



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Felipe Fonseca Peres

DELAÇÃO PREMIADA: DA IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA VALORAÇÃO

JUIZ DE FORA/MG
2012

Felipe Fonseca Peres

DELAÇÃO PREMIADA: DA IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA VALORAÇÃO

Trabalho Monográfico de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos da obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Clarissa Diniz Guedes.

JUIZ DE FORA
2012

Felipe Fonseca Peres

O TRABALHO MONOGRÁFICO INTITULADO “DELAÇÃO PREMIADA: DA IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA VALORAÇÃO”, ELABORADO POR FELIPE FONSECA PERES, FOI AVALIADO COMO REQUISITO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO, TENDO SIDO CONSIDERADO APROVADO.

BANCA EXAMINADORA:

- **PRESIDENTE: CLARISSA DINIZ GUEDES – PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA/MG.**
- **MEMBRO 1: FLÁVIA LOVISI PROCÓPIO DE SOUZA – PROFESSORA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA/MG.**
- **MEMBRO 2: LUIZ EDUARDO MOURA GOMES – PROFESSOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA/MG.**

JUIZ DE FORA
2012

Dedico este trabalho a tudo que se agregou à minha trajetória de vida, cada lugar por onde passei, cada pessoa com quem convivi, cada obstáculo que superei, enfim, sinto que tudo foi importante para que essa conquista fosse possível, consagrando nova era de prosperidade.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à professora Clarissa Diniz Guedes, minha orientadora e amiga, pela inestimável dedicação e boa vontade demonstrada na condução deste trabalho e na transmissão de seus brilhantes ensinamentos.

Aos mestres da faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, agradeço pela incomparável relação de ensino estabelecida com o corpo discente, os senhores são referência de qualidade acadêmica.

Há dois tipos de sabedoria: a inferior e a superior. A sabedoria inferior é dada pelo quanto uma pessoa sabe, e a superior, pelo quanto ela tem consciência de que não sabe. Tenha sabedoria superior. Seja um eterno aprendiz na escola da vida. A sabedoria superior tolera, a inferior julga; a superior alivia, a inferior culpa; a superior perdoa, a inferior condena. (CURY, 2002. p. 67).

RESUMO

O presente trabalho tem como alvo a análise da importância do contraditório no procedimento da delação premiada. Analisa-se, ainda, o valor probatório desta delação produzida no processo como fundamento de sentença condenatória, como meio de prova idôneo a dissipar a presunção constitucional de inocência do terceiro imputado.

Para tanto, iniciou-se a explanação com uma breve introdução ao direito premial, passando pela eticidade do instituto da delação premiada.

Em seguida, analisa-se a previsão do instituto no Direito Brasileiro e a exposição continua com a definição de delação premiada, procurando-se estabelecer a natureza jurídica do instituto.

Iniciou-se, então, uma análise crítica do emprego da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, buscando delinear modelo de aplicação do instituto que permita o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Superado esse exame, o estudo se volta à avaliação probatória da delação premiada face às garantias constitucionais do acusado, bem como ao princípio da presunção de inocência, demonstrando-se que o magistrado deve seguir uma potencialização de cuidados e buscar a corroboração das declarações do delator, para que a delação possa ser admitida como meio de prova e servir de fundamento do decreto condenatório, juntamente com os demais elementos probantes dos autos.

A partir de análise crítica acerca do tratamento recebido pela delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, foi proposto texto legislativo que proporcione regramento processual para o instituto e possibilite sua inserção em um processo penal democrático, de forma que permita o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa e assegure o princípio da presunção de inocência.

Concluiu-se, então, que o instituto não apresenta riscos às garantias processuais a que faz jus o imputado pela mera previsão abstrata que recebe, mas sim é a utilização efetiva da delação premiada que gera problemas, na medida em que não há procedimento legal descrito nas diversas normas que disciplinam o tema. A partir da aplicação procedimentalizada, o instituto da delação premiada tem condições de atingir sua finalidade precípua, sem ferir os direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Processo penal; valor probatório; presunção de inocência; delação premiada.

ABSTRACT

The present work is aimed to analyze the importance of an adversarial procedure of informing the award. We analyze also the probative value of this denunciation produced in the process as a basis for conviction, as evidence suitable to dissipate the constitutional presumption of innocence of the third accused.

To this end, the explanation began with a brief introduction premial the right, past the ethics of informing the institute awarded.

Next, we analyze the prediction of the institute in Brazilian Law and the exhibition continues with the definition of whistleblower award, seeking to establish the legal status of the institute.

It began, then, a critical analysis of the use of informers winning the Brazilian legal system, to define an application model, the institute that allows the exercise of the contradictory and full defense.

Overcome this test, the study turns to the evaluation of the evidence against the whistleblower awarded constitutional guarantees of the accused and the presumption of innocence, demonstrating that the magistrate should follow an enhancement of care and to seek corroboration of the statements of the informer so that the whistleblower may be admitted as evidence and serve as the basis of the decree condemning, along with the other elements of the evidential record.

