

# COLABORAÇÃO PREMIADA: UM INSTITUTO QUESTIO-NÁVEL PARA A PRODUÇÃO DE PROVAS

*Edson Alves Bezerra<sup>1</sup>  
Luís Fernando Moraes de Mello<sup>2</sup>*

---

**RESUMO:** Este trabalho tem por finalidade delinear o instituto da delação premiada inspirada na Itália e nos Estados Unidos, também conhecida como colaboração processual, visa contribuir para a obtenção de subsídios investigativos probantes, diante da não funcionalidade da apuração ordinária. É cediço que esse reforço probatório é conflitante no interesse na eficiência da justiça penal, bem como violam direitos e garantias fundamentais e, salubridade na dinâmica processual, sendo necessário refletir sobre o assunto a partir de requisitos concedidos pelos princípios constitucionais e pela proporcionalidade. Nesses aspectos, nos dias atuais, vislumbra-se uma latente tensão constitucional a respeito da colaboração premiada. Assim sendo, o problema maior no direito positivado esta no feito da lei brasileira determinar uma quantidade mínima de resolução processual para a colaboração premiada, o que gera dificuldades, especialmente quanto ao procedimento a ser empregado, à maneira de gestão dos delatores, e à valoração probatória das informações dos corréus que cooperaram com a justiça. Trataremos nesta pesquisa, como a delação premiada afronta direito e garantias dos acusados.

**PALAVRAS – CHAVE:** Delação Premiada. Colaboração. Garantias. Violação. Direito Premial.

**ABSTRACT:** This paper aims to outline the Snitch Institute inspired by Italy and the United States, also known as procedural collaboration, aims to contribute to obtaining investigative testing truths, subsidies on non-functionality of the ordinary poll. Is this strengthening is probative musty conflict on interest in the efficiency of criminal justice, as well as violate fundamental rights and guarantees and wholesomeness in the dynamic procedure being

---

<sup>1</sup>BEZERRA, Edson Alves. Graduando em Direito 9º Termo pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. Graduado em Ciências Biológicas pelo Centro Universitário de Várzea Grande. Especialista em Educação Interdisciplinar e Metodologia do Ensino Superior, pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena - AJES. Especialista em Gestão Pública – UNEMAT -2015. E-mail: edson.bzr@hotmail.com.

<sup>2</sup>Possui Graduação em Direito (2006) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. É mestre em Direito (2007-2009) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, tendo como tema de sua dissertação; As Transformações do Conceito de Responsabilidade e o Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: hermenêutica e abordagem metodológica, filosofia moral e política. E-mail: luisfernandomello@yahoo.com.br.

necessary to reflect on the subject from granted by constitutional principles and requirements for proportionality. In these aspects, nowadays, there is a latent constitutional tension concerning the award-winning collaboration. Thus, the bigger problem in the right positivado this in brazilian law made not determine any procedural resolution to award-winning collaboration, which raises difficulties, especially with regard to the procedure to be employed, in the manner of management of snitches, and the evidentiary value of information from cooperating with justice corréus. Stands still, like the award-winning collaboration right and guarantees of the accused affront.

**KEYWORDS:** Snitch. Collaboration. Warranties. Infringement. Law Pre-mial.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 A delação premiada no contexto histórico; 3 A delação premiada frente o crime organizado; 4 Hipóteses de delação premiada na legislação brasileira; 5 Evolução na noção de procedimento; 6 A importância do procedimento como direito fundamental; 7 Aspectos relevantes no procedimento da delação premiada; 8 Princípios constitucionais e a delação premiada; 9 Atuação do parquet e do defensor; 10 Entendimento jurisprudencial a respeito da delação premiada; 11 Colaboração premiada: medida legal antiética; 12 Inversão na hierarquia do ordenamento jurídico; 13 Inconstitucionalidade textual: renúncia ao direito de silenciar (artigo 4º, parágrafo 14); 14 O valor probatório da delação premiada (quando a delação premiada se torna prova ilícita voluntária); 15 A coação como vício de consentimento na delação premiada (delação espontânea ou voluntária); 16 Considerações Finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante dos meios ordinários de investigação ultrapassados sem atingir eficiência desejada perante os fenômenos delituosos contemporâneos denominados, crime organizado, que acontece de forma originaria, do fato de serem mecanismos apuratórios modelados sob o panorama da antijuridicidade penal clássica, qualificado pela estrutura minuciosa da lesão, praticada por sujeito ativo de caráter individual a sujeito passivo também particularizado.

Nessa esteira, as complicações na *persecutio criminis* são sentidas, principalmente em países democráticos, no sentido de que mesmo em períodos de emergência, recorrer a mecanismos normativos ou métodos investigativos que não se tornam compatíveis de modo substancial com os princípios fundamentais de sustentação normativa do Estado de Direito,

confirmados na Constituição Federal.

As dificuldades de efetividade na perseguição criminal predominam a partir da comprovação não exagerada de que o acontecimento das organizações criminosas, associada à criminalidade, é recorrente e difuso que em breve, passará a ser ponderado como a maneira típica de crime moderno, certamente sustentando-se assim no futuro. Dessa forma, parte-se de uma comprovação de princípio no sentido de que a alcançar resultados positivos no combate ao crime organizado, é necessário adotar métodos especiais de inteligência e investigação, inferência da qual surge à questão de maior interesse e complicação, no âmbito dessa pesquisa, que objetiva refletir de que maneira a lei, ou a sua ausência, interpretação judicial, poderão formar as pretensões a uma resposta institucional respeitável com a racionalidade técnica e, a integração constitucional.

É cediço nesse panorama fático-jurídico, no qual é impossível fixar um ponto de equilíbrio, de modo relativo e estável entre, numa visão o interesse social no esclarecimento do fato criminoso e de sua autoria e, por outro lado, a garantia da pessoa, que a delação processual se encaixa como pensamento de reforço e, aperfeiçoamento das técnicas de investigação, juntamente com instrumentos como o agente encoberto e a entrega vigiada.

Vislumbra-se que os dispositivos processuais que reconhecem a importância do conjunto probatório ao comportamento do autor pós-execução delituosa, tendo como marca da delação com a administração da justiça, na perseguição do crime. Tais medidas fundamentam-se em função de políticas criminais de reforço aos elementos de investigações tradicionais, consideradas insuficientes para combater as novas práticas criminosas e, desenvolvidas estruturas com objetivos ilícitos.

Nesta ótica as técnicas premiaias com objetivo de incentivar a delação processual, com a finalidade de melhorar o sistema judiciário punitivo, e uma resposta estatal célere no campo penal, por si só não é legítimo, pois tem o condão de surrupiar direitos e garantias fundamentais. É visto que encontramos problemas no bojo do instituto da colaboração premiada; tanto no seu plano fático como valorativo, por afetar princípios legitimamente do sistema penal e processual.

O instituto da colaboração premial, encontra-se em visível rota de colisão com os princípios constitucionais, dentre eles destaca-se a presunção de inocência, isonomia e a proporcionalidade, provocando custos da dinâmica do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de um entendimento de civilidade jurídica. Para combater o crime organizado é preciso técnicas investigativas modernas e eficientes, porém que não afrontem direitos e garantias fundamentais, sendo que o crime organizado surgiu por falhas do próprio estado.

Por outro lado, uma corrente de doutrinadores salienta que, as re-

gras premiais integram a classe do arrependimento processual refuta se ao arrependimento substantivo, por não incluírem no campo da afronta ao bem jurídico, por trazerem representações de pragmatismo sobre a elucidação do fato, a identificação e prisão de seus autores, assim ostentando a colaboração premiada como uma maneira eficiente de enfrentar o crime organizado.

No meio jurídico, mesmo relativizando direitos e garantias constitucionais a quem defende que a perspectiva de benefícios ao colaborador não surge como contraprestação de um comportamento do indivíduo uma espécie de contra ofensiva do bem jurídico lesado, porém uma consequência positiva no processo penal, a partir da delação a autoridade policial e o Ministério Público terão uma consistência para continuar a apuração do fato delitivo.

Ademais, de forma ampla nesse mesmo sentido da colaboração premiada a simples desagregação da organização criminosa, pela renúncia do bando criminoso “societas sceleris”, com referência ao passo que conexas às conjecturas de delação premiada exteriorizada pela ajuda na coleta de componentes probatórios em relação aos crimes já praticados. Desta forma, o presente estudo, além de delinear as linhas gerais do instituto premial, é refletir especialmente o conjunto probatório obtido a partir de delação premiada é questionável e, ainda a legitimidade da previsão do prêmio pela colaboração processual, o que de modo igual passa pela concretização da necessidade de desenvolvimento de técnica instrumental investigativa para lutar contra o crime organizado.

## 2 A DELAÇÃO PREMIADA NO CONTEXTO HISTÓRICO

A Colaboração Premiada vinculada a um prêmio não é tema novo, entretanto, há mais de dois mil anos, o estrategista e general Sun-Tzu trouxe para o mundo o pensamento de que é moral o emprego de espões para se conhecer o inimigo por meio de delação, até mesmo com o pagamento de prêmios em dinheiro.

Segundo Estrêla<sup>3</sup> o general Sun-Tzu<sup>4</sup> considerava inteligentes os homens que utilizavam desse método para antecipar uma operação militar, de-

<sup>3</sup>ESTRÊLA, William Rodrigues Gonçalves. *Delação premiada: análise de sua constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033704.pdf>. Acesso em 15 de Agosto de 2016.

<sup>4</sup>Sun Tzu falava de guerra como poucos. Contemporâneo de Confúcio, viveu numa época em que a filosofia era munição poderosa para a arte das estratégias e táticas militares. Na China de 2,5 mil anos atrás, conflitos armados funcionavam como rituais genuínos e envolviam convenções impensáveis nos dias de hoje. Não se abatiam homens velhos durante a luta, por exemplo. Um governante de bom-senso não massacrava cidades inteiras e as ordens de um comandante, em larga medida, eram baseadas em presságios de adivinhos que ficavam no próprio campo de batalha. Entre magos e filósofos, muitos reis ficavam com a segunda opção e colocavam pensadores à frente de seus exércitos. Sun Tzu, ou Mestre Sun, era o mais famoso deles.

nominando esta atitude de talento organizacional precioso para a liderança. Vislumbra historicamente, a colaboração com paga quando o discípulo Judas Iscariotes, mediante a troca de trinta moedas de prata, entregando Jesus Cristo aos príncipes dos sacerdotes dominante da época.

