



## Cal Garcia Filho: Delação premiada viola direitos fundamentais

A delação premiada é um dos instrumentos mais utilizados, atualmente, no domínio do Direito Penal. Especialmente no âmbito das varas especializadas em (*combate a*) crimes econômicos na Justiça Federal, são numerosos os processos que se utilizam de provas direta ou indiretamente colhidas com o emprego desse dispositivo.

Isso seria suficiente para justificar a discussão dos diversos problemas que gravitam em torno do instituto, notadamente levando em consideração os direitos e garantias fundamentais dos envolvidos. E é justamente a partir dessa perspectiva que se pretende discutir a delação premiada e sua relação de conformidade com o Texto Constitucional.

Como se sabe, a Constituição de 1988 ofereceu um generoso catálogo de direitos fundamentais. Interessa aqui a *dimensão objetiva* dos direitos, a qual transcende os limites *subjetivos* (*individuais, coletivos, transindividuais*) relacionados à titularidade.

Na esfera da jurisdição penal, na qual está em jogo a restrição de direitos e liberdades dos cidadãos, o *devido processo legal* ocupa posição de reconhecido destaque. Esse princípio constitui *ideia síntese dos direitos e garantias* que representam o *compromisso ético* firmado entre o Estado e a Sociedade no Texto Fundamental. O primeiro nível de concretização do devido processo legal ocorre, pois, na própria interpretação dos direitos e garantias fundamentais.

As normas infraconstitucionais relativas ao Direito Penal e ao Processo Penal possuem estreita relação com os direitos fundamentais. E dessa forma, portanto, desempenham importante papel na concretização do devido processo legal, agora ao nível legislativo.

Por fim, é no plano da aplicação que o princípio inscrito no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição sai da abstração para o caso concreto. É nesse momento que se compreende o real significado do mandamento “*ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. É dizer, não se tomará a liberdade ou os bens de alguém sem que sejam respeitados os direitos fundamentais insculpidos na Constituição e na legislação que a complementa.

Portanto, discutir a delação premiada significa inseri-la no contexto da função estatal voltada ao esclarecimento de determinados fatos e cuja rigorosa observância dos direitos fundamentais relacionados com o devido processo legal é pressuposto de validade e legitimidade.

A análise dos institutos jurídicos não pode ser desconectada da realidade (*texto e contexto*)<sup>[1]</sup>. Assim, a verificação da constitucionalidade da delação premiada passa obrigatoriamente pelos modos de aplicação da medida. Sob esse ponto de vista, receio ser altamente duvidosa a relação de conformidade entre as normas infraconstitucionais que disciplinam a delação premiada e o texto constitucional.

O *princípio da legalidade* desempenha papel central para a garantia dos direitos fundamentais. Isto ninguém discute. Um dos aspectos pouco debatidos, porém, diz respeito ao fato de que o legislador atua na imposição de limites ao poder de restringir direitos fundamentais.



A Constituição atribui ao legislador o delineamento dos limites dos direitos e dos limites às restrições dos direitos: os *limites dos próprios limites*<sup>[2]</sup>. A lei cria procedimentos, estabelece competências ou delimita as competências já desenhadas na Constituição, estipula prazos e prescreve requisitos a serem observados<sup>[3]</sup>.

No caso da *delação premiada*, no entanto, basta uma simples mirada sobre os dispositivos legais vigentes antes da Lei 12.850/2013 para concluir que não havia suficiente proteção legislativa em nosso ordenamento jurídico. Até a edição dessa lei, não havia definição legal precisa do instituto. Todos os dispositivos legais que a ele faziam referência o inseriam no contexto de regulamentação de outros temas<sup>[4]</sup>.

De modo geral, essas normas previam a possibilidade de sensível redução da pena para o coautor ou partícipe que, através de *confissão espontânea*, prestasse às autoridades esclarecimentos a respeito das infrações penais e sua autoria, bem como sobre a localização e recuperação do produto do crime<sup>[5]</sup>.

Nenhum desses dispositivos, porém, tratava da delação premiada com minudência, de modo a estabelecer os limites que deveriam ser observados para tutelar os direitos das partes e realizar a custódia da legalidade das provas.

A principal consequência desse vazio era a imensa e indevida margem de discricionariedade concedida aos intérpretes, especialmente aos juízes, para, em substituição ao legislador, “criar” regras *ad hoc* e em caráter retroativo, mesmo sem possuir legitimidade constitucional para tanto.

A Lei 12.850 de 2013 constitui o primeiro marco legal efetivo da delação premiada, não obstante a péssima redação que dá causa a uma série de dúvidas em pontos cruciais. Uma das poucas questões que ficaram claras, por força do seu artigo 3º, diz respeito à introdução da delação premiada formal e definitivamente na classe dos *métodos ocultos de investigação*.