From the critical analysis of the treatment received by the whistleblower awarded the Brazilian legal system, was proposed piece of legislation that provides procedural regramento for the institute and enable their integration into a democratic criminal proceedings in order to allow the effective exercise of the adversarial and the wide defense and ensure the principle of presumption of innocence.

It was concluded then that the institute does not present risks to the procedural safeguards to which the accused is entitled by the mere abstract prediction that receives, but is the effective use of the whistleblower award that creates problems, as there is no legal procedure described in various rules governing the subject. From the application procedimentalizada, the institute awarded the whistleblower is able to achieve its main purpose, without hurting the rights and guarantees.

Keywords: Criminal procedure; probative value; presumption of innocence; whistleblower award.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - DELAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS GERAIS, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	14
1.1. ASPECTOS GERAIS.....	14
1.1.1. Introdução ao direito premial.....	14
1.1.2. Previsão legal no Brasil.....	16
1.2. CONCEITO.....	18
1.3. Natureza jurídica.....	19
CAPÍTULO II – PROCESSUALIZAÇÃO DA DELAÇÃO E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO	22
2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	22
2.2. FORMALIZAÇÃO PROCESSUAL DA DELAÇÃO PREMIADA E OS ACORDOS CLANDESTINOS.....	23
2.3. PRODUÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	25
2.3.1. Considerações preliminares.....	25
2.3.2. Direito ao contraditório e à ampla defesa no processo penal.....	26
2.3.2.1. Direito ao contraditório.....	27
2.3.2.2. Direito à ampla defesa.....	29
2.3.3. Formalização processual da delação premiada no contexto do contraditório e da ampla defesa.....	30
CAPÍTULO III - VALORAÇÃO JUDICIAL DA DELAÇÃO PREMIADA	33
3.1. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	33
3.2. SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DA PROVA.....	36
3.2.1 Sistema íntima convicção do magistrado.....	36
3.2.2. Sistema da prova tarifada.....	37
3.2.3. Sistema do livre convencimento motivado.....	38

3.3. VALO PROBATÓRIO DA DELAÇÃO PREMIADA FACE À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	39
3.4. PROPOSTA LEGISLATIVA.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
BIBLIOGRAFIA E SÍTIOS RELACIONADOS.....	46

INTRODUÇÃO

Atualmente tem se observado uma potencialização da criminalidade organizada, o que dificulta e pretere o seu combate pelo Estado através de mecanismos tradicionais. Com esse fundamento, vêm sendo institucionalizados novos meios de prova e de obtenção de prova, no âmbito do processo penal, com o objetivo de permitir a elucidação de crimes praticados por organizações criminosas e, conseqüentemente, viabilizar a persecução penal nesses casos excepcionais, em busca de maior efetividade.

Em meio a esse contexto surge o instituto da delação premiada, que visa romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*) para tornar possível a obtenção de fatos em apuração contra aqueles que se associam para praticar infrações penais.

O problema é que a delação premiada é tema controverso, pois sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro se deu por meio de remendos normativos, que não guardam coerência sistêmica. Em meio a essa profusão de leis que tratam do referido benefício premial, não previu o legislador qualquer regramento de ordem processual para o instituto.

O estado de atecnia apontado gera insegurança tanto em relação ao procedimento a ser empregado quanto à valoração dos elementos de prova fornecidos pelo imputado ou acusado colaborador, sendo que essas incertezas acorrem para todas as partes envolvidas no processo em que há a delação. Isso porque o magistrado é o maior guardião das garantias processuais, o delator não tem antevisão acerca do procedimento que será seguido na tomada de suas declarações e possui mera expectativa quanto ao benefício premial, e no que condiz ao corréu delatado, porque sofre com a insegurança acerca do tratamento valorativo que será conferido aos elementos de prova que inseridos no processo via delação premiada.

A ausência de procedimento destinado à aplicação da delação premiada coloca em risco sua utilização como fundamento de sentença condenatória, já que a falta de regras processuais de utilização do instituto favorece a ocorrência de delações falsas, provenientes de imputados que queiram prejudicar desafetos ou mesmo por comparsas que confessam de maneira estratégica para livrar corréus da acusação, o que certamente produzirá efeitos negativos no processo futuro ou presente, sem que os elementos de prova trazidos pela delação sejam expurgados deste.

A questão que merece o centro da discussão é se as declarações prestadas pelo delator podem, por si só, esmagar a presunção constitucional de inocência do corréu para chamá-lo à responsabilidade.

Por tais razões, pretende-se com o presente trabalho, apresentar proposta legislativa que traga regra de tratamento processual ao instituto da delação premiada que respeite o princípio da presunção de inocência.

Para tanto, a explanação começa com uma breve introdução ao direito premial, passando pela eticidade do instituto da delação premiada.

Em seguida, analisa-se a previsão do instituto no Direito Brasileiro e a exposição continua com a definição de delação premiada, procurando-se estabelecer a natureza jurídica do instituto.