No sistema inquisitivo na idade média, utilizavam-se a colaboração do corrêu, porém separavam a colaboração obtida sob tortura da obtida de maneira espontânea. O delator que apresentava espontaneamente tinha o condão de prejudicar outra suspeita, sendo assim, nesse período, a colaboração tinha valor probatório como indicio, pois havia suspeita que da boca do correu era mais fácil vir à mentira do que a verdade.

O iluminista Cesare Beccaria<sup>5</sup> tratou da Colaboração Premiada,

De uma parte, as leis castigam a traição; de outro, autorizam-na. O legislador, com uma das mãos, aperta os laços de sangue e de amizade e, com a outra, dá o prêmio àquele que os rompe. Sempre em contradição com ele mesmo, ora tenta disseminar a confiança e encorajar os que duvidam, ora espalha a desconfiança em todos os corações. Para prevenir um crime, faz com que nasçam cem.

Durante muito tempo, colavam-se cartazes em locais públicos com intuito de angariar informações que contribuíssem para a prisão de suspeitos procurados, quem colaborasse era recompensado por um prêmio em dinheiro. Nos dias atuais, essa maneira de colaboração, com pagamento em dinheiro, ainda empregada, diferenciando daquela, os fatos de que as fotos são virtuais, e estão disponíveis nas paginas eletrônicas da rede internacional de computadores.

Ressalta Estrêla<sup>6</sup> que os Estados Unidos da América, por meio do Serviço Federal de Investigação (FBI), utilizam-se desse mecanismo para localização de importantes criminosos. No Brasil, o mártir da inconfidência mineira, “Tiradentes”, foi traído por Joaquim Silvério dos Reis que em troca da colaboração recebeu o perdão da sua dívida contraída perante a fazenda real.

A Colaboração Premiada<sup>7</sup> é um mecanismo pelo qual um dos suspeitos de praticar um crime, colabora de forma eficaz com informações relevantes a elucidação, identificando-os coautores, libertação de vítimas, ressarcimento ao erário, repatriação de dinheiro em troca da diminuição ou extinção da pena.

<sup>5</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>6</sup>CONSULTOR JURÍDICO: obra citada

<sup>7</sup>Colaboração Premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou participe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

No contexto histórico ao passar do tempo, nitidamente as sociedades se modernizaram, estruturaram e evoluíram de forma cada vez mais organizada, sendo que nesse período, observou-se o desenvolvimento de projetos e, o alcance que outrora de metas inalcançáveis, objetivando satisfazer os anseios de uma população complexa e paulatinamente crescente. Nesta seara jurídica, os problemas aumentaram na mesma dimensão do desenvolvimento das sociedades, tornando-as vulnerável chegando ao ponto da organização da criminalidade, iniciando assim, o crime organizado.

Segundo Maierovitch<sup>8</sup> com a profissionalização da atividade criminosa, obedecendo a hierarquia sigilosa e a participação de diversos componentes, em que essencialmente poucos conhecem os integrantes e, funcionamento da cúpula organização criminosa. Em regra a cúpula de uma organização criminosa, é formada por pessoas bem sucedidas e, com grande poder nas mãos, que dificilmente seriam descobertos pelos métodos investigatórios ordinários, o que se faz necessariamente o emprego da Colaboração Premiada, como maneira de estímulo ao esclarecimento e punição dos culpados.

### **3 A DELAÇÃO PREMIADA FRENTE O CRIME ORGANIZADO**

É evidente que a colaboração premiada insere-se em um campo de conflito, entre dois aspectos tendencialmente diferentes que se podem reconhecer de um lado, com a eficiência do sistema penal, o qual o instrumento tem por objetivo a fortalecer, e, de outro lado legitimar o sistema penal na concordância a princípios e garantias constitucionais tais como; preservação dos direitos fundamentais de liberdade, proporcionalidade entre o fato criminoso e sanção e tratamento isonômico dos suspeitos, entre outros.

Para Gazzola<sup>9</sup>, extrai-se, o primeiro obstáculos no trato do assunto que é a de saber se argumentos de suposta eficiência, por consequência, político-criminais, possa, em violação aos princípios fundamentais do sistema penal, consentir moderações com o intuito de legitimar o recurso a colaboração premiada, ou seja, até que postura a tutela penal deve ser considerada a pretensão eficácia do sistema penal.

Conforme Pereira,

No desenrolar do problema tem-se reflexo das duas concepções ideologicamente distintas, referidas acima, no campo do sistema de persecução criminal. Entender o sistema judiciário penal tão somente como espaço de tutela das liberdades e garantias constitucionais dos acusados, quase a ponto de alijar dele necessidades de verificação e

---

<sup>8</sup>MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *As Associações criminosas transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.57-76.

<sup>9</sup>GAZZOLA, op. cit. p. 85

repressão de delitos, por certo que rejeitaria, a priori, qualquer tentativa de ponderação entre razões de eficiência e garantia; posicionamento este sustentando de forma mais elaborada, em diversos trabalhos de Hassemer, que considera a funcionalidade como condição para a realização do objetivo do sistema processual somente em relação a proteção dos direitos individuais, sendo o processo penal, eminentemente, sede de tutela dos direitos de liberdade, estranho, portanto, a exigências de comprovação e repressão dos delitos os quais seriam tarefas de polícia.

Acredito que uma política criminal orientada e maneira progressiva e continua a respeito da liberdade e, de direitos constitucionais com a finalidade de ceder as reivindicações de um efetivo combate ao crime, essa modalidade colocaria em risco as conquistas do Estado Democrático de Direito, não considerando com que eficácia e, quem possa ou deva proclamá-la e defende-la.

Para Luiz Flavio Gomes<sup>10</sup> esse entendimento do sistema não permite conceder a critérios de equilíbrio funcional e valorativo do processo, desta feita porque sequer pode-se considerar possível que se procure razões de eficiência no rito processual, levando em consideração que única possibilidade em relação existente seria de antagonismo e, seria incompatível, não de equilíbrio ou tensão, mas por compreender pela necessária preferência, em qualquer hipótese, dos postulados do ordenamento penal de garantia, como efeito de uma precedência absoluta.

#### **4 HIPÓTESES DE DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

No ordenamento jurídico brasileiro, vários dispositivos legais constituíram a possibilidade de aproveitamento jurídico das declarações do delator, incluído no processo penal como elemento de prova. Nesta esteira, torna-se indiscutível a intenção do legislador de concordar com sua utilização, percebe-se que a legislação, é extremamente desordenada e lacônica em relação ao tema. A legislação pecava, especialmente pela carência de sistematicidade na previsão legal das vantagens pela colaboração dos arrependidos.

Segundo Ferreira<sup>11</sup>, até a vigência da lei 12850/13 apresentava dificuldade no procedimento a ser visualizado, sob o prisma da perspectiva processual, o pecado não era de harmonia, mas de inutilidade. O legislador pátrio não tinha se preocupada em estabelecer regramento no tocante aos procedimentos, para a colaboração premiada, o que acarretava dificuldades

<sup>10</sup>GOMES, Luiz Flavio. *Delação Premiada ponte de ouro e ponte de prata*. Disponível em <http://luiz-flaviogomes.com/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata/>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

<sup>11</sup> PEREIRA, op. cit. p. 65

e incertezas, notadamente na resolução de questões da práxis, como a ordem procedimental a ser empregado na coleta da colaboração, bem como a valoração dos meios de provas angariada aos autos pelo colaborador.

Nesse sentido, a insegurança direcionava para o Judiciário e Ministério Público, pela necessidade de completar na prática os espaços da legislação, para o indivíduo que pretendesse a delação, não existia previsão do procedimento adotado, para tomar as declarações e conseqüentemente os benefícios, outrossim, levavam para o correu a denominada responsabilidade, pois não tinha certeza, do tratamento valoração das provas reveladas pelo delator.

Segundo Masson e Marçal<sup>12</sup> é certo que a lei 12850/13, revogou expressamente a lei 9034/95, trazendo inovações importantes no âmbito material, na tipificação de condutas em relação ao fenômeno do crime organizado, haja vista a questão processual, pela incorporação disciplinar utilizando instrumentos especiais de investigação e de prova, regulamentou a interceptação ambiental, infiltração de agentes, ação controlada e delação premiada.

No tocante a colaboração processual de coautor de crimes relativos a organizações criminosas, superando-se as críticas à deficiência regulatória quanto a aspectos processuais relevantes como o procedimento apropriado para tomar as declarações do delator, os critérios formais de coleta desse mecanismo de prova no processo penal, determinou sigilo nas colaborações, respeitar a garantias e balizas na efetivação da colaboração premiada.

Os fundamentos contidos na lei 12850/13, apresentam imprecisões e lacunas, todavia nessa ótica, é indispensável o trabalho da jurisprudência e da doutrina na interpretação desse instituto e, mesmo complementação na disciplina dos delatores, o que é intrínseco a qualquer legislação, ressalta em aspectos de manifestas complexidades e tensão como o que engloba a aplicação dessa forma especial de investigação.

## **5 EVOLUÇÃO NA NOÇÃO DE PROCEDIMENTO**

A partir do entendimento do procedimento em que os atos estão vinculados na relação causa-consequência, construindo atos de condições sucessivas e consequências procedentes, com a mesma finalidade, sendo assim explicando a unidade do procedimento como constituição sucessiva determinada previamente. O novo instituto tem previsão de uma coordenação, entre os atos e procedimento que decorre da prévia ordenação procedimental, interligando cada ato como complementação do outro, com o objetivo de completar o procedimento no ato final, agrupando-se todos os atos pela finalidade do procedimento.

---

<sup>12</sup>MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 113

Segundo Frederico Valdez Ferreira, o procedimento aparece como verdadeira garantia tanto na forma como na ordem pelas quais se desenvolve o processo. Desse modo, o procedimento abrange diante de várias normas, cada uma delas regulam condutas determinadas, porém manifesta como pressuposto da sua incidência, a realização de uma atividade orientada por outra norma com esse entendimento alcançando a norma reguladora acrescido de um ato final.

