

Delação Premiada no Projeto de Reforma do Código Penal: Nova Roupagem, Antigos Problemas

Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky
Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado criminalista. Professor de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUC-MG. Autor dos livros: Da Inexigibilidade de Conduta Diversa (Ed. Del Rey) e Da Reincidência Criminal (Ed. Mandamentos). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)

“Na hora da dura
Você abre o cadeado
E dá de bandeja
Os irmãozinhos pro delegado
Na hora da dura
Você abre o bico e sai cagüetando
Eis a diferença, mané, do otário pro malandro
Eis a diferença do otário pro malandro

E no pau-de-arara você confessou o que fez e não fez
E de madrugada gritava gemendo dentro do xadrez
Quando via o xerife se ajoelhava e ficava rezando
Eis a diferença, canalha, do otário pro malandro
Eis a diferença do otário pro malandro

E na colônia penal
Assim que você chegou
Deu de cara com os bichos que você cagoetou
Aí você foi obrigado a usar fio-dental e andar rebolando

Eis a diferença, canalha, do otário pro malandro
Eis a diferença do otário pro malandro”

Bezerra da Silva, *Na hora da dura*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde o final de junho do corrente ano, tramita perante o Congresso Nacional o Projeto de Reforma do Código Penal¹, que carrega consigo inúmeros dispositivos que, acaso aprovados, darão ensejo a mudanças significativas em determinados institutos ora em vigência em nosso ordenamento jurídico.

Dentre as propostas trazidas pela Comissão de Juristas para a Elaboração do Anteprojeto de Código Penal, está a inclusão no corpo do Código Penal da denominada delação premiada, desta feita, intitulada Colaboração com a Justiça. Não obstante o Projeto desenhe novo regramento para a aplicação do instituto, temos que este não se trata de novidade na legislação penal brasileira.

Neste cenário de mudanças, o objetivo do presente artigo é suscitar o debate a respeito do tema, a partir da nova estrutura normativa proposta pela aludida Comissão, e apontar que, em que pese as inovações apresentadas, a delação premiada continua contaminada por uma transgressão ética invencível, tratando-se de irrefragável reconhecimento do fracasso do Estado no combate à nova criminalidade.

2. CONCEITO E ORIGEM DA DELAÇÃO PREMIADA

Segundo Bittar (2011, p. 226), a palavra “delatar”, proveniente do latim, sob o ponto de vista etimológico, significa “ação de delatar, denunciar, revelar”. De Plácido e Silva, em sua obra **Vocábulo Jurídico**, ao definir “delação”, consigna que: “*originado de delatio, de deferre (na sua acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir), é aplicado na linguagem forense mais propriamente para designar a denúncia de um delito*”.

Aplicada na ciência criminal, o vocábulo encontra-se qualificado pela expressão “premiada” e consiste na assunção da própria responsabilidade dentro de uma perspectiva criminal em que o agente estava inseri-

1 Projeto de Lei n. 236/2012.

do, auxiliando na identificação dos demais envolvidos. Ante a colaboração desse agente, é facultado ao juiz a aplicação de benesses quando da análise da conduta e da pena.

Em outras palavras, consiste “na redução da pena, ou em alguns casos, até mesmo o seu perdão, para o colaborador que preencher os requisitos legais, somente sendo concedida a fim do processo criminal, na sentença condenatória” (Fonseca, Franzini, 2005, p. 9).

Segundo Laudand (*apud* Estellita, 2009, p. 2),

a delação premiada consagrada na legislação brasileira configura instituto de direito material a partir do qual, preenchidos determinados requisitos previstos em lei, poderá o imputado ser beneficiado pela autoridade judicial com redução de pena ou perdão judicial.

De origem italiana, a delação premiada, também denominada colaboração espontânea com a justiça, surgiu na década de 70, quando dos julgamentos dos delitos praticados pela famigerada máfia italiana². Em verdade, não obstante o instituto tenha sido empregado na década de 80 na Espanha, no âmbito das práticas terroristas, o modelo que de fato influenciou e influencia diversos ordenamentos jurídicos é o modelo italiano.