Superado esse exame, o estudo se volta a uma análise da delação premiada e de seu emprego pelo ordenamento jurídico brasileiro, buscando esboçar modelo ideal de aplicação do instituto que se coadune com o contraditório e com a ampla defesa.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar a valoração da delação premiada no processo pelo julgador face ao princípio da presunção de inocência, buscando evidenciar que o magistrado deve seguir uma potencialização de cuidados nessa atividade de avaliação, não podendo sobrelevar o valor probatório da delação premiada produzida no processo com a finalidade de utilizá-la, isoladamente considerada, na fundamentação do decreto condenatório.

Procurou-se, então, a partir de análise crítica acerca do tratamento recebido pela delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, apresentar proposta legislativa que fixe regramento processual para o instituto e possibilite sua inserção em um processo penal democrático, de forma que permita o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa e assegure o princípio da presunção de inocência.

CAPÍTULO I – DELAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS GERAIS, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

1.1. Aspectos gerais

1.1.1. Introdução ao direito premial

Existem muitos posicionamentos acerca do significado da concessão de prêmios ao imputado que colabora com o Estado. Em primeiro momento, surge a teoria utilitarista de Jeremy Bentham, que analisando a oferta de benefícios em troca de condutas desejadas, encarou a recompensa como instrumento de prevenção de crimes¹.

Divergindo de Bentham, o autor francês Raoul De La Grasserie² reconhece a recompensa como prêmio por um ato virtuoso, sendo instrumento de defesa social e não retribuição por relação de troca.

Contudo, a utilização do direito premial nos dias atuais se aproxima mais da teoria de utilitarista de Bentham do que da idéia de recompensa por um ato heróico que defende Grasserie³. A premialidade, portanto, tem sido utilizada como mecanismo de repressão do crime organizado, oferecendo em troca da colaboração na libertação de vítimas privadas de sua liberdade, no desmantelamento da organização criminosa e na recuperação do produto do crime, vantagem relativa à pena do delator.

Já nesse ponto, o instituto da delação premiada provoca incômodo do ponto de vista ético, pois conforme ensina Adel El Tasse, “o emprego do instituto da delação premiada traz na esteira de uma visão utilitarista da justiça, em que fins justificam os meios, o abandono relativamente tranqüilo de barreiras éticas importantes”⁴.

¹ BENTHAM, Jeremy. *Théorie des peines et des recompenses*. Raris: 1826, p. 40-42. apud LUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Tese de Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2008, p. 43.

² BENEVIDES, FILHO, Maurício. *A sanção premial do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, cit. p. 117. apud LUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Tese de Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2008, p. 44.

³ LUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Tese de Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2008, p. 43-47.

⁴ TASSE, Adel El. *Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval*. Ciências Penais, vol. 5, jul. 2006, p. 269.

À luz da eticidade, a delação premiada não passa de ato de traição que é premiado pelo Estado, o que de forma alguma pode ser enaltecido. Natália Oliveira de Carvalho entende que o Estado, ao premiar a postura de traição do codelinqüente, se transforma em incentivador de antivalores ínsitos à ordem social⁵.

Outra linha segue Renato Brasileiro de Lima⁶, segundo o qual:

“não há falar em violação à ética nem tampouco à moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis”.

Entretanto, esse não nos parece ser o pensamento mais acertado, pois embora a moral e o direito não se confundam, a prosperidade da comunidade exige a interrelação dos mesmos, buscando-se um direito ético e, conseqüentemente, democrático. No caso, a delação premiada representa sim comprometimento moral e ético para a sociedade, pois se revela como construção utilitarista em que há oferta de prêmio ao traidor que, em determinado caso, ajudar a suprir a ineficiência do aparelho investigatório estatal.

Inegável, portanto, que a delação premiada já cause desconforto desde a sua construção jurídica, dado que a projeção utilitarista do instituto em premiar ato de traição, na busca de maior efetividade na persecução criminal, realmente afeta a ética e a moral.

Houve, indubitavelmente, uma escolha do legislador, uma eleição de valores; preferiu-se a efetividade da persecução criminal em detrimento da ética e da moral, sobretudo nas hipóteses em que o bem jurídico em jogo em virtude da comissão do crime seja considerado de extrema relevância ou, ainda, quando seja possível sua recuperação total ou parcial – tal como ocorre nos casos de extorsão mediante sequestro, em que ainda haja a possibilidade de libertar a vítima.

Entretanto, prefere-se não aprofundar a discussão acerca do aspecto ético-moral do instituto, já que o foco do presente trabalho é a análise do valor probatório da delação produzida no processo face à violação das garantias processuais – principalmente ao princípio da presunção de inocência – que gera a previsão assistêmica do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵ CARVALHO, Natália Oliveira. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: 2009, p. 101.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: 2011, p. 1106.

1.1.2. Previsão legal no Brasil

No Direito Brasileiro, a origem da colaboração processual já se deu no seio das Ordenações Filipinas, no Livro V, Título CXVI, do Código Filipino, sob o título “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, previsão que concedia o perdão aos criminosos delatores.