Seguindo a tradição legislativa, o instituto foi denominado de “*colaboração premiada*”, verdadeiro eufemismo legal voltado a diminuir a carga semântica negativa. No entanto, a expressão *delação premiada* já se consagrou no meio jurídico, ultrapassou suas fronteiras e tornou-se corrente também nos meios de comunicação.

A delação premiada está disciplinada nos artigos 4º a 7º da Lei 12.850 de 2013, no capítulo reservado à Investigação e aos Meios de Obtenção da Prova. Não obstante a expressa menção à matéria típica de direito processual, os benefícios previstos ao réu delator têm nítido caráter material, tais como a redução das penas e a fixação do respectivo regime de cumprimento.

A Constituição manifesta em seu artigo 5º, inciso LXIII, que “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*”.

O significado normativo desse dispositivo é muito mais rico do que a simples possibilidade de permanecer em silêncio. Ele reflete, em verdade, o direito de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A *delação premiada* pressupõe *confissão*. Ou seja, o coautor ou partícipe do crime confessa sua conduta



---

e revela, entre outros dados, a identidade dos demais agentes, com vistas ao perdão judicial, à redução da pena ou, ainda, ao suposto direito de não ser denunciado.

Antes da edição da Lei 12.850/2013, os dispositivos legais acima referidos diziam que a *delação* deveria ser *espontânea*. Já o artigo 4º da lei vigente fala em colaboração *voluntária*. Ora, espontaneidade e voluntariedade significam condutas sem incitação ou constrangimento[6].

Em nosso ordenamento jurídico, toda e qualquer forma de violência ou ameaça, física ou moral, leva à invalidade da prova. Objetivamente, portanto, a obtenção da *delação* sob tortura seria tão ilegal quanto a ameaça de imposição de pena ou a utilização das prisões temporária e preventiva para esse fim.

Porém, a experiência forense mostra que quase todas as delações são feitas por pessoas que se encontram sob prisão cautelar, quando a espontaneidade ou voluntariedade do arguido se encontra intensamente comprometida[7].

Recentemente, em artigo publicado na *Folha de S.Paulo*, defendeu-se a utilização da prisão preventiva nos crimes de corrupção para obter a recuperação do produto do crime. Ou seja, para preencher uma das hipóteses da colaboração premiada[8].

Em nosso ordenamento jurídico, contudo, a liberdade é a regra, a prisão *ante tempus* excepcional exceção. As hipóteses de restrição da liberdade de locomoção estão exaustivamente previstas no CPP. Fora das hipóteses legais, toda e qualquer restrição da liberdade é nula de pleno direito.

Evidentemente, a utilização aberta ou velada da prisão como forma de constranger o indivíduo à delação constitui grave violação da ordem jurídica. E, portanto, no espaço público do processo penal, haveria claro e pontual estado de exceção, negando-se vigência aos direitos e garantias fundamentais.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição, garante a todos o exercício do *contraditório* e da *ampla defesa*.

Até a edição da Lei 12.850/2013, os acordos de *delação premiada* eram feitos sob o mais absoluto sigilo. Mesmo depois de realizados e homologados, os coacusados delatados e suas respectivas defesas dificilmente tinham acesso ao teor do acordo, mesmo diante de insistentes pedidos.

Como regra geral, a existência da delação somente era revelada no curso do processo, por ocasião da indicação e, especialmente, da tomada de depoimento do delator na qualidade de “*testemunha da acusação*”.



Parece elementar que o delator não poderia figurar no processo como testemunha. Ele deveria estar incluído no rol de denunciados ou, na pior das hipóteses, indicado como informante, até porque a delação sempre foi qualificada como chamada de corrêu, com todas as respectivas ressalvas.

Não parece correta, por esse motivo, a disposição contida no artigo 4º, parágrafo 14, no sentido de que o delator, em qualquer hipótese, deverá prestar o compromisso de dizer a verdade. Isso significa guindar o coautor ou partícipe à condição de testemunha.

Ora, ao depoimento do coautor ou partícipe jamais poderia ser atribuído o mesmo valor probante daquele prestado por testemunha, pois essa goza da presunção *juris tantum* de absoluto descompromisso com o resultado da causa, o que obviamente não ocorre com o delator.

Essa equiparação legal, artificial, é absolutamente comprometidora do equilíbrio de forças no processo, pois contra a palavra do delator, no mais das vezes, o acusado teria, apenas, a sua própria palavra, a qual é tomada sem o status de testemunho, sem o compromisso de dizer a verdade e, o que é pior, sem a chancela da homologação judicial.

Fica assim comprometida a própria ideia de contraditório, a qual pressupõe, no processo penal democrático, o equilíbrio de forças.