Assim sendo, Choukr<sup>13</sup> explica que o processo é regulado de maneira que dele participem os interessados cujo seara jurídica, no qual se destina a produzir efeito se a participação é absorvida de tal forma que as partes no ato final, compreendendo o plano simétrico, de analogia, então o procedimento engloba o contraditório aparecendo-se complexo e articulado, extrai do gênero (procedimento), sendo a espécie (processo). Tendo em vista que o procedimento como uma base jurídica de constituição sucessiva, cuja nota distingue-se é a coordenação, por seus atos, entendendo como ato como consequência anterior e condicionante do seguinte, legalmente preestabelecidos e destinados ao mesmo fim.

## **6 A IMPORTÂNCIA DO PROCEDIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Haja vista que a evolução magistral da noção de procedimento incorporada ao aprofundamento na pesquisa em relação a “teoria constitucional dos direitos fundamentais” admitiu que atingisse o estágio presente em que o procedimento é ponderado, para além de verdadeiro aspecto legitimador da ação do Estado, um direito fundamental. Por outro lado a doutrina constitucional progrediu a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se manifesta as regras sobre procedimento e organização, carregam particular importância na presente reflexão, as luzes da existência dos direitos constitucionais por dependência, por sua natureza, por opção legislativa ou constitucional, na imposição jurídica, por necessidade de fato, de um procedimento de modo prévio e regulado.

Para Ferreira<sup>14</sup>,

O que deve ficar destacado como principal inferência do exposto quanto a relação entre procedimento e direitos fundamentais é a ideia de que o procedimento deve estar disciplinado, legalmente de modo tal que se possa considerar, com suficiente probabilidade, que o resultado alcançado pelo seu cumprimento atenderá aos direitos fundamentais em questão. Assim é que ao se reconhecer a existência

<sup>13</sup>CHOUKR. Fausi Hassan. *Garantias constitucionais da investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>14</sup>PEREIRA, Op. cit. p. 116 e 117

de um campo de tensão latente entre técnicas legislativa de reforço da investigação, como é o caso da colaboração, como é o caso da colaboração processual, e direitos fundamentais de liberdade do indivíduo, os quais limitam as próprias situações fáticas de validade do recurso ao instituto é de particular relevância o estabelecimento de normas procedimentais disciplinados minimamente a forma e o modo de introdução válida das declarações de colaborador como meio de prova no processo penal.

Para Mossin<sup>15</sup>, o exercício teórico para medição dos critérios de compatibilização com a Constituição Federal, no tocante a delação processual, nesta esteira, não encerra os problemas de conciliação entre a colaboração premiada e os direitos fundamentais que podem ser restringidos pelo instrumento investigatório. Os meios de produção de provas trazem vários pontos de conflitos com garantias constituição do processo, que determina criteriosos estudos no âmbito do contraditório, da eficácia do conjunto probatório de provas colhidas nas declarações e a extensão dos benefícios ao arrependido.

Argumenta Lopes Junior<sup>16</sup> que se preocupa com o procedimento de obtenção de provas por meio da delação premiada apresenta contornos diretamente relacionados com a tutela defensiva dos suspeitos, a disciplina da legalidade das singulares espécies de prova, de acordo com o determinado nas leis processuais, tem valor de tutela das decisões judiciais. É necessário recordar que os efeitos provenientes de uma garantia fundamental que é um requisito, através da presunção de não culpabilidade, de que a produção de provas que responsabiliza os réus, além da eficiência em sua essência, deva ser ordenada em estrita obediência aos ditames procedimentais de legalidade e formação. Ademais as formas de provas no processo, às normas e as proibições probatórias são recolhidas, não tanto para amenizar o estudo da realidade, mas para determinar uma verdade que respeite um método pelo qual preservam os direitos constitucionais dos suspeitos.

Segundo Ferreira<sup>17</sup>,

A disciplina do procedimento padrão de produção da colaboração processual, inserida pela lei 12850/13, agrega na preservação de garantias e interesses conflitantes envolvidos no tema, e qualifica o controle quanto à observância de formalidades legais que se destinam a conferir, uma última análise, proteção aos acusados, por configurar critérios de lisura do juízo.

Nesta seara Gazzola<sup>18</sup> enfatiza a estrutura de legalidade no processo

---

<sup>15</sup>MOSSIN, op. cit. p. 159

<sup>16</sup>LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 3º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>17</sup>FERREIRA, op. cit. p. 117

<sup>18</sup>GAZZOLA, op. cit.

penal, fixando procedimentos e instituindo formalmente a concretização os meios de provas, admite o progresso racional do processo e, observância do controle efetivo dessas formalidades legais, a respeito disso, a disciplinar os passos a serem observados na colaboração premiada, apesar de identificar imperfeições amplia a fiscalização formal e, por derradeiro a proteção dos acusados.

## **7 ASPECTOS RELEVANTES NO PROCEDIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA**

O anterior espaço ou vazio normativo em referencia aos critérios sensíveis de ordem do instrumento da colaboração premial fazia com que o crescimento tivesse uma expectativa de ordem propositiva direcionada a preencher a omissão legislativa, tendo como apelo ao legislador, para que suprisse o vácuo disciplinador procedimental. Esta situação agora esta modificada, sendo a regulação contida na lei 12850/13.

De acordo com Luiz Flavio Gomes<sup>19</sup> percebe-se uma tarefa difícil especialmente a gestão dos colaboradores da justiça, em relação aos temas difusos e intrincados, precisamente pela necessidade de regramento a maneira como todas as garantias e princípios em tensão, deverá ser concretizada efetivamente no movimento processual. A previsão de procedimentos é um passo importante na superação de diversos problemas até então constatados na pratica, e autoriza progresso na direção de interpretar ou questionar opções normativas escolhas normativas adotadas.

Busca-se igualmente pontos de balizamento no direito comparado, procedendo ao cotejo com a disciplina intrínseca na legislação brasileira. É imperioso levar em consideração o pensamento de que a previsão da lei 9807/99 de forma geral permitia que fosse aplicada subsidiariamente, reconhecendo ao menos em tese, sua aplicabilidade para qualquer crime.

## **8 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A DELAÇÃO PREMIADA**

Observa-se, na historicidade constitucional, que a dimensão individual dos direitos fundamentais, é mais adaptada em sua origem e sua dimensão mais elementar. A finalidade subjetiva dos direitos fundamentais obedece a circunstancias desses direitos de em menor escala ou em maior escala, desejarem uma vontade a que se adote uma dada conduta ou se expressa no poder da pretensão de produzir resultados sobre certas semelhanças jurídicas.

De acordo com Mendes<sup>20</sup>, nessa expectativa, os direitos fundamen-

<sup>19</sup>GOMES, Luiz Flavio. *Delação Premiada ponte de ouro e ponte de prata*. Disponível em <http://luiz-flaviogomes.com/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata/>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

<sup>20</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva,

tais traduzem à reinvidicação de uma ação negativa “principalmente, de respeito a liberdade da pessoa”, ou positiva de outrem, e, retribuem a competências sendo que não se cogita exigir desempenho ativo ou omissivo de outrem, contudo do poder de transformar-lhe as posições jurídicas.

Entretanto essa seja a esperança de maior destaque dos direitos fundamentais, ela coexiste com uma geração objetiva ambas sustentando uma relação de remissão e de complemento mútuo. A geração objetiva resulta da definição dos direitos fundamentais como princípios basilares da ordem constitucional.

Segundo Silva<sup>21</sup>, direitos fundamentais faz parte da natureza do Estado Democrático de Direito operando como limite do poder e como direção para sua ação. É visto que a constituições democráticas admitem um sistema de valores que se revelam e positivam os direitos fundamentais.

Para Mendes<sup>22</sup> essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis.

Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, providas de particulares ou de outros Estados.

Nesta perspectiva dever de proteção mostra-se associado especialmente, porém não de modo exclusivo, aos direitos a integridade física, a liberdade e à vida. Nesse sentido o Estado deve elaborar medidas se necessário até mesmo de ordem penal que resguardem de modo efetivo os direitos fundamentais.

Com esse enfoque, vislumbra-se que os direitos de defesa proporcionam uma aparência de direito a prestação positiva, na possibilidade em que a estatura objetiva dos direitos fundamentais, exige a adoção de providências, quer jurídicas, quer materiais de abrigo dos bens protegidos. Dessa forma se confirma que a alegação de que a dimensão objetiva intervém na dimensão particular dos direitos fundamentais, neste sentido concedendo-lhe reforço de efetividade.

De acordo com David Araújo e Serrano Nunes Junior<sup>23</sup>, os direitos

---

2014.

<sup>21</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>22</sup>MENDES, op. cit. p. 168.

<sup>23</sup>ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. Sa-

fundamentais apresenta as seguintes características;

*Historicidade*: nascendo no Cristianismo, possuem caráter histórico, passando pelas varias revoluções e chegando aos dias atuais;

*Universalidade*: destina-se a todos os seres humanos, de forma indiscriminada. Nessa esteira aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>24</sup>, o pensamento de se constituir por escrito um rol de direito em favor de pessoas, de direitos com o cunho de superioridade ao próprio poder que os reconheceu e concebeu, não é nova.

O art. 5.º, *caput*, da CF/88 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo -se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos. O rol é meramente exemplificativo, no tocante aos direitos e garantias expressamente na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela incorporados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

De acordo com Pedro Lenza<sup>25</sup> o *caput* do art. 5º, expressa referência unicamente a brasileiros natos ou naturalizados e, estrangeiros residentes na Republica Federativa do Brasil. Entretanto, a estes destinatários expressos, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina vêm acrescentando, por meio de interpretação sistemática, os estrangeiros que não residem, como por exemplo, as pessoas jurídicas, os apátridas e os turistas.

Assim sendo, não seria impeditivo, que um estrangeiro, apenas de passagem pelo Brasil, ilegalmente preso, pudesse impetrar habeas corpus com a finalidade de proteger seu direito de ir e vir. Contudo, deve-se verificar, é claro se o direito garantido não apresenta algumas características, como ação popular, que só pode ser impetrada pelo cidadão.