Contudo, como não é a pretensão deste trabalho traçar histórico do instituto no Direito Brasileiro, considerando que o foco de estudo são as normas vigentes acerca da delação premiada, passa-se à análise da Lei dos crimes hediondos, Lei nº. 8.072/1990, que foi o primeiro diploma legal que disciplinou essa espécie de colaboração processual no ordenamento jurídico brasileiro.

Referida lei trouxe a previsão da delação premiada no parágrafo único de seu artigo 8º, consagrando-a como causa de diminuição de pena em favor de autor e co-autor ou participe que delatasse os demais integrantes da quadrilha ou bando voltado para a prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Exige a lei que a denúncia possibilite o desmantelamento da quadrilha ou bando.

A mesma lei ainda previu o instituto da delação premiada no crime de extorsão mediante sequestro, acrescentando ao artigo 159 do Código Penal, o § 4º, *in verbis*: “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Em sequência, veio a Lei nº. 9.034/1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, prevendo o instituto em seu artigo 6º, segundo o qual, “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Esse dispositivo inseriu um elemento novo, não previsto na Lei de Crimes Hediondos, que é a natureza espontânea da colaboração.

Já a Lei nº. 9.080/1995 inseriu o instituto da delação premiada em dois diplomas legais, quais sejam, a Lei nº. 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e a Lei nº. 7.492/1986, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, nas quais se incluiu redução de pena de um a dois terços

para o coautor ou partícipe de crime destas que revelar a toda trama delituosa à autoridade judicial através de confissão espontânea.

Ainda na década de 90, a Lei nº. 9269/1990 alterou o § 4º do artigo 159 do Código Penal, o qual passou a dispor que se “o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

A Lei nº. 9.613/1998, que trata dos crimes de “lavagem” de dinheiro, previu o instituto da delação premiada como meio de busca da justiça, prevê redução de um a dois terços, possibilidade de cumprimento de pena em regime inicial aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou mesmo a não aplicação de pena, ao autor, coautor ou partícipe que espontaneamente colaborar no esclarecimento que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores coautores e partícipes, ou à localização dos bens direitos ou valores objeto do crime.

De extrema importância, é a Lei nº. 9.807/1999, que trata dos programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, visto que é o texto legal mais abrangente ao prever o instituto da delação premiada. Isso porque referida lei estabeleceu hipóteses mais largas para a concessão do benefício, inovou ao possibilitar o recebimento do perdão judicial como prêmio ao réu colaborador, assim como conferiu proteção a acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Previsão mais recente do instituto foi na lei de drogas, Lei nº. 11.343/2006, a qual previu redução de pena de uma a dois terços para o indiciado que colaborar voluntariamente com a persecução criminal, possibilitando a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

O Anteprojeto do Código Penal que foi entregue ao Senado Federal em 27 de junho de 2012 trouxe proposta de norma regulamentadora da delação premiada, sendo que a Comissão elaboradora alojou o instituto na parte geral do Código Penal, almejando sua aplicação a todos os delitos. Previu a Comissão no referido texto, a possibilidade de perdão judicial, se primário, e redução de pena de um a dois terços ou aplicação apenas de pena restritiva de direitos, ao acusado que efetiva e voluntariamente colaborar com a persecução criminal, possibilitando a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, localização da vítima com sua integridade física preservada e recuperação total ou parcial do produto do crime.

Percebe-se que o instituto da delação premiada foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro em dispositivos esparsos, por meio de remendos normativos nada coesos. E pior, não se afere qualquer regramento processual acerca do tema, que em meio a essa previsão nada coesa, tem sido aplicado de forma insegura e ilegal, desrespeitando as garantias processuais mais essenciais, o que parece comprometer o valor probatório da delação produzida no processo e a idoneidade da mesma para afastar a presunção de inocência do terceiro imputado.

Muito embora a Comissão que elaborou o referido Anteprojeto do Código Penal busque um tratamento uniforme à delação premiada, inclusive alargando o seu rol de hipóteses de aplicação, não traz disposições acerca da processualização do instituto, permanecendo o problema de violação a garantias processuais.

Analisando a delação premiada no Direito Brasileiro, buscar-se-á, a seguir, traçar a definição e a natureza jurídica do instituto à luz do ordenamento pátrio.

1.2. Conceito

Muito embora a delação premiada tenha recebido tratamento esparsos no ordenamento jurídico penal brasileiro, sendo prevista por diversas normas diferentes, não é possível identificar definição clara do instituto em qualquer dos diplomas legais que o disciplinam. Não obstante, é possível estabelecer a conceituação do instituto da delação premiada a partir dos dados históricos que o envolvem, levando em consideração os trabalhos de estudiosos do direito e a jurisprudência acerca do tema.

Nos ensinamentos de Adalberto José Aranha⁷, “a delação ou chamamento de co-réu consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa”.

A esse conceito pode-se agregar a possibilidade de sanção premial, que, como visto no tópico precedente, é um dos fundamentos do instituto, associado à necessária efetividade da persecução criminal.

⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132.

