem cláusulas abusivas, vedando, proibindo ou renunciando algum direito fundamental do colaborador, seja o direito de propor recurso, impetrar *habeas corpus*, renuncia do direito ao silêncio, etc, são inconstitucionais. Visto que a Constituição está hierarquicamente superior as demais normas, no topo da pirâmide de Kelsen.

A renúncia ao direito ao silêncio, não esta presente só nos acordos firmados entre o Ministério Público e os delatores, ele também está previsto na Lei das Organizações Criminosas, no art. 4º, § 14, onde “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.” (BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013)

E essa renúncia afronta o direito garantido no art. 5º, LXIII da Constituição Federal, que também está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, o famoso Pacto de San José da Costa Rica, onde o Brasil se encontra signatário. O tal

direito tem a intenção de proteger contra as hostilidades e as intimidações historicamente desfechadas contra os réus pelo Estado.

O colaborador com o compromisso legal de dizer a verdade, pode vir a produzir prova contra si mesmo, evidenciando um o acordo de colaboração não proveitoso ao acusado, mesmo embora tenha o direito de retratar-se da colaboração, no art. 4º, § 10, e assegurado que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Ferreira Filho (2013), sobre a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, fala que de fato desrespeita a Constituição Federal, uma vez que ninguém é obrigado a produzir provas em seu desfavor e o silêncio do acusado é garantido no inciso LXIII do Art. 5º, a imposição da renúncia a esse direito é extremamente prejudicial, por mais que o colaborador seja beneficiado com a redução da pena.

Entre outros acordos, os delatores não têm acesso a seus depoimentos antes da proposição da ação, sendo que a defesa deve ter acesso a todos os documentos e informações de inquéritos e processos, evidenciando uma afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados a todos os acusados e litigantes no art. 5º, LV da Constituição Federal, deve ressaltar que tais princípios estão intrinsecamente ligados com o princípio do devido processo legal, art. 5º, LIV da Constituição Federal, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica consequentemente na observância dos procedimentos assegurados legalmente. (RODAS, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da ConJur, ano 2015.)

A utilização da delação premiada não só atinge o delator, como visto anteriormente, pois ele atribui a um terceiro a participação ou autoria do mesmo crime praticado. No entendimento de José Alexandre Guidi, se o delatado não pode acessar nem participar do interrogatório do seu delator, fazendo perguntas e reperguntas, estaria indo contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da Constituição Federal. (GUIDI, 2006, pág. 130)

O Guilherme de Souza Nucci, possui o posicionamento que o ato de denunciar alguém a uma investigação, ao envolver outrem, admitindo supostamente o caráter testemunhal, sendo necessário que o Juiz do processo autorize a defesa do delatado fazer perguntas e reperguntas no interrogatório do delator, para assegurar e garantir que os direitos à ampla defesa e o contraditório estão sendo respeitados devidamente. (NUCCI, 2008, pág. 445)

Entende-se por princípio do contraditório, o exercício de demonstrar uma tese através de uma argumentação para rebater os fatos alegados pela outra parte, ter também a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário, ainda cabe à oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar. E o princípio da ampla defesa compreende-se a parte demandada de ser informada a respeito do que está sendo alegado pelo demandante, a fim de que possa produzir defesa de qualidade e indicar prova necessária, lícita e suficiente, ou seja, direito de utilizar-se de todos os recursos possíveis para alicerçar sua peça contestatória. Ambos os princípios possuem a finalidade de elidir a pretensão deduzida em juízo pela parte diversa, ninguém pode ser privado de seu direito de exercer sua defesa. (DE ALMEIDA, 2002, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3166>)

Portanto, quando não se respeita o princípio do contraditório e tanto o princípio da ampla defesa, garantidos no art. 5º, LV da Constituição Federal, não se observa as formalidades necessárias para se conduzir o processo, e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade ou seus bens sem o devido processo legal, conforme previsto no art. 5º, LIV da Constituição Federal.