Grosso modo, a máfia italiana surge a partir de um acordo entre o poder público e os criminosos, com o objetivo de recuperar os bens objetos de crime. Assim, havia uma negociação, na qual a *res* era restituída e o criminoso findava impune. Posteriormente, os criminosos passaram a oferecer proteção para a camada influente política e economicamente, exigindo como contraprestação parte daquilo que era produzido ou ganho pelos protegidos. Com o tempo, sob a influência da globalização, tais relações extrapolaram a fronteira italiana, ganhando o mundo, especialmente Europa, Estados Unidos e América do Sul. Por outro lado, essa expansão representou o início de inúmeros conflitos entre as famílias, em busca de poder territorial, e da reação estatal quanto ao modelo de organização. A essa altura, o furto e o roubo passaram a serem delitos secundários, dedicando-se a organização principalmente ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro.

² Sobre a máfia italiana, ver Bittar (2011, p.228).

Conforme explica Bittar (2011, p. 228), por estarem inseridas na cultura italiana como fenômeno social e tradicional, as organizações mafiosas só foram objeto de preocupação nos idos de 1860, quando da unificação italiana, em virtude de uma preocupação quanto a uma postura institucional da relação entre política, sociedade e criminalidade.

O alastramento do terrorismo e da extorsão mediante sequestro foi o estopim para que Estado Italiano buscasse formas mais incisivas de combater a nova criminalidade, especialmente porque a elevada incidência dos mencionados crimes criava na sociedade a ideia de que as instituições públicas não eram capazes de oferecer a devida proteção. No aspecto sancionatório, além do aumento das penas, foram criados instrumentos que possibilitassem a quebra do vínculo no interior das organizações,

“através de normas especiais que, por um lado, agravassem as sanções dos autores dos crimes e, por outro, possibilitassem a concessão de atenuante a quem, dissociando-se dos cúmplices, ajudasse as autoridades a evitarem consequências do crime, ou colaborasse na elucidação dos fatos, ou na identificação dos demais agentes. (Bittar, 2011, p. 230).

Essa normatividade especial implementada pela Itália buscou adotar tratamento diferenciado aos colaboradores em inúmeros aspectos, relacionados à investigação, ao direito material, ao direito processual e até mesmo ao direito penitenciário, o que possibilitou o êxito quanto ao controle da máfia.

Segundo Bittar (2011, p. 231), em 1974, por meio da Lei 497, o denominado direito premial foi introduzido no ordenamento italiano e, no tocante à delação premiada, seu art. 6º e trouxe uma atenuante aplicável àqueles envolvidos que auxiliassem a vítima a recobrar a liberdade sem o pagamento de resgate.

Posteriormente, outras normas foram elaboradas no mesmo sentido. A Lei 15 de 1980, além de criar novos tipos penais, estabeleceu benesses relacionadas à delação, nos casos em que um envolvido se desvinculasse da organização criminosa e se esforçasse para evitar consequências da atividade criminosa, ou ajudasse à autoridade policial e a judicial a

localizar provas, bem assim capturar os demais participantes. Nesta situação, a prisão perpétua era substituída pela pena de reclusão de 12 a 20 anos, e algumas penas reduzidas de um terço a metade. Ante o êxito da citada medida, em 1982, com a Lei 304, foi aumentado o patamar de redução da pena e sendo expandidas as hipóteses de colaboração, que, desta feita, englobaria também aquele que simplesmente se dissociasse do grupo, numa espécie de colaboração passiva.

Essas duas leis (15 e 304) trataram das figuras do “dissociado”, do “arrependido” e do “colaborador”, cada um com um regramento específico.

Assinala Pellegrini (1995, p. 78) que o **“arrependido”** consiste naquele indivíduo que antes da sentença condenatória dissolve a organização, se retira desta, ou se entrega espontaneamente, oferecendo informações acerca da organização, ou, ainda, impede a execução dos crimes para os quais esta se instituiu, aplicando-se a extinção da punibilidade. Ademais, àquele que se entrega à autoridade policial ou judicial antes de ser expedido o mandado de prisão, pode ter esta medida substituída por outra mais branda.