Adotando acepção ampla e que condiz com a legislação vigente no Brasil, pode-se dizer que essa espécie de colaboração processual consiste na revelação que um investigado ou acusado, coautor ou partícipe de determinada infração penal, faz à autoridade, no curso das investigações ou em juízo, no sentido de confessar sua autoria na prática delitativa e denunciar terceiro (seu comparsa), em troca de benefício relacionado à pena que lhe será imposta em caso de condenação.

De outro lado, Renato Brasileiro de Lima⁸ conceitua a delação premiada como a:

possibilidade concedida ao participante e/ou coautor de ato criminoso de não ser processado, de ter sua pena reduzida, substituída por restritiva de direitos, ou até mesmo extinta, mediante a denúncia de seus comparsas às autoridades, permitindo, a depender da conduta delituosa, o desmantelamento do bando ou quadrilha, a descoberta de toda a trama delituosa, a localização do produto do crime, ou, ainda, a facilitação da libertação do sequestrado.

Analisando o conceito oferecido pelo autor Renato Brasileiro, nota-se que o mesmo se demonstra mais adequado às tendências processuais relacionadas a um direito penal garantista, inclusive correspondendo com disposto no Anteprojeto do Código Penal que foi entregue ao Senado Federal em 27 de junho de 2012, entretanto, não guarda total pertinência com as normas vigentes que tratam do tema no Direito Brasileiro, considerando que o benefício premial concedido pela delação, da forma como atualmente previsto o instituto, somente diz respeito à pena, não autorizando qualquer imunidade.

Note-se, contudo, que os sentidos atribuídos ao instituto da delação premiada se aproximam e fica claro que é de suma importância a assunção de culpa por parte do delator na prática delituosa, pois, em ocorrendo a confissão juntamente com a denúncia contra o comparsa e indicação de outros elementos de prova, se tem mais segurança para conferir valor probatório à delação.

1.3. Natureza jurídica

Conforme esclarecido no Capítulo I, a adoção do instituto da delação premiada se deu a fim de viabilizar a persecução penal contra a criminalidade organizada, dada a dificuldade

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011, p. 1105.

do Estado, *sponte própria*, em romper com a *affectio societatis* das organizações criminosas utilizando os recursos probatórios tradicionais.

Com a inserção da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, grande discussão doutrinária surge acerca da natureza jurídica do instituto no processo penal, sem, contudo, se chegar a conclusão satisfatória da qualidade do mesmo no campo probatório.

Procurar-se-á, a seguir, estabelecer a natureza jurídica do instituto no processo penal brasileiro a partir dos conceitos de meios de investigação, fonte de prova e meio de prova, sendo necessário, primeiramente, proceder à distinção de tais expressões.

Fonte de prova refere-se às pessoas ou coisas das quais se consegue a prova. Deriva do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, sendo certo que sua introdução no processo ocorre através dos meios de prova.

Meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes de provas são levadas ao processo, referindo-se a uma atividade endoprocessual, que desenvolve perante o juiz, com a participação as partes.

Por sua vez, meios de investigação ou obtenção da prova são certos procedimentos regulados pela lei, em regra, extraprocessuais, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz. Justamente porque buscam obter fontes de prova a serem inseridas na fase processual, e por independerem – em geral – da presença do juiz, os meios de obtenção são produzidos, via de regra, de forma não-contraditória. Por essa razão, não podem ser utilizados como fundamento exclusivo de sentença penal condenatória. Segundo José Frederico Marques⁹, “em face da Constituição, não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente”.

Realizadas as devidas distinções, pode-se afirmar que o imputado colaborador, na medida em que presta informações incriminadoras de terceiro, assume, em relação a este, posição de fonte de prova, visto que do depoimento poderão ser obtidos elementos de prova. A delação é, portanto, o meio pelo qual se extraem da fonte (delator) as informações sobre o fato criminoso.

Nesse diapasão, pode-se dizer que a natureza jurídica do instituto da delação premiada é de meio de prova, considerando que funciona como instrumento de inserção da fonte de prova retromencionada no processo.

⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, vol. I, p. 194, apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*: Tomo I. Rio de Janeiro: 2008, p. 63.

Contudo, configura a delação premiada, meio de prova não tradicional, já que se trata de instituto complexo, que afasta a presunção de inocência de terceiro para colocá-lo na posição de imputado através de declarações de coautor, devendo sua aplicação, portanto, proporcionar o direito ao contraditório e à ampla defesa ao delatado.

Percebe-se que a necessidade de atribuição de valor probatório é o que realmente dita a procedimentalização do instituto, pois, para que sirva como elemento de convicção idôneo a dissipar a presunção constitucional de inocência do delatado, faz-se necessário seguir uma sequência de atos adequada às garantias processuais. Por isso mesmo, é que se pode dizer, de plano, que a delação premiada é meio de prova que deve acontecer no procedimento oral¹⁰, pois só assim se estará permitindo a confrontação pelo delatado no exercício do direito constitucional de contraditório e de defesa.

As peculiaridades da delação premiada no Direito Brasileiro fazem crer que o instituto é meio de prova oral que se revela na forma de depoimento de corréu, já que se exige a confissão do delator e a delação em si, bem como há a possibilidade de aplicação da sanção premial.