Salienta Mendes<sup>26</sup>, que no âmbito das classificações dos direitos fundamentais, planeja-se, por vezes, afastar os direitos das garantias. No Estatuto Político, há direitos com finalidade imediata um bem específico “liberdade física, honra e vida”. Porém há outras normas que resguardam esses direitos de modo indireto, ao limitar, procedimentalmente por vezes, o exercício do poder. Neste contexto essas regras dão origem aos direitos-garantia, as denominadas garantias constitucionais.

É certo que as garantias constitucionais asseguram ao individuo a possibilidade de cobrar dos poderes públicos o cumprimento ao direito que

raiva: São Paulo. 9 ed. 2005.

<sup>24</sup>Manoel Gonçalves Ferreira Filho é um advogado, jurista, político e professor brasileiro. Foi titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Ministro da Justiça em caráter interino.

<sup>25</sup>LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>26</sup>MENDES, op. cit. p. 169.

instrumentalizam. Diversos direitos com previsão nos incisos do art. 5º da Constituição Federal se ajustam a esse tema. Observa-se, por exemplo, os princípios ali consignados de direito processual penal. Acrescenta Virgílio Afonso da Silva<sup>27</sup>, nem sempre, apesar disso a fronteira entre uma e outra categoria demonstra límpida, o que na verdade, não apresenta relevância prática, sendo que nossa Carta Magna confere tratamento, igualitário as garantias fundamentais.

## 9 ATUAÇÃO DO PARQUET E DO DEFENSOR

Certo que o Ministério Público previamente deve ser informado pela autoridade policial, a respeito da possibilidade e, se concretizar a delação processual e manter contato com o acusado para confirmar a voluntariedade das informações e, da ciência das consequências para efetivar o benefício. Primeiramente atuará como *custo legis* da atividade policial e, por conseguinte dos direitos fundamentais do acusado. Além disso, cabe ao representante do parquet à legitimidade exclusiva para propor o acordo de colaboração premiada, podendo ser realizada de forma isolada, ou em conjunto com o acusado ou investigado.

A lei 12850/13, é clara e não deixa dúvida, que iniciada a ação penal o Ministério Público tem legitimidade para o oferecimento da proposta premial. Por outro lado, quando se tratar da fase pré-processual, os parágrafos 2º e 6º do art. 4º indica que a autoridade policial teria legitimidade para oferecer o acordo premial, nesta esteira caberia ainda até mesmo representar pelo perdão judicial do delator.

É necessária uma interpretação conjunta dos citados dispositivos como o art. 4º caput, que traz expresso em conferir as partes, Ministério Público e acusado, a possibilidade de requerer a efetivação da colaboração premiada. Com essa interpretação, de acordo com parte da doutrina no sentido que as normas são inconstitucionais, tendo em vista que a ação penal é exclusiva do Ministério Público, art. 129, I da Constituição Federal de modo que somente ele, em acordo com o investigado e seu advogado, poderia dispor parcialmente ou total da persecução penal.

Com esse entendimento, é incontestável concluir que na realidade o delegado de polícia apenas poderá iniciar os acordos direcionados a averiguar o interesse na colaboração, e na sequência informar ao membro do Ministério Público para conduzir e formalizar o acordo, e posteriormente encaminhe a proposta isolada ou conjuntamente com a delação, ao juiz com finalidade de homologação, mesmo que o acordo tenha sido formalizado na fase de inquérito policial.

<sup>27</sup>AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Após o primeiro contato com o investigado imediatamente que demonstre interesse verdadeiro na colaboração, é essencial que lhe assegure um defensor de sua confiança, para acompanhar na efetivação do acordo, apenas poderia dispensar o advogado se houvesse manifestação expressa do acusado, mas a lei parece não admitir essa hipótese. Com a decretação do sigilo em relação ao procedimento de colaboração premiada, o agente será esclarecido de que apenas o defensor constituído terá acesso ao procedimento, para garantir a segurança do postulante a benesse e a eficácia da investigação. A lei impõe ao defensor e colaborador o compromisso manterem os sigilos das revelações importantes aos fins da persecução penal.

Cabe destacar que as distorções vivenciadas na prática com amplos vazamentos precipitados de elementos informados por colaborações de pretendentes aos benefícios não viciam a natureza e relevância o instituto. Por outro lado os responsáveis por conduzir as investigações deve manter o estrito sigilo para assegurar a eficácia do instituto, os direitos fundamentais, a segurança do acusado, das pessoas denunciadas pelo pretendente ao prêmio antes que concretize a delação processual e se confirmem as informações noticiadas pelo agente.

## **10 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA DELAÇÃO PREMIADA**

É imperioso destacar, que o acordo de delação premiada, regulamentado na Lei nº 12850/13, é realizado entre a autoridade policial e o delator, ou entre este e o Ministério Público, competindo ao juiz à homologação do respectivo termo, desde que observe a legalidade, sem formar convicções nas negociações.

Nesta toada, o aludido diploma legal, dispõe no § 6<sup>o</sup><sup>28</sup> do art. 4<sup>o</sup> que celebrado o acordo nas formalidades do § 6<sup>o</sup>, o presente termo, juntamente com as declarações do delator e, cópias dos atos investigatórios, será encaminhado ao juiz para fins de homologação, sendo necessário observar sua legalidade, regularidade e voluntariedade, sendo permitido para esse fim de maneira sigilosa ouvir o colaborador, na presença de seu advogado. Destarte, ponderando necessário executar a oitiva prévia do delator, deverá o juiz limitar suas perguntas à avaliação da voluntariedade, regularidade e legalidade do negócio jurídico em comento.

*Nessa linha intelectual, a Suprema Corte se pronunciou no sentido de*

---

<sup>28</sup>§ 6o O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

*que “a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador” (HC 127483, Min. José Antônio Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015, publicado em 4.2.2016).*

Ao levar em consideração as estreitas balizas na atividade judiciária em relação a audiência com a finalidade de homologação do acordo, bem como a falta de contraditório na fase pré-processual, o juiz deve se privar de indagar o colaborador a respeito dos fatos e, outros envolvidos no caso. Desta feita, não deve modificar o ato, que em regra é destinado somente à examinar os pressupostos de validade da delação, no que se refere a produção de provas antecipada.

*No julgamento de Exceção de Suspeição nº 166475/15<sup>29</sup>, registro compartilhar da opinião de Sua Excelência no sentido de que a douta julgadora (cuja idoneidade e domínio sobre as ciências jurídicas são insofismáveis), agiu de plena e inequívoca boa-fé. Mas a suspeição, in casu, não decorre de eventual má-fé ou animosidade em relação à excipiente e demais indigitados, e sim do fato de que, ao realizar prematuramente atividade instrutória, à margem do contraditório e da ampla defesa, a excepta aparentemente se convenceu, em definitivo, da procedência da narrativa acusatória. A propósito, ao ser defrontada com pedido de prisão preventiva formulado pelo parquet em desfavor da ora excipiente e outros denunciados, a magistrada consignou expressamente que deixaria para deliberar sobre a medida cautelar após a realização da audiência homologatória, evidenciando que os dados colhidos em tal ato serviriam efetivamente de respaldo a providimentos jurisdicionais vindouros (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Pedro Sakamoto, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).*

Salienta o Desembargador Pedro Sakamoto que os codenunciados e a excipiente já são tratados como culpados pela douta magistrada, situação

<sup>29</sup>EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – “OPERAÇÃO ARQUEIRO” – AUDIÊNCIA DESIGNADA PARA OS FINS DO ART. 4º, § 7º, DA LEI N. 12.850/2013 – HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE COLABORAÇÃO PREMIADA – ATIVIDADE JUDICIAL QUE DEVE SE LIMITAR À VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO – EXTRAPOLAÇÃO DE TAIS PARÂMETROS PELA JUÍZA EXCEPTA – EFETIVO INTERROGATÓRIO DO COLABORADOR, COM PROFUNDA PERQUIRIRÃO ACERCA DE FATOS E SUJEITOS DA SUPOSTA TRAMA CRIMINOSA – INFRINGÊNCIA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO PEGAL – EXCESSO DE LINGUAGEM EM DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS – DEMONSTRAÇÃO DO CONVENCIMENTO ÍNTIMO DA MAGISTRADA SOBRE A VERACIDADE DA NARRATIVA MINISTERIAL – PREJULGAMENTO – QUEBRA DO DEVER DE IMPARCIALTIDADE – HIPÓTESE SUPRALEGAL DE SUSPEIÇÃO – EXCEÇÃO PROCEDENTE – CONSEQUENTE ANULAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS PROFERIDOS PELA EXCEPTA DESDE O MOMENTO EM QUE CARACTERIZADO O VÍCIO.

que afronta uma das premissas mais relevantes do Estado Democrático de Direito; a presunção de inocência, levada a condição de garantia fundamental por nossa Carta Magna, precisamente em seu art. 5º, inciso LVII<sup>30</sup>.

*Necessário, no ponto, abrir um breve parêntese para se discutir o alcance da norma em comento. Quando aponta que “ninguém” será considerado culpado até que sobrevenha édito condenatório, o Texto Maior não faz qualquer distinção entre ricos ou pobres, poderosos ou oprimidos, governantes ou governados. A redação é clara. Todos merecem igual tratamento. (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Pedro Sakamoto, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).*

Nesta esteira, o resultado final pode ser um desastre jurídico de valorar na sentença os elementos colhidos no decorrer de um procedimento pré-processual em que dominam o segredo e a falta de contraditório e defesa. É preciso refletir que a investigação preliminar tem por fundamento aclarar o fato em grau de verossimilhança, e está direcionada a justificar o processo ou o não processo, em hipótese alguma para dar guarida um juiz condenatório.

Não se pode olvidar que a Carta Magna de 1988 escolheu o sistema acusatório, ao extremar o órgão encarregado da persecução criminal (art. 129, I) ao determinar o devido processo legal, art. 5º senão vejamos;

*XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;*

*XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;*

*LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

*LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

*LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

De todas as elencadas particularidades do sistema acusatório, o De-

<sup>30</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

sembargador Orlando Perri, relata que duas afloram de maneira obrigatória, sendo reveladoras da criação e cotidianamente do modelo constituído no processo penal pátrio; destaca-se a repartição das divisões processuais dos envolvidos no processo, com o refreamento democrático do poder, e a gestão da prova.