Já o **“dissociado”**, que antes da sentença condenatória, atua no sentido de evitar ou amenizar as consequências do crime ou impede novos crimes e confessa a participação, é concedida a redução da pena e a substituição da prisão perpétua pela reclusão, de quinze a vinte e um anos.

O **“colaborador”**, além de todas as posturas acima, auxilia na obtenção de provas, individualização das condutas e captura dos demais membros, razão pela qual pode ter a pena reduzida pela metade, bem como ter substituída a prisão perpétua pela reclusão de dez a doze anos.

Foi também no ano de 1982 que o crime de associação mafiosa foi criado, passando a fazer parte do Código Penal Italiano, por meio da Lei “Rognomi- La Torre”. Segundo Bittar (2011, p. 232), o destino da máfia começa a ser traçado com a inserção deste tipo penal e, de posse dos depoimentos de integrantes da máfia, foi iniciado em 1986 o denominado “maxiprocesso”, que houve por obter a condenação da maioria dos réus, inclusive daqueles conhecidos por *capimafia* (cabeças da máfia). A estratégia foi introduzida também quanto ao crime de tráfico de drogas.

Em 1991, com o assassinato do juiz Rosário Livatino, aumentou-se a pressão, especialmente advinda dos magistrados da Sicília, no sentido de que o combate às organizações criminosas se desse de modo mais incisivo, razão pela qual com a Lei 82, de 14 de março de 1991, foi disciplinada a proteção aos colaboradores e testemunhas. Dentre as medidas de proteção, estavam a assistência ao colaborador, bem como à sua família, a troca de endereços e documentos e o dever de sigilo. Por fim, a Lei 203, de Julho de 1991, trouxe mais benefícios aos mafiosos colaboradores.

Sob o aspecto processual, as declarações dos colaboradores tidos como suspeitos são analisadas criteriosamente. Somente é aceito como prova aquele testemunho que restar corroborado pelas demais provas produzidas. Assim, o exame da declaração passa pela análise da credibilidade do declarante (personalidade, passado, relação com os acusados), da confiabilidade da informação (precisão, coerência, seriedade) e da ratificação por outras provas.

Já na fase penitenciária, o tratamento conferido segue a mesma lógica do direito material, isto é, o recrudescimento aos que se mostram irreduzíveis à colaboração, e a flexibilização para os colaboradores, com inúmeras facilidades de obtenção de melhorias na execução da pena.

Em 2001, foi realizada uma grande reforma nos vários campos da normatividade premial. As principais modificações se deram no âmbito do direito processual, ante o fenômeno da progressão acusatória, ou seja, da “desistência” do colaborador na fase processual, em virtude do descontentamento quanto à proteção oferecida.

Em que pese a nítida estruturação normativa italiana com o objetivo de deter e responsabilizar a máfia, a *operazione mani pulite*, inicialmente aclamada pela população italiana, foi ganhando espaço na crítica ante os abusos cometidos pelo Ministério Público e pelos juízes, especialmente “pelos exageros apontados nos encarceramentos preventivos, tanto que a operação passou a ser apelidada pela imprensa de ‘operação algemas fáceis’” (Pellegrini, 1995, p. 85). Iniciava-se um embate entre os operadores do Direito, divididos entre o argumento de combate à criminalidade e do respeito às garantias fundamentais.

O legado que se pode extrair das raízes da delação premiada, é que a sua criação foi influenciada pelas circunstâncias e idiossincrasias peculiares da Itália naquele momento, e que, conforme se abordará em seguida, o transplante de tais ideias para o ordenamento jurídico brasileiro representou um equívoco do legislador, mormente pelas diferenças de criminalidade e pela discrepante estrutura.

3. INSERÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

Uma digressão quanto ao percurso da legislação brasileira demonstra que a delação premiada ganhou seus primeiros traços ainda nas Ordenações Filipinas, em vigência de 1603 a 1830, e que consignava a faculdade de se perdoar o indivíduo que delatasse conspirações ou conjurações, bem como fornecia dados que ajudassem na prisão dos envolvidos (“Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”) (Bittar, 2011, p. 240).

No entanto, o termo inicial do instituto, já com a denominação de delação premiada, teve início após a promulgação da Constituição Federal que, inspirada no Movimento da Lei e Ordem, trouxe dispositivo acerca da criação da lei dos crimes hediondos (art. 5º, inciso XLIII, da CF).