A Lei 12.850 de 2013 estabelece que a delação deverá permanecer sob sigilo até a denúncia. Após a realização desse ato, o acesso aos termos do acordo e ao inteiro teor dos depoimentos deverá ser disponibilizado aos interessados.

Sem prejuízo do que disse antes, entendo que a delação deverá ser obrigatoriamente submetida ao contraditório como condição de sua própria validade. Com isso quero dizer que a ciência às partes deve ser obrigatória, permitindo-se que, durante o curso do processo, seja possível indagar (i) todos os fatos e circunstâncias que a precederam, (ii) os procedimentos adotados durante a celebração do acordo e sua conformidade à Lei 12.850/2013, (iii) a veracidade do depoimento e sua relação com outras provas. Enfim, todo exame de legalidade necessário à verificação da validade da delação e dos elementos colhidos através da sua realização.

Ou seja, a homologação judicial somente poderá ser feita durante o curso do processo, após o encerramento da instrução.

A *garantia do juiz natural* compreende o direito de todo cidadão a não ser processado nem sentenciado senão por autoridade imparcial e cuja competência tenha sido fixada por lei antes da ocorrência do fato penal.

A ideia de imparcialidade é indissociável da jurisdição<sup>[9]</sup>. Quando a Constituição garante a todos o acesso à jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV) ela estabelece imediatamente o direito fundamental à imparcialidade do juiz.

O artigo 4º, parágrafo 6º, da Lei 12.850/2013, vedou a participação do juiz nos acordos de delação. Semelhante vedação não era encontrada na normativa anterior, o que levou, em certos casos, alguns



---

magistrados a participarem direta ou indiretamente dos acordos. Em alguns casos, colhendo pessoalmente o depoimento dos delatores.

A vedação legal é salutar. Realmente não faz qualquer sentido a participação do juiz nas negociações do acordo ou na própria revelação dos fatos sabidos pelo delator[10].

Por essa razão, Juliano Breda não vacila em afirmar que essa prática “...é ilegal sob qualquer ótica (...) não é possível vislumbrar imparcialidade no juiz que obtém a delação, *concedendo o benefício a determinado criminoso* e, posteriormente, julga os delatados, ou, sob outro prisma, os responsáveis pela concessão do benefício ao delator. É desumano exigir que o cidadão julgue com absoluta isenção o resultado de seu próprio trabalho. Isso ocorre com a delação”[11].

O parágrafo 7º do artigo 4º prevê a *homologação judicial* da delação, ocasião em que o juiz deverá verificar sua *regularidade, legalidade e voluntariedade*, podendo para este fim, *sigilosamente*, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Como disse antes, a homologação só poderia acontecer após o encerramento da instrução processual, sob contraditório. Não parece adequada a existência de controle de legalidade, regularidade, e especialmente da voluntariedade em caráter sigiloso, sem participação dos demais arguidos cujos direitos e interesses estão diretamente relacionados ao conteúdo da delação.

Mas não é só. Uma vez realizada a homologação na instância preliminar, torna-se praticamente inviável e sem chances de êxito qualquer desafio à legalidade da delação durante a fase processual, por óbvios motivos.

As regras previstas na Lei 12.850/2013, neste particular, abrem espaço para a “*acumulação quântica de poderes*” nas mãos do juiz, como bem explica Geraldo Prado com apoio em Roxin e Schünemann[12], confundindo-se funções típicas de investigação e jurisdição.

Por outro lado, como adverte Heloísa Estellita, “...no momento em que um magistrado ‘*homologa o acordo*’, está ele a afirmar (antecipadamente) sua convicção sobre a veracidade das informações fornecidas pelo delator sobre a ‘*identificação dos demais co-autores ou partícipes*’ (...) Isso implica dizer que a ‘*homologação*’ tira do magistrado aquela que deve ser sua *qualidade elementar* para o exercício da jurisdição: a *imparcialidade*...”[13].

Por fim, há ainda algumas questões relacionadas à efetividade e sucesso da delação premiada, que devem ser discutidas à luz da *proibição ao uso de provas ilícitas* prescrita no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.



A experiência forense mostra que a delação tem sido utilizada como recurso atípico à obtenção da liberdade do acusado que se encontra sob prisão temporária ou preventiva. Os recentes casos noticiados na mídia mostram que a restituição da liberdade de locomoção é utilizada como moeda de troca, como prêmio imediato concedido pela delação.

Nesse contexto, o réu delator está despido de garantias. Ele se vê obrigado a abrir mão de seus recursos e ações constitucionais, tais como o habeas corpus, o que só faz aumentar o descompasso entre a delação e o Estado de direito[14].