O correto enquadramento do instituto tem ligação direta com os reflexos que serão causados no plano das garantias tanto do corréu delator como do corréu delatado. Isso porque, a idoneidade da delação como elemento probatório suficiente a afastar o postulado da presunção de inocência, depende da sanidade da oitiva a ser realizada, o que é influenciado, dentre outros fatores, pela ordem de oitiva e pelo direito ao silêncio do delator, como será abordado de forma completa no próximo Capítulo.

Reforçando a natureza jurídica do instituto já definida, Jaques de Camargo Penteado¹¹ ensina que, “tratando-se de meio de prova, a delação premiada ingressa no processo segundo os estritos requisitos legais que disciplinam essa matéria”.

De forma diversa, entende Renato Brasileiro de Lima¹² que a delação premiada configura meio de obtenção de prova, argumentando que através dela o acusado presta auxílio aos órgãos oficiais de persecução penal na obtenção de fontes materiais de prova.

Contudo, conforme já antecipamos, não é essa a posição mais acertada, pois, diversamente dos meios de obtenção de prova, a delação premiada somente pode ser realizada pelo juiz, em atividade endoprocessual e mediante amplo contraditório. Esses requisitos são, em nosso entendimento, essenciais à homologação da delação premiada.

¹⁰ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 77, mar. 2009, p. 175.

¹¹ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Delação premiada*. Revista dos Tribunais, v. 848, jun. 2006, p. 711.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011, p. 1115.

Realizadas as considerações pertinentes, parece que a natureza jurídica da delação premiada é realmente de meio de prova, já que o Estado se utiliza do instituto como meio de trazer ao processo a fonte de prova (delator) para dela extrair informações muito específicas, quais sejam: a confissão – admissão da comissão do delito pelo delator – e a delação.

O fato de se configurar como meio de prova não confere força desmedida à delação, mas, antes, determina que a sua realização pressupõe a observância de requisitos e garantias mínimas, úteis à obtenção da verdade, ao réu delator e ao réu acusado.

CAPÍTULO II – PROCESSUALIZAÇÃO DA DELAÇÃO E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO

2.1. Considerações preliminares

Ao fim do capítulo anterior, chegou-se à conclusão de que a delação premiada assume natureza jurídica de meio de prova, consoante funciona como o instrumento que possibilita a inserção no processo de elementos de prova incriminadores de terceiro advindos do depoimento do delator.

Considerando que o meio de prova é uma atividade endoprocessual cujo objetivo precípuo é a fixação de elementos probatórios no processo, será necessária a observância de procedimento específico na aplicação da delação premiada na ação penal, adequado às peculiaridades instituto em estudo.

Procurar-se-á a seguir, evidenciar a problemática da aplicação desprocedimentalizada do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de fornecer subsídios para, adiante, passar a definir um modelo ideal que atenda à processualística.

2.2. Formalização processual da delação premiada e os acordos clandestinos

Vigoram no Brasil, no que diz respeito à persecução penal nas ações penais públicas, os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade, quase não havendo espaço para que o Órgão Ministerial realize juízo de conveniência e oportunidade no exercício do poder de denunciar.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, presentes todos os requisitos (pressupostos processuais e condições da ação, bem como lastro probatório mínimo), o Ministério Público tem que cumprir o dever funcional de denunciar e acusar, não podendo se furtar de oferecer a peça acusatória por critérios políticos ou sociais. Tal princípio, também conhecido como princípio da legalidade processual pode, segundo a doutrina, ser extraído do artigo 24 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Funcionando como desdobramento do princípio da obrigatoriedade, o princípio da indisponibilidade, também denominado princípio da indesistibilidade, se traduz na impossibilidade do Órgão Ministerial dispor ou desistir do processo penal em curso, o que possui guarida no artigo 42 do Código de Processo Penal. Da mesma forma, como decorrência deste princípio, o artigo 576 do Código de Processo Penal dispõe que “o Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”.

Mitigação do princípio da obrigatoriedade é a hipótese de transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº. 9.099/1995, segundo o qual o Ministério Público, no caso de infrações de menor potencial ofensivo¹³, ao invés de oferecer a denúncia, deve propor a transação, com a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa. Na transação penal, por razões eminentemente político-criminais, o legislador lançou mão do princípio da discricionariedade regrada para criar exceção à regra da obrigatoriedade da ação penal pública, sendo que o Órgão Ministerial, se atendidos alguns requisitos objetivos e subjetivos constantes no dispositivo retromencionado, deve fazer a proposta de transação ao imputado, que, se aceita, impede a propositura da ação penal.

¹³ As infrações de menor potencial ofensivo são todas as contravenções penais e crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não os delitos a procedimento especial.

Não há que se confundir, ou mesmo assemelhar, o instituto da delação premiada aplicado no ordenamento jurídico brasileiro com a hipótese de transação do artigo 76 da Lei nº. 9.099/1995, pois naquele a aplicação se justifica pela busca de maior efetividade na repressão a prática de atividades criminosas graves altamente organizadas e não existe a possibilidade de barganha do Ministério Público com o delator no sentido de não oferecimento de denúncia.