Influenciados pela excitação gerada pela operação italiana *mani pulite*, bem assim pelo clamor social advindo da sensação de insegurança incrementada pelos meios de comunicação sensacionalistas e pelo aumento do crime de extorsão mediante sequestro de pessoas tidas como importantes, a primeira imersão do instituto sob análise no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com o advento da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Com a mencionada lei, foi introduzido o §4º no art. 159 do Código Penal, e o primeiro direito premial, que inovou trazendo uma causa de diminuição de pena aplicável àquele que coautor ou participe da extorsão mediante sequestro, praticada por quadrilha ou bando, que auxiliasse na localização das vítimas. Mais tarde, via modificação ensejada pela Lei 9269/96, ampliou-se o rol de aplicação da delação premiada, ao permitir o reconhecimento do instituto diante do mero concurso de pessoas, de forma que o tipo penal do art. 288 do Código Penal passou a ser dispensável para a concessão do prêmio.

Além da previsão legal quanto ao crime de extorsão mediante sequestro, a Lei de Crimes Hediondos, especificamente em seu art. 8º³, trouxe outra possibilidade de delação premiada, desta feita, estabelecendo causa de diminuição de pena, no patamar de um a dois terços, aplicável exclusivamente ao crime de bando ou quadrilha, constituído para a prática de crimes hediondos, de tortura, tráfico de drogas ou terrorismo, para o participante ou associado que necessariamente auxilie no seu desmantelamento, através da delação à autoridade competente.

Destaca-se que, muito embora tenha sido a primeira aparição da delação premiada, o seu uso foi extremamente restrito, em razão da ausência de normas procedimentais quanto à sua aplicação, tema que acabou ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência, e, ainda, pelo fato de não ter sido oferecida qualquer forma de segurança ao delator.

Posteriormente, precisamente 5 anos depois, a lei que instituiu meios operacionais de prevenção e repressão ao crime de bando ou quadrilha e à famigerada organização criminosa, novamente trouxe a delação premiada como instrumento de investigação. Criticada por se omitir quanto a uma definição autônoma de criminalidade organizada, o art. 6º da Lei 9.034/95, igualmente, prevê a incidência da causa de diminuição de pena, com redução de um a dois terços, nos crimes praticados por organização criminosa, ao agente que colabora de modo espontâneo, de tal forma que consiga contribuir para a elucidação da infração penal e sua respectiva autoria.

Dois meses após a aprovação da Lei 9.034/95, foi promulgada a Lei 9.080/95, que teve por objetivo ampliar as hipóteses de aplicação da delação premiada. Para tanto, inseriu um parágrafo no art. 25 da Lei 7.492/86 e um parágrafo no art. 16 da Lei 8.137/00.

3 Há quem diga que o art. 8º da Lei 8.072/90 foi tacitamente revogado. “Deve ser destacado que, embora o legislador – em consequência da promulgação de leis posteriores e que também tratavam do beneplácito – não tenha sido explícito quanto à revogação das hipóteses de delação premiada previstas nas Leis 8.072/1990 (parágrafo único do art. 8º) e 9.269/1996 (§ 4º do art. 159 do CP); a amplitude concedida ao instituto por força da Lei 9.807/1999, segundo Alberto Silva Franco, teria revogado a Lei 9.269/1996, ao não estruturar novos tipos incriminadores sobre determinada matéria de proibição ou reformular tipos preexistentes, tendo apenas o duplo objetivo de estabelecer normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítima e testemunhas ameaçadas, aliadas ao fato de o texto dos arts. 13 e 14 desta lei ter criado as hipóteses de perdão judicial e de causa redutora de pena, com ampla abrangência e sem nenhuma vinculação a determinados tipos legais, também não houve manifestação explícita sobre a hipótese de não contemplar a Lei 9.807/1999 a exclusão de sua incidência o § 4º do art. 159 do CP e o parágrafo único do art. 8º da Lei 8.072/1990 e, finalmente, por se tratar (no caso da Lei 9.807/1999) de norma penal mais benéfica, devendo retroagir, conforme determinação do art. 5º, XL, da CF/1988” (Bittar, 2011, p. 244-245).