A lesão aos três princípios em conjunto, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, devem ser perfeitamente repugnado, não se cabe nenhuma discussão sobre a possibilidade de violabilidade desses direitos fundamentais blindados na Constituição Federal, são direitos inerentes do indivíduo, que são assegurados a todos os acusados, não podendo ser mudado, retirado, renunciado ou afastado a sua aplicação, ou seja, também configura como clausula pétrea, devem ser observado e respeitado pelo Estado dentro do âmbito processual.

Em contrapartida quando se olha a delação como meio de prova, se for observados os princípios da ampla defesa e contraditório, acaba sendo constitucional. No entanto, se o acusado ou delatado, não puder ter acesso a todos os documentos e informações do inquérito ou processo, e nem exerce a participação a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar, exercendo seu direito de realizar perguntas e reperguntas ao delator, respeitando os princípios da ampla defesa e contraditório, acaba-se tornando uma prova ilícita, acarretando modificações extremamente importantes no processo penal, devendo ser desentranhada do processo, isto é, ser retirada, de acordo com a interpretação do art. 157 do Código de Processo Penal, que diz “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, combinado com art. 5º, LVI da Constituição Federal, onde “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Essa mudança poderá causar um grande desconforto e insegurança jurídica no meio Judiciário. A delação premiada dessa forma tornando-se evidentemente contrária a Constituição Federal, sendo, portanto inconstitucional.

Além disso, a negociação do benefício da diminuição da pena ou o perdão judicial fere também o princípio da proporcionalidade da pena, uma vez que se punirá com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato, onde é possível encontrar idênticos graus de culpabilidade, ou até mesmo fizeram tanto ou até menos que o delator. (CERVINI; GOMES; 1997, pág. 166 e 167)

Há quem diga que não existe lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, em razão da aplicação da pena ser regida pelo nível da culpabilidade, ou seja, o juízo de reprovação social do fato, tornando totalmente flexível a ação de diminuição da pena ou o perdão judicial, haja visto que ao colaborar, o delator demonstra menor culpabilidade. (NUCCI, 2008, pág. 446). A base para tal posicionamento de Nucci é o principio da individualização da pena, estabelecido no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, cominados com o art. 34 do Código Penal e artigos 5º, 8º, 41, XII e 92, parágrafo único, II, da Lei de Execução Penal. A dinâmica desse principio é garantir que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, circunstancias subjetivas, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

A regra constitucional é que os direitos fundamentais deverão prevalecer sobre as normas infraconstitucionais, ser observados e não restringidos, não caberia flexibilização. No entanto, a própria Constituição Federal permite exceções, como o caso do XI, art. 5º, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. (BRASIL, Constituição Federal, de 1988)

Esse tipo de exceção fez surgir no ordenamento jurídico a teoria de ponderação ou relativização dos direitos e princípios fundamentais, que cada vez mais ganha adeptos aqui no Brasil. Essa teoria na verdade, veio reconhecer que não há direitos absolutos e que toda norma de direito fundamental é relativa, passível de limitação. Acontece que afirmar que os direitos fundamentais podem ser limitados não significa dar uma carta em branco para que eles sejam suprimidos abusivamente – e talvez seja aqui a grande crítica que se pode fazer à técnica da ponderação e relativização.

O Guilherme Nucci é adepto da delação premiada, em seu posicionamento ele esclarece que esta é um mal necessário, em razão do interesse Estatal de exercer seu poder punitivo, onde inclusive é em prol de toda coletividade, cujo objetivo maior é a proteção e a manutenção do Estado Democrático de Direito. (NUCCI, 2008, pág 446)

Os direitos fundamentais não se compatibilizam com a análise de oportunidade e conveniência por parte de administração pública. O Estado não pode se utilizar da delação de forma arbitrária, por mais nobre que seja a finalidade pretendida, conquistar eficiência no seu *jus puniendi*, os fins jamais podem justificar os meios, em um Estado que se pautar pelos ideais democráticos, em que prevalece o respeito aos direitos fundamentais, ainda que, ao final, a sociedade possa se beneficiar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No presente trabalho examinamos que a delação premiada vem a ser a conduta de um dos acusados, de confessar a autoria de uma ação criminosa e de cooperar com as autoridades, admitindo até denunciar ou revelar a participação de mais pessoas envolvidas na trama delituosa, afim de que as investigações obtenha melhor sucesso, e o Estado em troca permite que o colaborador obtenha uma diminuição de sua pena ou perdão judicial, dependendo do caso concreto.