Na hipótese da delação premiada prevista no direito brasileiro, o benefício premial incide sobre a pena, não se autorizando qualquer disponibilidade em relação à ação penal pública.

Dessa forma, fica claro que cabe ao Poder Judiciário a análise do preenchimento das condições que autorizam a concessão dos prêmios oferecidos ao delator pelo legislador, já que se relacionam à pena e nunca ao processo. Ou seja, o *Parquet* não tem permissão para fechar os olhos e deixar de propor ação penal contra o delator ou mesmo de formular pedido de condenação do mesmo nas alegações finais em virtude da colaboração prestada.

Contudo, não raras vezes, representantes do Ministério Público, na ânsia de processar criminosos, se aproveitam da previsão nada coesa da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro e acordam, de forma oculta, com o investigado ou acusado delator o não oferecimento de denúncia em relação ao mesmo em troca da colaboração. Essa barganha clandestina não conta com qualquer respaldo constitucional ou legal, já que o benefício proveniente da delação premiada não autoriza transigir acerca da ação penal, mas tão somente permite a diminuição ou isenção de pena, conforme o caso, pelo Poder Judiciário no ato de prolação da sentença. Ademais, não há que se cogitar de qualquer licitude na transação irregular, subreptícia e sigilosa, que ofende todos os cânones do devido processo legal.

A realização dessa espécie de transação às escuras da legalidade entre o Ministério Público e o investigado ou acusado colaborador, pode gerar prejuízos para o próprio delator, pois este desde já abrirá mão de grande parte de sua defesa para confessar e fornecer dados suficientes para que o órgão persecutório possa calcar sua acusação em relação a todos os criminosos, sendo que o Poder Judiciário, na análise do preenchimento dos requisitos, pode considerar o acordo ilegal e ilegítimo, alterando-o ou desprezando-o. Nesse ponto, a defesa do acusado delator e dos demais corréus já se encontra dilacerada e o acordo que beneficiaria aquele se transformou em armadilha.

Se própria delação premiada, sob a ótica do utilitarismo excessivo, já significa a abertura de fissura nas garantias processuais mais essenciais do terceiro delatado, imagina-se que esse tipo de acordo clandestino se revela como quebra total das garantias em que se funda

um Estado Democrático, já que será impossível o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo delatado, institucionalizando-se obtenção imoral de prova com total afronta ao princípio da presunção de inocência.

Como se vê, elementos de prova contra o terceiro delatado são trazidos ao processo por meio não reconhecido pelo ordenamento jurídico e, ao que parece, inviabiliza o exercício efetivo do direito ao contraditório e à ampla defesa e, conseqüentemente, viola o postulado da presunção de inocência, comprometendo o valor probatório da delação premiada.

2.3. Produção da delação premiada no processo penal e a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa

2.3.1. Considerações Preliminares

Conforme já demonstrado, a natureza jurídica da delação premiada realizada no curso do processo é, eminentemente, de meio de prova, pelo que deve ser produzida de forma ordenada, seguindo uma ordem de atos sucessivos, de forma a garantir o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, como já constatado da análise do direito positivo brasileiro e de acordo com o que leciona Jaques de Camargo Penteadó¹⁴:

“as diversas normas promulgadas sobre a delação premiada não guardam coerência sistêmica, não parecem ter alcançado os seus objetivos e as decisões dos tribunais que as aplicam ainda não permitem uma conclusão segura sobre a essência desse instrumento legal na visão da jurisprudência”.

Ou seja, inexistente procedimento legal específico para a formalização processual da delação premiada no processo. Inexistem também requisitos uniformes e coerentes para a aplicação do instituto no ordenamento brasileiro.

Dessa forma, considerando que a delação premiada funciona no processo como meio de prova, não havendo procedimento legal previsto especificamente para o instituto, deve-se,

¹⁴ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Delação premiada*. Revista dos Tribunais, v. 848, jun. 2006, p. 711.

preferencialmente, seguir o rito do interrogatório, de modo a assegurar as garantias processuais, já que o delator é também acusado no processo penal.

Portanto, depende a produção da delação premiada no processo de atividade direta do juiz, devendo ser realizada na presença dele, das partes e de seus defensores, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A seguir, estudar-se-ão referidos princípios isoladamente para, adiante, analisar o instituto da delação premiada no contexto dos mesmos, buscando formalização ideal do instituto.

2.3.2. Direito ao contraditório e à ampla defesa no processo penal

Como decorrência lógica do reconhecimento constitucional do direito ao devido processo legal¹⁵, as garantias do contraditório e da ampla defesa foram consagradas no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Os direitos à ampla defesa e ao contraditório são manifestações simultâneas e que se influenciam diretamente, sendo que o primeiro garante o segundo e por ele se manifesta. Contudo, embora se liguem pelo processo, o direito ao contraditório e o direito de defesa não se confundem. Segundo Gustavo Henrique Badaró¹⁶, o princípio do contraditório não diz respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu, mas sim deve ser aplicado a ambas as partes, ao passo que o princípio da ampla defesa diz respeito apenas ao réu. Dessa forma, pode-se dizer que é possível violar o contraditório sem oferecer risco ao direito de defesa.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, P.549.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual penal*. Rio de Janeiro: 2008, p. 1-36, apud LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011, p. 20.