*De fato, não basta que se tenham bem-definidos os papéis do acusador, defensor e julgador se a este se permitir o baralhamento de suas atividades com as das partes envolvidas no conflito, relacionadas à iniciativa probatória. Cada ator deve não apenas se identificar, mas se manter fiel ao seu papel, evitando, tanto quanto possa, se intrrometer na construção do acervo probatório, ainda que a pretexto de estar em busca da mitológica verdade real. Por isso a construção, especialmente no direito estrangeiro, do instituto da **imparcialidade** (correspondente ao *terzietà* do direito italiano), segundo o qual os partícipes do processo devem ter atribuições definidas, excluindo o atuar delas em funções que não lhe sejam típicas. E a justificativa dessa figura, que exige a repartição de funções, é a **contenção do poder**, particularmente o do juiz, que não pode romper o biombo que o separa das partes, invadindo-lhes atribuições, notadamente em matéria probatória. Como moderador do conflito, proíbe-se-lhe dirigir as investigações ou dela participar. Ao juiz cabe assegurar um **processo de partes**, e não assumir um papel de parte, imiscuindo-se em atividades probatórias. Sua posição de fiel da balança da justiça não o autoriza a sair em pesquisa às fontes e meios de provas, sob pena de comprometer a indispensável imparcialidade (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Orlando Perri, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).*

Ademais, no processo, sua relação topológica é que está sempre à mesma distância das partes bem como de seus interesses. Da mesma forma em que o juiz assume a obtenção de provas, ainda que na fase pré-processual, haja vista que se aproxima de um dos adversários e admite o perigo de proferir um interesse ao outro.

Relata o Desembargador Orlando Perri, que o artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser interpretado em conformidade com o sistema acusatório, em que a incumbência do magistrado é de garantidor dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e não de administrador da investigação. O Desembargador não defende a inconstitucionalidade do referido diploma legal, porém faz ressalvas quanto à interpretação de acordo como sistema acusatório.

De acordo com Aury Lopes Junior<sup>31</sup> o juiz deve ter a posição de espectador, por completo alheamento no tocante às atividades investigatórias ou instrutórias de provas. Outros doutrinadores enfatiza que a posição

<sup>31</sup>LOPES JUNIOR, op. cit. p. 73 a 76

ativa do julgador na colheita das provas apenas se admite se, e somente se, for a benefício do réu, em obediência aos princípios da justiça material e, incorporando a presunção de inocência, neste diapasão com a condição de moderação e supletiva. Nesse sentido Gustavo Henrique Badaró<sup>32</sup>, defende a atividade instrutória do magistrado quando ela comprometer informações sobre os meios de provas, e não quando tratar de fontes de provas.

*Ao meu viso, a conciliação dos poderes instrutórios do juiz, previstos no art. 156 do CPP, somente se afigura possível na situação em que ele não possa, no propósito de “dirimir dúvida sobre ponto relevante”, antever o resultado dela. Ao contrário do que se passa no processo civil, em que a liberdade probatória do juiz abarca maior campo de atuação, no processo penal, que trabalha com direitos indisponíveis do investigado/acusado, ela é limitada pelo favor rei, do qual a presunção de inocência é corolário. Embora o brocardo in dubio pro reo se apresente como regra de julgamento, constitui ele barreira à atividade probatória do juiz, que não pode sair à cata de provas na situação de dúvidas, que, por deferência constitucional, favorece o acusado, diante da inarredável presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Orlando Perri, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).*

É visto que a citada presunção constitucional em seu bojo traz como resultado impositivo, a impossibilidade do julgador, em matéria probatória, agir senão de maneira supletiva e subsidiária à atividade das partes, embora aprioristicamente, mesmo não sendo possível examinar qual sentido tende a tomar, nem a qual parte possa favorecer.

Destarte, mesmo não havendo previsão constitucional, porém é consenso que a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita. Nesse sentido o legislador constituinte instituiu garantias institucionais em prol dos magistrados e da magistratura, como forma de reconhecimento diante dos demais poderes constituídos. A respeito desse tema foram erigidas as garantias pessoais que possibilitam o exercício da atividade longe dos grilhões, de influência que objetiva comprometer a justiça, bem como as decisões judiciais.

## **11 COLABORAÇÃO PREMIADA: MEDIDA LEGAL ANTIÉTICA**

Colaboração premiada tem como finalidade a redução de pena, podendo chegar até ao perdão judicial, para o criminoso que delatar seus comparsas, benesses que será concedida pelo magistrado na sentença condenatória, porém alguns requisitos devem ser preenchidos. O instituto em

<sup>32</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2015, p. 90

análise tem origem em outros países, de modo independente da multiplicidade e características de cada ordenamento normativo e dos embasamentos políticos que o justificam.

De maneira eufemística o instituto chamado delação premiada, sendo inaugurada no ordenamento normativo brasileiro com o advento da Lei de Crimes Hediondo (lei 8072/90), propagou-se em nossa legislação esparsa, alcançando níveis inconspícuos. Dessa forma iniciou-se a propagação da traição benéfica, a qual é defendida pelas autoridades como avanço no combate ao crime organizado, que posteriormente recebeu a definição legal com a lei 12850/13. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt<sup>33</sup>;

O fundamento invocado é a confessada falência do Estado para combater a dita “criminalidade organizada”, que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada. Na verdade, virou moda falar crime organizado, organização criminosa e outras expressões semelhantes, para justificar a incompetência e a omissão dos detentores do poder, nos últimos 20 anos, pelo menos. Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime seja organizado? Quem sabe o Poder Público, num exemplo de funcionalidade, comece combatendo o crime desorganizado, já que capitulou ante o que resolveu tachar de crime organizado; pelo menos combateria a criminalidade de massa, a criminalidade violenta, devolvendo a segurança à coletividade brasileira, que tem dificuldade até mesmo de transitar pelas ruas das capitais. Está-se tornando intolerável a inoperância do Estado no combate à criminalidade, seja ela massificada, organizada ou desorganizada, conforme nos têm demonstrado as alarmantes estatísticas diariamente.

Nesta toada, o legislador brasileiro acenou com a possibilidade de premiar o delator traidor, abrandando assim a responsabilidade penal, desde que preencha os requisitos estabelecidos pela lei, facilitando o sucesso da investigação das autoridades organizadas. Com essa figura excêntrica o legislador pátrio autorizou premiar o (alcaguete), proporcionando-lhe vantagem legal, manejando os parâmetros punitivos, distante dos embasamentos direito-dever de punir que o Estado celebrou com a sociedade.

É inadmissível sem qualquer debate, as vantagens de um criminoso que, para ser contemplado por determinado benefício, “dedure” seu comparsa, que por algum momento tiveram uma relação de confiança para realizarem alguma atividade delituosa. É preciso falar da moralidade e, justiça que o

330 Cezar Roberto Bitencourt. *Delação premiada na 'lava jato' está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

Estado tem assumido no direito premial. Convém ressaltar que para efeito da colaboração premiada, não se discute o fundamento do colaborador, não tendo relevância ter sido por vingança, ódio, arrependimento ou infidelidade ou somente por uma avaliação fria, calculista, infiel e antiética do delator traidor.

Imperioso destacar que seria legítimo o Estado abrir mão de meios imorais e antiéticos, como incentivar a traição e deslealdade entre os parceiros, assegurando em condutas dessa natureza para alcançar o efeito de sua incompetência não lhe admite por meios mais ortodoxos. *Data vênia* não é moral incentivar seus súditos a, trair, delatar, mentir ou dedurar um companheiro impellido de forma exclusiva pela ânsia de angariar vantagem pessoal seja qual for à natureza.

Percebe-se, ainda que se afirme moralmente estar do lado da investigação do crime do que o seu acobertamento, chega a ser arriscado acreditar que tais informações, que são provenientes de uma traição, elas podem ser traiçoeiras em sua essência. Notadamente aquele que tem capacidade para trair, dedurar ou delatar um comparsa com a finalidade de obter alguma vantagem pessoal, não terá hesitação em mentir, tergiversar, manipular e inventar as informações que apresenta para ser digno do que deseja.

Com um posicionamento antiético<sup>34</sup>, não se pode supor que o colaborador adote, de sua parte uma conduta ética e, limite somente a falar a verdade as autoridades, do ponto de vista lógico as vantagens da colaboração premiada falará qualquer coisa de interesse das autoridades no intuito de beneficiar-se. Assim sendo, essas particularidades retira uma incerta idoneidade que sua colaboração possa ter, por outro lado se é que alguma colaboração pode ser considerada íntegra em algum lugar.

## 12 INVERSÃO NA HIERARQUIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Convém lembrar que vivemos em um país que esta invertendo totalmente o ordenamento jurídico, na maneira em que a Carta Magna, para determinadas autoridades, é apenas uma peça ornamental, haja vista que é contraditada por leis, decretos, resoluções, portarias e nos dias atuais, por acordo de “delação premiada” também denominada “colaboração premiada”.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt<sup>35</sup>

<sup>34</sup> *Antiético* é quando se rompe as barreiras da ética. é quando se infringe regras de convivência social, quando se tem um mal-comportamento profissional, principalmente: quando se rompe valores que significam muito para as pessoas. é quando não se respeita a necessidade do todo para proteger a sua

<sup>35</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Delação premiada na 'lava jato' está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava>

Nos últimos anos, o legislador contemporâneo tem demonstrado censurável desapareço pelas garantias constitucionais, e certa predileção em editar diplomas legais francamente inconstitucionais, e, particularmente, afrontadores de direitos fundamentais assegurados na própria Constituição. Na verdade, há uma “produção” excessiva de leis que, a pretexto de combater a impunidade, ignoram a existência de garantias fundamentais, e algumas até contradizem diretamente as previsões constitucionais, como ocorre, por exemplo, com a Lei 12.850/2.013.