A delação premiada por sua vez no âmbito penal tem como natureza jurídica de ser uma minorante, isto é, uma circunstância que acarreta a diminuição da pena na terceira etapa do sistema trifásico de aplicação da pena feita pelo Juiz.

A tal conduta de confessar e revelar as autoridades informações necessárias para obter sucesso nas investigações, no âmbito processual admite caráter de prova, acontece que essa ação não vem a ser uma confissão *stricto sensu* e nem um testemunho contra seus comparsas, a delação seria um meio de prova extraordinária, sem previsão no Código de Processo Penal, embora tenha características semelhantes às da confissão e testemunho.

Ressalta-se que as declarações fornecidas pelo colaborador é apenas um indicador de materialidade e autoria do fato delituoso, o processo criminal deve ser instruído com mais provas, para comprovar a participação dos demais acusados, para que então o Juiz possa proferir uma decisão condenatória com a devida fundamentação, visto que a delação sozinha não tem força suficiente para embasar uma condenação.

A delação não só atinge o acusado colaborador, mas também o terceiro que é indicado ou denunciado pelo companheiro da ação criminosa. Em um processo na obtenção desse meio de prova extraordinário, deve-se observar e respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, isto é, permitir o delatado de exercer o seu direito de realizar perguntas e reperguntas no interrogatório de seu delator, permitindo que possa se defender e produzir provas suficientes em sua tese contestatória. Se não forem respeitados esses direitos fundamentais do acusado denunciado, deverá ser considerado ilícito esse meio de prova, ferindo o devido processo legal, e se tornando tal ação inconstitucional.

Ao abordamos o tratamento legislativo da delação, vimos que na Lei de Organizações Criminosas, surgiu a nomenclatura colaboração premiada, um termo mais amplo, admitindo cinco espécies, dentre uma delas a delação premiada.

O trabalho adotou o termo delação, em vista de debater justamente sobre a lesão causada ao acusado delatado, o Estado se usar a delação premiada sem qualquer critério seguro, é extremamente perigoso, já que pode levar a uma idéia equivocada de que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ceder sempre que assim ditar o interesse público. Logicamente, uma situação assim não é compatível com um Estado que se julgue democrático de direito.

Sobre a mesma ótica debatendo a inconstitucionalidade, vimos que o art. 4º, § 14, da Lei das Organizações Criminosas, incontestavelmente é afrontivo aos direitos do delator, renunciar o direito ao silêncio é garantia Constitucional, esse direito garantido teve a finalidade de colocar fim as crueldades cometidas por anos do Estado contra o cidadão, ao longo da história, visto no tempo medieval, ditadura militar, e outros acontecimentos históricos, cuja arbitrariedade do Estado foi marcante.

Depois de uma luta incesante para conquistamos direitos fundamentais a cada individuo, independente de ser criminosos ou um “cidadão de bem”, é inviável permitimos o Estado utilizar esse meio para chegar ao fim de exercer seu poder punitivo a qualquer custo, não acaba sendo compatível com o regime Estado democrático de direito que adotamos.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio, Legislação Penal Especial, 7ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2010.

ARANHA, Adalberto José de Camargo, Da prova no processo penal. 5ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 1999.

BRASIL, Código Penal, 07 de dezembro de 1940, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

BRASIL, Constituição Federal, de 1988, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL, Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm

BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm

BRASIL, Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm

BRASIL, Lei nº 9.807, de 13 de julho 1999, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm

BRASIL, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, Disponível site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 97.509, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, pág. 2, ano 2007. Disponível site: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19136024/habeas-corpus-hc-97509-mg-2007-0307265-6>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.75.226, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, pág. 45, 1997. Disponível site:

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal, 21ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2014.