Por outro lado, estabelece-se entre o acusado, o Ministério Público e o juiz (*sobretudo após a homologação*) uma bizarra relação de confiança, a qual encontra paralelo na precisa lição de Nilo Batista, quando ele descreve os procedimentos de tortura narrados por Nicolau Eymerich, inquisidor geral da Catalunha[15].

Lá estão presentes alguns dos elementos indicados nos dispositivos legais vigentes no direito brasileiro, especialmente a previsão de que o réu deveria confessar espontaneamente, após lhe serem mostrados os instrumentos de tortura: *“a visão dos instrumentos de tortura pode nele infundir sentimentos que resultem na confissão”*[16].

Mas o que mais chama a atenção é o fato de que em havendo confissão, o arguido seria levado a uma sala onde não havia qualquer sinal dos instrumentos utilizados na tortura, a fim de que ele viesse a confirmar a confissão. Caso a confissão não fosse confirmada, a tortura teria continuidade, pois ela, de acordo com a regra, não poderia recomeçar[17].

A mórbida semelhança entre esses procedimentos e aqueles verificados na Lei 12.850/2013 é impressionante, especialmente nos casos em que a delação é feita por arguidos que se encontram sob prisão. Uma vez homologada a delação, o acusado é posto em liberdade. Por alquimia legal, ele será transformado em testemunha da acusação, com o compromisso de dizer a verdade. Se os depoimentos futuros não confirmarem o que foi declarado sob delação, certamente o arguido retornará ao estado anterior, ou seja, à prisão.

O constrangimento físico e moral representado pela prisão, portanto, acaba sendo a mola propulsora da efetividade da delação. Nesses termos, se a efetividade de um instituto jurídico depende do absoluto rompimento com o Estado democrático de direito vigente, é manifesta sua inconstitucionalidade.

Nas veementes e precisas palavras de Jacinto Coutinho: *“Inconstitucional desde a medula, a sua prática, dentro de um sistema processual de matiz inquisitória ofende 1º) o devido processo legal; 2º) a inderrogabilidade da jurisdição; 3º) a moralidade pública; 4º) a ampla defesa e o contraditório; 5º) a proibição das provas ilícitas. Só isso, então, já seria suficiente para que se não legislasse a respeito e, se assim fosse, que se não aplicasse”*[18].



[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6 ed.. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1198.

[2] GILMAR F. MENDES, INOCÊNCIO M. COELHO e PAULO G. G. BRANCO, Curso de Direito Constitucional, p. 304-305.

[3] É o que ocorre, por exemplo, nos casos das escutas telefônicas, onde há intensa regulamentação dos requisitos indispensáveis à restrição ao direito fundamental à intimidade e à privacidade.

[4] Assim: o art. 159, §4º, do Código Penal; art. 25, §2º, da Lei 7.492/96; art. 16, parágrafo único da Lei 8.137/90; art. 6º da Lei 9.034/95; art. 1º, §5º, da Lei 9.613/98; artigos 13 a 15 da Lei 9.807/99.

[5] Destaquem-se os artigos 13, II, da Lei 9807/99 e 159, §4º, do Código Penal, os quais incluíram a localização da vítima e a preservação de sua integridade física.

[6] Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Rio de Janeiro: Instituto Houaiss, 2001, p. 1236.

[7] Sobre o tema: CÂMARA. Notas Sobre as Cautelas Prisionais e os Crimes Contra a Ordem Econômica. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico – IBDPE, 2.ed., Curitiba: IBDPE, 2014, p. 5 – 6.

[8] MORO, Sergio Fernando. Não é dos Astros a Culpa. Folha de São Paulo, edição de 24 de agosto de 2014.

[9] MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal, t. 1, p. 739. “...*el adjetivo ‘imparcial’ integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto de ‘juez’, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad que le es encomendada a quien juzga (...) ...refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir*”.

[10] Veja-se, a propósito, o julgamento pelo STF do HC 94.641, em 11/11/2008, Relator p/ o Acórdão o Min. Joaquim Barbosa, com destaques ao magistral voto do Min. Cezar Peluso.

[11] A Busca da Verdade no Processo Penal e a Delação Premiada. Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde, Cezar Roberto Bittencourt (Coord.), p. 461.

[12] Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas



---

por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 49 – 50.

[13] A Delação Premiada para a Identificação dos Demais Coautores ou Partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. Boletim IBCCRIM 202/Setembro 2009, p. 2-3.

[14] Sobre o tema, veja-se interessante matéria publicada na Conjur em 25 de setembro de 2009. <http://www.conjur.com.br/2014-set-25/exigir-fim-hc-delacao-inversao-valores-kakay>. Acesso em 29 de setembro de 2009 às 18h56'.

[15] Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I, 2.ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 265-266.

[16] Idem, p. 265.

[17] Idem, p. 266.

[18] Delação Premiada: posição contrária.

**Date Created**

08/10/2014