Nesse sentido, Bitencourt, afirma que a colaboração premiada é antiética e imoral, com a presença de algumas nulidades; é visível inconstitucionalidade ao confrontar a lei 12850/13 com a Constituição Federal, em decorrência do próprio texto legal. Além das visíveis inconstitucionalidades textuais, a aplicação do instituto da colaboração premiada, com certa desvirtuação interpretativa pode aumentar tais inconstitucionalidades, em razão de como as autoridades utilizam o referido instituto.

Nessa ótica, as informações vazadas e divulgadas pela mídia apresentam-se essas nulidades e inconstitucionalidades são dissipadoras na “delação premiada”, celebrada entre as Polícias Judiciárias e Ministério Público. Esses acordos de colaboração premiada são eivados de nulidades grotescas em decorrência da renúncia de garantias fundamentais, impostas pelos negociadores da colaboração, ao réu e ao seu defensor.

Entre as garantias fundamentais violadas destaca-se o devido processo legal, ampla defesa, direito ao silêncio, de não se auto incriminar e o de não produzir contra si mesmo. Nesse contexto o delator tem que renunciar a todos esses direitos fundamentais, incluindo o direito de ação. Por meio de uma delação premiada, não se pode renunciar garantias fundamentais, do devido processo legal e da ampla defesa, ainda mais quando essa é imposta. Nesta esteira, visualizam-se algumas nulidades e inconstitucionalidades<sup>36</sup> nos acordos de colaboração premiada senão vejamos.

É reconhecido que o delator tem assegurado o direito ao silêncio e, não auto incriminar. Porém traz a baila o art. 4º, paragrafo 14 da lei 12850/13, para cobrar que o delator renuncie nos depoimentos em que prestar. Em outras palavras percebe-se nitidamente uma inversão da ordem

---

-jato. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

<sup>36</sup>1) o delator tem que desistir de todos os *habeas corpus* impetrados; 2) deve desistir, igualmente, do exercício de defesas processuais, inclusive de questionar competência e outras nulidades; 3) deve assumir compromisso de falar a verdade em todas as investigações (contrariando o direito ao silêncio, a não se auto-incriminar e a não produzir prova contra si mesmo); 4) não impugnar o acordo de colaboração, por qualquer meio jurídico;

5) renunciar, ainda, ao exercício do direito de recorrer de sentenças condenatórias relativas aos fatos objetos da investigação.

natural fundamentado na hierarquia de nosso ordenamento normativo, e simplesmente que com um acordo, revogam a Carta Magna.

### **13 INCONSTITUCIONALIDADE TEXTUAL: RENÚNCIA AO DIREITO DE SILENCIAR (ARTIGO 4º, PARÁGRAFO XIV)**

Tendo iniciado o processo, o delator, de modo indubitado, parte no processo, tem pleno direito ao silêncio. Nesse aspecto o paragrafo 14 do artigo 4º, incorre em inconstitucionalidade, que trata da renuncia do colaborador, utiliza-se voz cogente, em relação ao direito ao silêncio, perante seu defensor. O referido dispositivo é claramente inconstitucional, porque obriga ou condiciona o réu a desistir de um direito consagrando na Constituição Federal e, em Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, sendo o Brasil signatário.

A Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica ratificam que o réu não esta obrigado a produzir provas contra si mesmo em hipótese alguma, mesmo com a desculpa de colaborar com a justiça, na condição de colaborador. Desse modo, seria mais interessante e mais benéfico uma sentença absolutória, do que a aplicação das vantagens decorrentes da delação.

Os absurdos derivados da lei 12850/13 no paragrafo 12<sup>37</sup> artigo 4º que emoldura o depoimento do delator em juízo não para por ai. Trata-se de uma disposição legal, porém estúpida, além de ser totalmente desnecessária. Desta feita, a hipótese técnica e inviável do delator não ser denunciado, se tiver praticado crime ou, de qualquer forma, contribuído para ele. Em ocasião da sentença se aplica o perdão judicial, depois dela, a prova no processo não pode mais ser produzida.

A critica da doutrina brasileira é persistente e pertinente no sentido que o país vem legislando no processo penal de maneira com a finalidade de desviar a atenção da produção de provas por meio da investigação de fato, concentrando na pessoa do próprio acusado como fonte probatória, transferindo-lhe responsabilidades, ou estimulando a reconstituição do fato. Essas medidas não deixam de ser uma forma indireta de o legislador ludibriar ou desrespeitar garantias constitucionais do cidadão não produzir provas contra si mesmo.

A força estatal, nos dias atuais prende para investigar, para fragilizar, para forçar uma confissão, para ameaçar e forçar uma colaboração premiada. Sendo que as autoridades repressoras reconhecem, que as prisões tem sido exitosa, com a finalidade de confissão e firmar acordo de colaboração.

<sup>37</sup>§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

Remetemos a idade média referindo-se às *ordalhas*<sup>38</sup> e a tortura, as quais tinham por objetivo extrair a confissão do acusado e, eram exitosas. Nos dias de hoje só falta à tortura física, porque a psicológica já está ocorrendo.

## 14 O VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA (QUANDO A DELAÇÃO PREMIADA SE TORNA PROVA ILÍCITA)

Por mais que seja visível a violência e corrupção no Brasil, a colaboração premiada não significa que estamos autorizados a agir de uma maneira consequencialista. O fato de lutar contra a corrupção, que se apresenta de forma endêmica no Brasil, não justifica atropelar direitos e garantias fundamentais. Nesta toada, o Tribunal Regional Federal – 4, em um julgado no dia 30/06/2015, indeferiu Habeas Corpus de um indiciado da operação “Lava Jato”, na época estava preso há mais de 500 dias, sendo extrapolado o prazo razoável, no ano de 2009 o Conselho Nacional de Justiça determinou o prazo de 168 para a justiça federal.

Nesse sentido questiona Lenio Luiz Streck<sup>39</sup>,

Mas o relator do TRF entendeu que o excesso do prazo está justificado porque o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que um pequeno atraso na instrução, justificado pelas circunstâncias, não conduz ao reconhecimento do excesso do prazo. Nesse ponto usamos o princípio da razoabilidade, exemplo típico de decisão consequencialista, de como não deve ser. Qual é o valor que nós damos às palavras? Não tem um “tamanhometro” para emitir prazos, mas com certeza 500 (dias) não é pequeno. Se você diz que 500 é pequeno, é porque nós perdemos a noção do que é uma palavra, do que é uma coisa, e o que significam as palavras. Qual é o problema? O problema é teleológico. O tribunal não queria soltar e deu um argumento finalístico. Me impressiona que uma decisão que diz que 500 é pequeno não gere constrangimento por parte da comunidade jurídica.

O renomado jurista não está falseando os números em relação aos 500 dias. Se o indiciado estiver preso preventivamente é porque ele está preso preventivamente, trata-se de uma questão técnica, não é possível juntar as prisões. O problema é usar a delação premiada como instrumento de pressão para quem está preso. Nesse sentido enfatiza que não existem normas claras a respeito do prêmio oferecido ao colaborador, e nem limites e critérios para o magistrado aceitar o acordo firmado entre as autoridades

<sup>38</sup>Ordália ou ordália é um tipo de prova judiciária usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado é interpretado como um juízo divino. Também é conhecido como de Deus (judicium Dei, em latim).

<sup>39</sup>STRECK Lenio Luiz. *Delação premiada*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-25/veja-melhores-trechos-palestra-moro-lenio-streck-ibccrim>. Acesso 24 de Setembro de 2016.

policiais e Ministério Público. Dessa forma Lenio Streck<sup>40</sup> elenca os principais problemas da delação premiada no Brasil.

1º) a delação premiada pode servir como mecanismo de pressão sobre o delator, pois esse tipo de ato viola o direito constitucional do cidadão de não ser obrigado a fazer prova contra si mesmo; 2º) a colaboração premiada vem servindo como instrumento para decisões consequencialistas. Isto é, com a finalidade de combater a criminalidade, justifica-se a flexibilização de garantias processuais; 3º) a colaboração premiada pode flexibilizar o caráter de indisponibilidade da ação penal, permitindo-se que o Estado negocie o seu papel de interdição e aplicação da lei penal; 4º) a supressão do processo judicial e suas garantias pela aceleração procedimental dos espaços de consenso são fatores utilitaristas, consequencialistas. Permitir que o órgão acusatório negocie a pena com o cidadão investigado pode violar o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional; 5º) ainda que o artigo 4º da Lei 12.850/13 (sobre organizações criminosas) permita o perdão judicial ou a redução da pena em até dois terços ou a substituição por restritiva de direitos, não há uma criteriolgia para estabelecer precisamente qual o prêmio do delator. 6º) não se sabe se o imputado tem direito ao acordo com o Poder Público ou se é um mero poder discricionário — de novo, o problema dos limites e dos critérios.

O professor Joaquim Falcão, salienta que no Brasil efetivamente surge um novo direito. Trata de transformações ocorridas na Polícia Federal, Ministério Público e na Magistratura. É cediço que os delegados, procuradores e juízes são mais jovens. Vivem na decadência da política, na liberdade de imprensa e, a repugnante apropriação de bens públicos. Nesses aspectos dão mais procedências aos fatos do que a doutrina. No cotidiano a mais evidencia dos autos, planilhas, e-mail, documentos, registros e testemunhos do que o aprendizado em manuais nacionais e estrangeiros.

De toda forma, estamos diante de um novo Ministério Público, uma nova Magistratura e, uma nova Polícia Federal. No meio jurídico a uma extensa queixa que na operação Lavo Jato e outras espalhadas pelo país, atropelam direitos e garantias fundamentais, com abuso nas prisões e o emprego da colaboração premiada como mecanismo de pressão.

Visualiza-se no Brasil, nos dias atuais a jurisprudencialização do direito processual penal, entendido como menos regras e mais jurisprudência. Nessa esteira, se a comunidade jurídica acredita que se pode ter democracia no processo penal, levando como regra a livre apreciação da prova por parte do magistrado, sem o cerceamento epistemológico.

---

<sup>40</sup>CONSULTOR JURÍDICO. STRECK. Obra citada.