CARVALHO, Edward Rocha de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Fonte do Direito, ano VI, n. 22, 75-84, abr./jun. 2006.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: enfoque criminológico, jurídico e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1997.

DA COSTA, Marcos Dangelo, Delação Premiada, ano 2008, Conteúdo Jurídico. Disponível no site: <http://zip.net/bjtjWm>

DA SILVA, Eduardo Araújo, Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, ano 2003.

DA SILVA, José Geraldo; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson; Leis Penais Especiais Anotadas, 11ª Edição, Campinas-SP, Editora Millennium, ano 2010.

DE ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo, ano 2002, Jus Navigandi, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3166>

DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. Leis penais especiais comentadas. São Paulo: Saraiva, 2014

FERREIRA FILHO. Juvenal Marques. ASPECTOS PRÁTICOS DA LEI Nº 12.850 DE 02 DE AGOSTO DE 2013. Delegados.com.br. Disponível em: <http://zip.net/bwtjqS> Acessado em: 10 maio de 2016

FRIGGI, Márcio Augusto, Artigo científico Colaboração Premiada. Disponível no site: <http://zip.net/bwtjqL>

GOMES, Luiz Flávio, Há diferença entre colaboração e delação premiada, Jornal Carta Forense, 2014. Disponível no site: <http://zip.net/bptkyD> Acessado em: 4 de maio de 2016

GRECO, Rogério, Código Penal Comentado, Editora Impetus, ano 2013.

GREGHI, Fabiana, Artigo científico A Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado, Jus Brasil, ano 2009. Disponível no site: <http://zip.net/bktj1C>

GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

HAYASHI, Francisco, Artigo científico Entenda a “delação premiada”, Jus Brasil, ano 2014. Disponível no site: <http://zip.net/bstkbQ>

JESUS, Damásio, Delação Premiada. Revista Justilex. Brasília, ano IV, n. 50, fevereiro de 2006.

LEAL, Magnólia Moreira, A delação Premiada: um questionável meio de provas frente aos princípios e garantias constitucionais, Juris Way, ano 2012. Disponível no site: http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=7663

LOBO, Iury Jim Barbosa, Delação premiada: uma análise sobre a sua validade e eficácia no curso do processo penal, ano 2016. Disponível no site: <http://zip.net/bjtjWn>

LOPES, Lorena Duarte Santos, Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal, Âmbito Jurídico.com.br Disponível site: <http://zip.net/bytkB6>

MAIA NETO, Cândido Furtado, “Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder” Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, pg. 198/215.

MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões, Artigo científico Delação Premiada breves considerações, Direito Net, ano 2007. Disponível no site: <http://zip.net/bgtjNP>

NOGUEIRA, Marden de Carvalho, A relativização dos direitos fundamentais na perspectiva do direito material e processual penal, Jus Navigandi, ano 2014, Disponível site: <http://zip.net/bytkCb>

NUCCI, Guilherme de Souza, O valor da confissão como meio de prova. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 208 apud GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 98.

NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, 5ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 2008.

PACHECO FILHO, Vilmar; E THUMS, Gilberto; Livro Leis antitóxicos: crimes, investigação e processo: análise comparativa das leis 6.368/1976 e 10.409/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEZADO, Paulo; VIRIGINIO, Jamile. Delação Premiada. Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza Ltda., ano 2009.

REIS, Eduardo Almeida, De Colombo a Kubitschek: Histórias do Brasil. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979, p. 52 apud SANTOS, Abraão Soares dos. A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 818, 29 set. 2005.

REIS, Luiz Machado, DELAÇÃO PREMIADA: REFLEXÕES SOBRE O INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, ano 2015. Disponível site: <http://zip.net/bwtjBD>

RICARDO, A Delação Premiada no Direito Brasileiro. disponível no site: <http://zip.net/brtjZf>

RODAS, Sérgio, Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais, Boletim de notícias da Consultor Jurídico, ano 2015. Disponível no site: <http://zip.net/bctj0v>

TAVARES, André Ramos, Curso de Direito Constitucional, 12ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 16ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, ano 2013.