O que permite asseverar que este foi o momento em que a banalização do instituto da delação premiada, definitivamente, restou concretizada reside no fato de que a possibilidade de sua concessão não era mais restrita apenas aos crimes de maior gravidade [...] não só em face das penas cominadas nas normas incriminadoras descritas na Lei 8.137/1990, bem como por restarem inseridas em uma modalidade criminosa (crimes fiscais) em que funções preventivas geral e especial da pena foram, absolutamente, minimizadas, em face da política despenalizadora que envolve essa modalidade delitiva o Brasil. (Bittar, 2011, p. 249).

No mesmo sentido, seguiu a Lei de Lavagem De Capitais (Lei 9.613/98), que, em seu art. 1º, §5º, registrou a possibilidade de ser aplicada a delação premiada. Contudo, nesta oportunidade, o legislador houve por colocar à disposição do julgador um rol maior de institutos aplicáveis ante a colaboração do autor, coautor ou partícipe. Diferente dos outros dispositivos que instituíram a delação premiada, que previam unicamente a diminuição da pena, tratando-se de crime de lavagem de dinheiro, será permitida a redução da pena, devendo ser cumprida em regime inicialmente aberto, perdão judicial ou substituição por pena restritiva de direitos. Neste ponto, vale esclarecer que, segundo Cervini Sanchez (1998, p. 344), para fins de delação premiada só terá acolhida a colaboração do agente que assume a sua responsabilidade e aponta outros envolvidos. Quando a colaboração se restringir à localização de bens e direitos ou valores objeto do crime, será o caso de mera confissão premiada. Insta registrar que, mais uma vez, o legislador, seguindo a tendência de banalização da delação premiada, inseriu o instituto sem trazer qualquer norma procedimental que regulasse a sua aplicação.

Até então, todas as hipóteses de delação premiada estavam diretamente relacionadas a crimes específicos e, portanto, possuíam aplicação restrita. No entanto, com a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas), o instituto se estendeu a todo e qualquer delito, trazendo duas possibilidades de desdobramento. O primeiro deles consiste no perdão judicial para os colaboradores primários, que contribuíram efetivamente e de forma voluntária para a investigação e a instrução, desde que resulte em : “I- a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação

criminosa; II-a localização da vítima com a sua integridade física preservada: III- a recuperação total ou parcial do produto do crime.” Lado outro, os reincidentes ou aqueles que em decorrência da sua personalidade ou das circunstâncias do crime não fazem jus ao perdão judicial, restará a redução da pena de um a dois terços. A lei em comento inovou ao trazer dispositivo que cuida da proteção aos colaboradores.

Não obstante a expansão do direito premial para todo e qualquer crime, conforme a lei supramencionada, o legislador, quando da elaboração da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), contrariando a anterioridade e o caráter benéfico da Lei 9.807/99 (Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas), houver por trazer novamente hipótese autônoma e restrita de delação premiada, cujo prêmio consiste somente na redução da pena em caso de condenação, para aquele que auxiliar na identificação dos demais envolvidos, bem assim na recuperação total ou parcial do produto do crime. Observa-se que, desta feita, não restou prevista em lei a possibilidade da extinção da punibilidade pelo perdão judicial, caracterizando nítida negligência em relação ao conflito intertemporal entre normas penais, no termos do art. 5º, inciso XL, da CF/88. Por certo, o art. 41 da Lei 11.343/06 (Lei de Tóxicos) já nasceu com restrição de aplicabilidade, tendo em vista que, estando a Lei 9.807/99 em plena vigência, trazendo em seu bojo norma premial mais favorável ao réu aplicável a qualquer diploma repressivo, não pode o juiz, diante de uma delação premiada, ignorar que esta se trata da opção mais benéfica.

No tocante à inserção da delação premiada no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que, ao contrário do modelo italiano, objeto de inspiração do legislador brasileiro, houve aberta preocupação em alargar progressivamente a possibilidade de aplicação do instituto, culminando no seu emprego em todo e qualquer delito. Assim, até o presente momento, encontra-se em segundo plano qualquer adaptação normativa que tenha por escopo estabelecer um regramento processual para a questão sob discussão, ou mesmo que seja direcionada para uma real eficácia e legalidade. Somado a isso, temos a negligência quanto a uma normatização que confira eficácia e validade à delação.