Sempre achamos lindo, quando o judiciário profere uma decisão em desfavor da Constituição Federal e Código Civil, reconhecendo a metade da herança para a amante. No mesmo raciocínio se acho lindo quando uma criança tem três pais, duas mães e seis avós, só não gostamos quando a sentença é contra nós.

Segundo Lenio Streck, o direito é o conceito de interpretação que é proveniente das instituições jurídicas, e as discussões a ele relativas encontram fundamentalmente respostas nas leis, nos regulamentos e nos princípios constitucionais. Todavia, por ora os tribunais utilizam a exegese do século XIX, muitos vezes decidindo sem qualquer propósito legal.

Para Guilherme de Souza Nucci<sup>41</sup>, há várias cláusulas nos acordos de colaboração premiada, especialmente na operação Lava Jato, desrespeitam regras constitucionais, sendo que a maioria delas viola direitos e garantias fundamentais. Os compromissos firmados proíbem que o colaborador conteste judicialmente o acordo, ou que futuramente interponha recursos em desfavor das sentenças que receber.

É cediço que essa responsabilidade entra em rota de colisão com o direito de ação (art. 5º XXXV), *que assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do judiciário*. Evidente que essa cláusula afronta uma garantia constitucional, nessa seara nenhuma lei ou contrato pode determinar uma proibição dessa magnitude.

Consta que nos termos de acordo de delação premiada outro dispositivo problemático, estabelece que a defesa não tenha acesso aos depoimentos do delator, que ficarão cingidas ao Ministério Público e ao magistrado. Os advogados do colaborador não tem acesso às informações prestadas por seu cliente. O Ministério Público apresenta a justificativa da restrição pela manutenção do sigilo, com a finalidade de não prejudicar outras diligências.

O criminalista Antônio Carlos de Almeida Castro<sup>42</sup> enfatiza que a boa intenção do Ministério Público infringe os princípios da ampla defesa e, do contraditório que são garantidos a todos os acusados e litigantes em conformidade com art. 5º LV da Constituição Federal. A legislação permite que os advogados tenha acesso a todas as informações e documentos de processos e inquéritos. Sendo negada a paridade de armas passa para um cenário em que o Ministério Público hipertrofiado asfixia a defesa sem recursos.

## **15 A COAÇÃO COMO VÍCIO DE CONSENTIMENTO NA DELAÇÃO PREMIADA (DELAÇÃO ESPONTÂNEA OU VOLUNTÁRIA)**

<sup>41</sup>NUCCI, Guilherme Souza. *Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituição e leis penais*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

<sup>42</sup>CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. *Acordos de delação premiada da “lava jato” violam Constituição e leis penais*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

A colaboração premiada nos termos dos delitos contra o sistema financeiro, ordem tributária econômica e do crime organizado, tendo por objetivo os dispositivos de regência, com o novo diploma legal o legislador faz uso da linguagem expressando o termo “confissão espontânea” que a colaboração seja espontânea<sup>43</sup> e voluntária<sup>44</sup>. Em particularidades desse tipo, esta devidamente particularizada no sentido etimológico da palavra “voluntária” dessa forma devendo ser afastada para o resultado do comportamento do colaborador que busca o prêmio oferecido pelo legislador, qualquer outro ato que tem a capacidade de afastar a espontaneidade do comportamento do confidente.

Assim sendo, atentou-se naquela época, como não poderia deixar de ser, ao ponto de ser necessário do interprete do comando jurídico, que a ação da colaboração do “alcaguete” perderia sua importância, quando obtida através de ato coativo, por via de coação física, moral ou psicológica. Em regras gerais, para o resultado mesmo em síntese do que foi abordado naquela oportunidade, a confissão do colaborador por meio ilícito, não permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, pelos bons costumes e moral, é totalmente nula, não apresentando eficácia, conforme sinalizado pela Carta Magna de 1988, art. 5º, LVI<sup>45</sup>.

Passada as considerações iniciais, tema com reflexo no direito que demonstra interesse doutrinário, é a obtenção da confissão ou colaboração do acusado por meio de ameaça do órgão encarregado da persecução penal impondo a prisão, de maneira a efetivando, apesar de que seu controle esta a cargo exclusivamente do olhar constitucional do poder judiciário, seja preventiva<sup>46</sup> ou temporária, porém o código de processo penal oferece outras alternativas a prisão; como a prisão domiciliar e outras medidas cautelares.

A prisão temporária não ser compulsória. Trata-se de uma medida excepcional. Só deve ser decretada quando estritamente necessária. Trata-se de uma medida excepcional. Impõe-se uma decisão fundamentada, uma suspeita sincera e a imprescindibilidade da medida para as investigações chegarem a bom termo, independente da tipificação do crime. Não pode servir, como se vê na prática, como antecipação da condenação, dada a morosidade da justiça, para satisfazer a sociedade manipulada por uma mídia responsável. Não é admissível

<sup>43</sup>Que alguém faz por si mesmo, sem ser incitado ou constrangido por outrem; voluntário. Sem artificialismos ou elementos ensaiados ou estudados; natural, sincero, verdadeiro.

<sup>44</sup>Qualidade daquilo que é voluntário, que alguém faz por vontade ou iniciativa própria; espontaneidade ou qualidade daquele que atua segundo apenas sua própria vontade ou seguindo o impulso do momento; arbítrio, capricho, obstinação.

<sup>45</sup>LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>46</sup>Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

sua decretação após a conclusão das diligências investigatórias. Nem pode ser decretada para obter-se a delação, traição premiada. (TRF 1 HC 393978620094010000, 3 Turma, Rel. Juiz Tourinho Filho, DJF 1, 14/08/2009, p. 115).

Segundo Heráclito Antônio Mossin<sup>47</sup>, o Ministério Público Federal sustenta as manutenções das prisões preventivas, por compreenderem que elas serviriam de instrumentos para aqueles que cometerem crimes cooperassem com seus desvendamentos, que as prisões influenciassem os acusados a colaborar na investigação dos fatos criminosos.

Não resta dúvida, que a referida colocação é eivada de infelicidade, nulidades e violação da constituição, presume-se quem realizou tal ato, tem pleno conhecimento de direito, constitucional, processual, pactos e tratados internacionais pelos menos de forma empírica, no Estado Democrático de Direito, teve uma conduta de modo absoluto, que não se enquadra em nenhuma fonte consagrada no ordenamento jurídico, que impera na civilização.

Segundo Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O. G Mossin<sup>48</sup>;

Indubitavelmente e isso incontestável, aquilo que se conclui que se sustenta, como in casu, em nível pessoal, outra não é a conclusão a que chega, não pode ter conotação em termos institucionais, mesmo porque seria inconcebível entender que o Ministério Público, que tem o dever constitucional de defender os interesses sociais, coletivos e individuais, principalmente no que tange à aplicação do direito (art. 257, inc. II CPP), jamais pode chamar para si aquilo que foi concluído de maneira reprovável, por um dos seus integrantes. É de clareza palmar e mediana, fazer o uso da prisão ou sua ameaça, como mecanismo de constrangimento para a obtenção da delação premiada repugna o Estado Democrático de Direito. Em circunstância desse tipo, ou o acusado confessa e entrega seus parceiros de crime, ou poderá ser preso, ou se preso estiver ser mantido nessa situação de constrangimento.

Em conformidade com o que foi salientado o legislador atual de maneira direta aquele que constituiu a lei 12850/13 que versa sobre organizações criminosas, deixou juridicamente, assentado que na ação de negociação entre as partes, com o objetivo de formalizar um acordo de colaboração premiada, além de outros atos, o qual o delator deve estar acompanhado de seu advogado cuja finalidade seria exatamente não permitir medidas que não sejam legais, por exemplo, o emprego de coação para obter a colaboração premiada.

Relata Mossin, de forma segura, a colaboração por ser premiada,

---

<sup>47</sup>MOSSIN, op. cit. p. 139

<sup>48</sup>MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio Cesar O. G. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*. Leme: J, H, Mizuno, 2016. p. 232

apresenta-se censurável no âmbito ético<sup>49</sup> e moral<sup>50</sup>, mesmo tratando de associação criminosa, delinquência organizada, posto que o “alcaguete” demonstra uma péssima conduta, uma personalidade administrada por um padrão de agir de modo considerável desqualificado, asqueroso, torpe, que não é compatível com a moralidade média, ainda assim com todos esses aspectos não pode ser aceita quando obtida por meio de ameaça ou prisão que objetiva consegui-la.

Indubitavelmente, o coagido e o coator se equiparam e nivelam na mesma proporção daquilo que é ilícito, espúrio, sendo certo que, de forma distinta, a conduta do servidor público é completamente incompatível com a função pública, enfatizando que a “moralidade” é um dos princípios da administração pública conforme art. 37 da Constituição Federal, englobando todos os poderes.

Em outras palavras, o Estado pretendendo combater o crime organizado a corrupção, que por meio da delação premiada, mostra facilitada, com apoio do “dedo duro”, umas espécie de traidor que entrega os demais comparsas, das práticas delituosas, com a utilização de meio arbitrário e ilícito, não é comportamento que deve ser aprovado, posto que ofenda princípios constitucionais enraizado ao próprio processo penal.

Sob outro prisma analítico, apesar de que possa a primeira impressão ser dispensável trata-se de um objeto de consideração, sendo que a doutrina deve colocar a matéria a seu cargo com maneira de reforço, haja vista as infundáveis e inúmeras formas com que se procura compreender a extensão de determinado matéria jurídica. Nesta ótica não pode se questionar ou afastar se houver o emprego legítimo de qualquer medida cautelar de cunho pessoal em relação ao colaborador, por exemplo, prisão preventiva e temporária.

Nesse sentido, não se admite dúvidas, que não deve permitir ou concordar e colocado contra a justiça, que se aplique qualquer medida coativa com a finalidade de obter do alcaguete a confissão bem como a entrega de seus comparsas. Entretanto, no pensamento doutrinário, que esta sendo desenvolvido, é de clareza constatação e entendimento, como deve ser no campo do direito, que não existe dependência mútua, nenhuma ligação entre o instituto da colaboração, que tem natureza penal e, a prisão que tem caráter processual.