Ademais, assinala Bittar (2011, p. 259) que, na Itália, os delatores são denominados de arrependidos, o que demonstra o espírito de resgate social daquele indivíduo, com função de prevenção especial. Embora tão utilitarista como no Brasil, a incompatibilidade insuperável em relação ao

modelo italiano fica clara ao se vislumbrar que aqui não se tem qualquer preocupação em recuperar o criminoso delator.

A problemática que envolve a delação premiada, sob seus vários aspectos, parece estar longe de ser pacificada.

4. DELAÇÃO PREMIADA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL: NOVA ROUPAGEM

Em 2011, por intermédio do Requerimento nº. 756, de iniciativa do Senador Pedro Taques, foi aprovada pelo Senado Federal a constituição de uma Comissão de Juristas para a Elaboração de Anteprojeto de Código Penal. Para tanto, foram nomeados membros com notório saber jurídico, representantes das mais diversas classes. Como já dito, o anteprojeto foi entregue ao Senado no final de junho do presente ano.

Dentre as inúmeras modificações propostas pela aludida Comissão, a qual teve como um dos objetivos condensar a legislação penal, atualmente espalhada ao longo de infindáveis leis, temos a criação da figura do Imputado Colaborador, que, em verdade, trata-se da já conhecida delação premiada.

Assim, ao inserir o instituto em testilha no art. 160 do Anteprojeto, verifica-se a nítida intenção dos membros da Comissão de que sua aplicação se dê em qualquer delito, independente da sua natureza ou da pena cominada. O citado artigo ganhou a seguinte redação:

Imputado colaborador

Art.160. O juiz, a requerimento das partes, concederá o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade, se o imputado for primário, ou reduzirá a pena de um a dois terços, ou aplicará somente pena restritiva de direito, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

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

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

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

Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo exige acordo que será celebrado entre o órgão acusador e o indiciado ou acusado, com a participação obrigatória do seu advogado ou defensor, respeitadas as seguintes regras:

I - o acordo entre as partes, desde que tenha efetivamente produzido o resultado ou os resultados mencionados no caput deste artigo, vinculará o juiz ou tribunal da causa;

II - a delação de coautor ou participe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos probatórios convincentes;

III - ao colaborador da Justiça será aplicada a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas;

IV - oferecida a denúncia, os termos da delação serão dados a conhecimento dos advogados das partes, que deverão preservar o segredo, sob as penas da lei.

No que tange às consequências ao colaborador, não se verifica qualquer inovação por parte do Anteprojeto, que se restringe às hipóteses já existentes no ordenamento jurídico atual, quais sejam, o perdão judicial, a redução da pena e a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito.

A novidade fica por conta do parágrafo único do dispositivo em comento, que, em óbvia tentativa de afastar as críticas contumazes em relação à delação premiada, determina que a aplicação da norma premial exige acordo formal entre o órgão de acusação e o colaborador, com participação obrigatória do advogado ou defensor. Trata-se de manobra com vistas a impedir qualquer tentativa futura de arguição de invalidade da delação.

Ademais, o mesmo parágrafo único elenca uma série de condicionantes à colaboração, estabelecendo requisito no âmbito da sua eficácia, considerando que a delação somente terá repercussão jurídica caso efetivamente logre identificar os envolvidos, localize a vítima com sua integridade física preservada, ou, ainda, recupere total ou parcialmente o

produto do crime. Nesse caso, haverá vinculação do juiz ou Tribunal da causa, tornando a aplicação das benesses obrigatória. Vê-se a preocupação dos membros da Comissão em sanar crítica antiga, advinda especialmente dos defensores, acerca da inexistência da garantia de que, diante de uma colaboração ativa do partícipe ou coautor, o juiz irá, quando de uma sentença condenatória, aplicar o beneplácito.

Seguindo o modelo italiano, o dispositivo apresentado pela Comissão condiciona a admissão da delação como prova somente quando corroborada pelos demais elementos probatórios produzidos ao longo da instrução. Cuida de entendimento já existente em nosso ordenamento processual, que ora ganha menção expressa. Bem se sabe que qualquer prova isolada nos autos não tem o condão de ensejar uma condenação, e o mesmo pode ser dito quanto à prova advinda da delação.

Ainda, fica assegurado ao colaborador a sua inserção no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas, forma encontrada pela Comissão de incentivar a delação, já que, não é rara a retaliação por parte dos delatados.

Por fim, após o oferecimento da denúncia, será dada ciência acerca dos termos da delação às partes e seus defensores, que estarão sob o dever do sigilo.

Não se pode negar que, em termos de comparação em relação ao modelo italiano, a proposta da Comissão representa um avanço ao tentar oferecer algumas garantias ao delator. Inolvidável a sua boa intenção em tentar conciliar e apresentar solução para problemas que há muito se abatiam sobre o instituto da delação premiada. Todavia, não obstante a louvável tentativa, qualquer esforço no sentido de viabilizar a delação premiada se acha fadado ao fracasso, tendo em vista que, sob o ponto de vista ético, o problema é intrínseco ao instituto, apresentando-se insuperável, seja qual for a diretiva normativa. Trata-se de um novo regramento, que carrega consigo antigos e já conhecidos conflitos.

5. ASPECTOS CRÍTICOS DA DELAÇÃO PREMIADA: VELHOS PROBLEMAS

Os questionamentos suscitados pelo tema da delação premiada ultrapassam as fronteiras do direito material, alcançando debates acerca da conveniência político-criminal, das implicações processuais e seu valor probatório, bem como da barreira ética inerente ao espírito do Estado Democrático de Direito.

Já de início, numa análise ampla da delação premiada, pode ser detectada a incompatibilidade do instituto com o exercício da defesa do acusado, tanto da defesa técnica, quanto da autodefesa, que se mostram amarradas numa postura do delator como acusador de si mesmo, em franca dissonância com o princípio do contraditório e da ampla defesa. O caráter amplo de esvai diante de uma situação em que o delator sequer pode tentar a sua absolvição. Por certo, um Estado comprometido com os ditames democráticos não poderia sequer cogitar em dar guarida a um instituto que viola um de seus princípios fundamentais.

O processo em que se faz presente o instrumental da delação premiada faz transparecer mera formalidade defensiva, sem qualquer possibilidade que a mesma seja efetiva. A necessidade de que o agente, para que obtenha favores do julgador, colabora efetivamente, revelando sua participação, de terceiros, detalhes da ação criminosa etc., estabelece a ampla defesa como mera promessa vã do texto político. (Tasse, 2006, p. 277).

Como bem alerta Tasse (2006, p. 277), não fosse suficiente o prejuízo à defesa, a delação premiada vem sendo empregada como ônus processual, sob pena de prisão, ao argumento de que o investigado não colaborou, transformando-se, portanto, em verdadeiro instrumento de tortura. Nessa perspectiva, “não resta alternativa a dizer o que o acusador quer ouvir, verdade ou não, mas o que o acusador quer ouvir”, especialmente o acusador que ora se esquece do seu papel de fiscal da lei.

A delação premiada não se constitui em um recurso moderno do processo penal, assim como não se apresenta como repercussão de nenhum avanço especial havido na persecução penal. Em verdade, a delação premiada sempre representou, juntamente com a prática da tortura, uma das ferramentas fundamentais dos processos arbitrários, em especial os medievos de índole inquisitorial. (Tasse, 2006, p. 274).

A violação à ampla defesa cuida de problema intrínseco à delação premiada, de tal forma que a nova proposta normativa trazida pelo Anteprojeto de Código Penal não enseja qualquer modificação.