Destaca Mossin<sup>51</sup>,

De modo positivo, não há porque pretender ou entender que se o sujei-

<sup>49</sup>Ética é um conjunto de conhecimentos extraídos da investigação do comportamento humano ao tentar explicar as regras morais de forma racional, fundamentada, científica e teórica. É uma reflexão sobre a moral.

<sup>50</sup>Moral é o conjunto de regras aplicadas no cotidiano e usadas continuamente por cada cidadão. Essas regras orientam cada indivíduo, norteando as suas ações e os seus julgamentos sobre o que é moral ou imoral, certo ou errado, bom ou mau.

<sup>51</sup>MOSSIN, op. cit. p. 235

to do delito, a título de coautoria ou de participação venha promover a delação premiada ou se compromete a fazê-lo oportunamente, fica a autoridade judiciária impedida de decretar sua prisão temporária ou mesmo preventiva, até mesmo a prisão domiciliar ou medida cautelar diversa da prisão. De igual valia estando o agente preso, por exemplo preventivamente e vindo a colaborar com a persecução criminal, quer na fase investigatória, quer na fase processual, essa medida cautelar de cunho pessoal seja objeto de revogação, ressalvada a hipótese de que ela pode ser revogada, conforme permite o art. 316 do código de processo penal; o juiz poderá revogar a prisão preventiva se no correr do processo verificar a falta de motivo para que subsista bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justificam. Logo, a desfazimento dessa medida cautelar pode ocorrer em virtude de circunstâncias de ordem processual e jamais decorrente da delação premiada.

Sendo concedido como prêmio o perdão judicial ao delator terá como resultado a extinção de sua punibilidade, nesse caso a prisão preventiva perderá sua eficácia tornando a insubsistente. Do mesmo modo estando o delator encarcerado preventivamente e o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia em incompatibilidade ao colaborador, a prisão preventiva deve ser revogada posto que perdesse sua função.

Se, entretanto, as vantagens são concebidas ao delator for o decréscimo da punição legal solidamente imposta nos limites previamente determinado pelo legislador, a medida cautelar (prisão preventiva), poderá ser substituída ou não. No caso em tela, a substituição dependerá da quantidade de pena, resultante em decorrência do regime inicial a ser estabelecido pelo julgador na declaração condenatória.

No campo de uma aparência geral, desde que haja elementos sólidos e se afigurem presentes as permissões processuais que concede a imposição da constrição cautelar pessoal, deverá ser efetivada independentemente do fator colaboração premiada, observando o interesse da investigação ou do processo penal, em hipótese alguma com a finalidade deliberada de coagir o acusado a delatar seus comparsas das ações criminosas, o que contamina moralmente e juridicamente a decisão proferida pelo magistrado.

## 16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada não é mecanismo de vanguarda, com a função de auxiliar o Estado no controle dos delitos contemporâneos. Nessa esteira, sua previsão relembra ao período medieval, em conformidade com os manuais prático-inquisitivos. Nos dias atuais, ganhou nova roupagem, especialmente em razão das recompensas conferidas ao colaborador.

Entretanto, sua profundidade inquisitorial permanece não modificada,

determinando-se agora da mesma maneira como aconteceu a confissão na época inquisitorial, valor originário enquanto meio de prova, assim se justificava a ocorrência da colaboração. A colaboração premiada não se estabelece em um recurso novo do processo penal, de forma que não apresenta como caracterização de desenvolvimento especial na persecução criminal.

Na verdade, a colaboração premiada no contexto histórico sempre representou, em companhia com a prática da tortura, um dos requisitos fundamentais em períodos arbitrários, notadamente os medievos de temperamento inquisitorial. De modo efetivo o procedimento de temperamento inquisitorial, com vinculação ao pensamento do Tribunal do Santo Ofício, tem na colaboração realizada pelo indiciado um dos componentes fundamentais de prova, além de manifesto, de organizar medida investigativa fundamental.

Neste âmbito, é imperioso salientar que o direito penal clássico, vem perdendo de forma significativa, território por conta da fluência do direito penal emergencial, que por meio das ações de urgência incorporadas, resta por aplacarem-se direitos e garantias fundamentais, causando rompimento, no objeto garantidor do processo penal constitucional; que tem por finalidade a proteção da pessoa, coibindo as arbitrariedades e abusos do Estado, na atividade de perseguir e na aplicação de sanção.

Vislumbra-se na atual conjectura que o direito penal, chamado de premial, enumerado pela lógica da ineficácia, pois, utilitário, funcionalista e pragmático, que objetiva somente com o resultado final e de maneira simbólica, a tratar o inimigo como delator, com a condição de fornecer declarações desejadas, em troca de benefícios premiaais.

O legislador pátrio, copiando a fórmula introduzida precisamente, na Itália e nos Estados Unidos, a esse respeito destaca-se o instrumento da delação premiada italiana, apresenta defeitos, tendo em vista, que as técnicas de negociação derivadas da matriz anglo-saxão, no qual a ação penal é constante do poder executivo, nessa ótica o Brasil transportou esse instituto, sem que tenha vivenciado, conflitos com terrorista e/ou máfias. É certo que o Brasil, não passou por nenhum ato terrorista, ao contrário do que aconteceu na Itália, Inglaterra, França, Espanha e Alemanha, aqui no Brasil, houve somente ações isoladas de grupos de pequeno porte, bem como de organização principiante, no tocante as quais, a resposta do estado foi de grande intensidade. Em nível legislativo sem a mínima discussão, sem debates sérios sobre os resultados que poderão suceder a consagração da traição, incorporada como regra nos laços humanos, permitiu o direito penal comum à colaboração premiada.

Fundamentar em lei, que o delator traidor faz jus a prêmio é expandir uma cultura antivalorativa. Estamos diante de um erro pedagógico gigantesco. Embora que a finalidade seja de combater delitos, assim mesmo o pre-

ço é muito alto para atingir esse objetivo, através de um meio questionado. Ademais, não se pode olvidar, que o ato de delatar é uma conduta eticamente reprovável, principalmente quando admite a própria responsabilidade pelo fato cometido, o acusado liga outros indivíduos ao seu destino, muitas vezes alcançando a inocência de terceiros.

Admitir como válida no âmbito constitucional os dispositivo da colaboração premiada, representa, com o devido respeito, mandar às favas a moral e a ética. Observa-se que a delação premiada tem um custo muito alto de aniquilamento da pessoa, além da exposição clandestina. Nessa seara, o delator para se safar negocia informações, por meio de um acordo entre autoridade policial e Ministério Público, declarando atos supostamente cometidos por outras pessoas.

É cediço que o instituto da colaboração premiada como negociação que gera impunidade ou benefícios pela colaboração de coautores ou partícipes, forma troca utilitária do juízo de reprovação por declarações processuais, que incentivam o oportunismo daqueles que pensam em si mesmo e amplia o campo de provas de caráter duvidosa obtidas por arrependidos que preservam o direito de mentir.

Vislumbra-se desrespeito a garantia constitucional do devido processo legal, o acusado que deveria aparecer no polo passivo, nos ditames do processo penal, podendo ter sua culpabilidade declarada ou não, renuncia ao status de inocente, e inicia fase de produção de provas contra si mesmo, por meio de acordos de delação colaboração firmadas com órgãos acusatórios e investigatórios. Evidente que acusação e defesa se juntam para ratificar a denúncia, sem a discussão probatória, violando a premissa da obrigatoriedade da ação penal. Diante de colaborações os delatados estão prejudicados pelo desabamento de sua inocência, sendo que foi atribuído total crédito as informações delator, nesse sentido o contraditório está inviabilizado bem como exercício de ampla defesa.

Igualmente, é preciso destacar as bases democráticas e iluministas, que se faziam oposição às trevas medievais, dessa forma restabelecendo a normalidade, sendo que a colaboração premiada não é prova única nem fundamental no processo penal. O referido resgate deve ser promovido ao mesmo tempo com as bases éticas. Se pudermos considerar a ética como condição original e basilar de qualquer atividade do ser humano, é indispensável emprega-la como norte de um direito penal não arbitrário.

Dessa forma a ética no direito penal se impõe como resultado de que o mecanismo jurídico de barreira do estado de policia, e do coerente fortalecimento do estado de direito, nesse aspecto não pode caminhar separado da ética, sob o risco de perder sua essência. Com intuito de proteção dos valores elementares da vida em sociedade, o direito penal não regula o poder san-

cionativo, mas pode e deve reduzi-lo e contê-lo para não ampliar e aniquilar valores.

Diante o exposto, não seria possível, em havendo cooperação premiada no processo, o acusado que optou apenas por admitir sua responsabilidade criminal no fato delituoso, também não seja beneficiado com a significativa redução de pena, com previsão na lei 12850/13. Assim sendo, a aplicação analógica em consequência da colaboração premiada à confissão, não terá o condão de rainha das provas, o que é estritamente vedado pelo código de processo penal e pela Carta Magna, porém enquanto meio de prova aceito pelo ordenamento jurídico, receba o tratamento garantista desejado.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, CEZAR Roberto. *Delação premiada na 'lava jato' está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

CHOUKR, Fausi Hassan. *Garantias constitucionais da investigação criminal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Delação premiada*. Limites Constitucionais da investigação. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. *Delação Premiada ponte de ouro e ponte de prata*. Disponível em <http://luizflaviogomes.com/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata/>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *O crime organizado e a realidade brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 83.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 3º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>: acesso em 20 de Setembro 2016.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *As Associações criminosas transnacionais*.

In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Justiça penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 57-76.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Cartéis colombianos*. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone. Panorama do crime organizado. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maff2.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MASSON, Cleber e MARÇAL Vinicius. *Crime Organizado*. 2 ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio Cesar O. G. *Delação Premiada: Aspectos Jurídicos*. Leme: J, H, Mizuno, 2016. p. 232

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Organização criminosa*: comentários a lei 12850/13.

\_\_\_\_\_. *Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SCHELAVIN, José Ivan. *Ações de Controle do Crime Organizado: Dimensões do Fenômeno e Desafios ao Sistema Penal Brasileiro*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94828/298512.pdf?> Acesso em 20 de Agosto de 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK Lenio Luiz. *Delação premiada*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-25/veja-melhores-trechos-palestra-moro-lenio-streck-ibccrim>. Acesso 24 de Setembro de 2016.