Ademais, como já abordado, ao se encontrar diante de uma situação em que um cidadão almeje fazer uso do beneplácito, questão que não poderia ser ignorada pelos defensores, de esclarecimento obrigatório ao delator é a ausência de garantia de que, ao final do processo, o magistrado iria reconhecer a existência da delação premiada. A nova proposta do Anteprojeto de Código Penal, que determina a vinculação do juiz e do tribunal, carrega nítida intenção de solucionar essa questão. Todavia, observa-se que tal vinculação está condicionada ao efetivo resultado, ou seja, as informações devem de fato auxiliar na identificação dos envolvidos, na localização da vítima ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Assim, não obstante a expressa menção à vinculação do Juízo e da exigência de um acordo formal entre acusação e delator, a garantia de aplicação continua inexistente, vez que continua pendente do livre convencimento acerca do efetivo resultado (mesmo porque o reconhecimento da delação está atrelado a um édito condenatório). O acordo, portanto, não representa evidente avanço no tratamento do instituto, persistindo a insegurança jurídica que o ronda.

Observa-se que, desde que a delação premiada foi inaugurada em nosso ordenamento jurídico, inúmeras críticas foram tecidas em relação ao instituto, travou-se um embate entre os operadores de direito e uma rejeição explícita por parte destes. De todo o imbróglio, a questão ética que envolve o direito premial parece ser insuperável.

Decerto, a delação não pode ser qualificada como algo diverso da traição. A traição é institucionalizada e incentivada pelo Estado e, sob a tónica da ética, inquestionável que tal postura não é merecedora de aplausos. Em nome de um pretenso combate à criminalidade, a delação promove a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios. Através delação, o Estado oferece uma recompensa àquele que, além de criminoso, é desleal.

Embora a moral e o direito não se confundam, até mesmo em razão da amplitude que cada campo oferta, mais amplo naquele, ao objeto estudado, é também correto afirmar que quando se constrói o sistema jurídico não pode este servir ao desenvolvimento de uma moral contrária aos postulados éticos que permitem a prosperidade de toda comunidade. (Tasse, 2006, p. 275).

Para amenizar o conflito ético, o Estado tenta transmitir a percepção de que o delator é um colaborador, interessado em auxiliar a persecução penal e está arrependido dos atos delituosos cometidos, acobertando o fato de que, tanto um, quanto outro, agem por motivos essencialmente utilitaristas. O Estado, de um lado, incompetente e falido na sua função investigativa, vê no delator a última saída para a obtenção de informações que levem ao êxito da persecução criminal, e o delator, de outro, permanecendo na sua “ética” da malandragem, vê na delação mais uma forma de levar vantagem, com o escopo de “se livrar” de uma sanção penal.

O cenário se mostra ainda pior quando se vislumbra a aprovação da sociedade, embriagada pelo sensacionalismo e simbolismo, que passa a ver a traição como algo positivo.

Noutro giro, o uso rotineiro da delação premiada acaba por provocar nos entes responsáveis pela segurança pública, em seu sentido mais amplo, a noção de que a delação é o caminho mais fácil para o desenvolvimento de uma investigação, enfraquecendo paulatinamente outros mecanismos de persecução penal institucionalizados. Cada delação premiada realizada caracteriza uma negligência estatal quanto ao seu dever de eficiência na apuração de crimes.

Ante a singela e perfunctória análise ora efetuada, vislumbra-se que a Comissão de Elaboração do Anteprojeto do Código Penal perdeu a oportunidade de tentar extirpar o instituto sob questionamento, o qual representa incomensurável retrocesso ao direito penal e ao processo penal ao “institucionalizar a tortura psicológica” do acusado, em nome de uma pretensa segurança e punibilidade. Como dizia Benjamin Franklin: “Quem cede sua liberdade em troca de um pouco de segurança não merece nem liberdade, nem segurança.” ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Walter Barbosa. "Delação premiada no Brasil e na Itália. Uma análise comparativa". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 88, p. 225-270, jan./fev. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 159, p.7-9, fev. 2006.

ESTELLITA, Heloisa. "A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 202, p. 2-3, set. 2009.

FONSECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. "Delação premiada: metástase política". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 156, p. 9, nov. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "O crime organizado no sistema italiano". *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil); a modernização da lei penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 262 p., 19 cm. ISBN 85-203-1354-X. p. 13-29.

PRADO, Geraldo. "Da delação premiada: aspectos de direito processual". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 873 p. ISBN 85-309-1025-7.

TASSE, Adel El. "Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval". **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 269-283, jul./dez. 2006.