2.3.2.1. Direito ao contraditório

O princípio do contraditório é aquele que faculta à parte, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a oportunidade de se manifestar acerca de todos praticados pela parte contrária, sendo exigido, para tanto, que se proporcione a igualdade de tratamento a ambas as partes na relação processual para que o direito possa ser exercido efetivamente.

Adotando posicionamento minoritário, mas de grande relevância, Rogério Lauria Tucci¹⁷, sustenta a necessidade de uma contrariedade efetiva e real durante todo o desenrolar da persecução penal e, inclusive, da investigação, visando maior garantia da liberdade e melhor possibilidade de atuação da defesa.

De acordo com Joaquim Canuto Mendes de Almeida¹⁸, referido princípio, também denominado audiência bilateral, deve ser compreendido como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. Dessa lição podemos extrair que a existência de um processo penal justo e eficaz envolve o direito à informação, que se constitui na oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo, e o direito de participação, que é a possibilidade de oferecer reação à pretensão da parte contrária.

No que tange à reação, há um ponto que interessa a esse estudo, que é a necessidade de real participação da parte. Isso porque, em uma concepção original do princípio do contraditório, bastava que a reação fosse possibilitada para que o direito à participação fosse preenchido. Porém, a mudança de concepção sobre o princípio da isonomia, com a necessidade de busca de uma igualdade material, refletiu no âmbito do princípio do contraditório, no sentido de superar a mera possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária para conferir meios que proporcionem condições reais e efetivas de contrariá-los. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover¹⁹ ensina que:

“no processo penal, com seu máximo de publicismo e mínimo de disponibilidade, a reação não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contradição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: 2004, p. 211.

¹⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: 1973, p. 82.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: 1990, p. 18.

contraditório, utilizando, para tanto, seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrios entre os ofícios da acusação e da defesa. Cabe ao juiz penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso, venha perder sua imparcialidade, que será fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes”.

Na dicção de Renato Brasileiro de Lima²⁰:

Notadamente no âmbito processual penal, não basta assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal, tal qual acontece no processo civil. Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoria de assistência técnica de um defensor.

A obrigatoriedade de assistência técnica apontada por Renato Brasileiro de Lima pode ser observada no conteúdo do art. 261, do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. E há que se ressaltar que a referida necessidade de atuação do defensor não pode acontecer de maneira meramente formal, considerando que, nos termos do art. 497, inciso V, do Código de Processo Penal, uma das atribuições do juiz-presidente do júri é a possibilidade de nomeação de defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso.

É possível aferir, por conseguinte, que o princípio do contraditório sofreu mudanças objetiva e subjetiva, pois quanto ao seu objeto, deixou de ser mera possibilidade de participação de desiguais, dando lugar à participação das partes em igualdade de condições, e no que diz respeito a seu sujeito, passou o julgador a ter a responsabilidade de igualar os desiguais.

Significa o princípio do contraditório, portanto, que no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno, visto que se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, e efetivo, já que não é suficiente conceder à parte mera possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo necessário conferir-lhe condições reais de contrariá-los²¹.

Essa é a dimensão substancial do direito ao contraditório, o que comumente se chama de “poder de influência”²², pois é necessário, ao conferir à parte o direito de participação no

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011, p. 20.

²¹ FERNANDES, Scarance Antonio. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 63.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 255-258, apud DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: 2010, p. 52.

processo, que o faça em condições de poder influenciar na decisão do magistrado. Segundo Fredie Didier Jr.²³, “o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”.

2.3.2.2. Direito à ampla defesa

Segundo Paulo Roberto de Figueiredo Dantas²⁴, o princípio da ampla defesa é aquele que possibilita à parte levar ao processo todas as alegações e provas que considerar úteis a sua defesa, de modo a garantir seus direitos.

A proteção constitucional à ampla defesa abrange o direito à defesa técnica e o direito à autodefesa, os quais se complementam. A defesa técnica é aquela que deve ser exercida por profissional dotado de capacidade postulatória, seja advogado constituído ou nomeado, ou defensor público, e que considerada necessária, indisponível, plena e efetiva, sendo inadmissível o processamento de acusado sem que esteja assistido por defensor.

Como dito, a defesa técnica é irrenunciável, de modo que o acusado desprovido de capacidade postulatória não pode ser processado sem ela, ainda que queira. É o que se extrai do artigo 261 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. É pacífico no Supremo Tribunal Federal, igualmente, que todo e qualquer ato processual há de ser acompanhado pelo defensor do réu.

Segundo a Súmula nº. 523 do Supremo Tribunal Federal, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Ainda, tem-se que a Súmula nº. 708 do Supremo dispõe que “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”.

A obrigatoriedade da presença do defensor também ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, conforme se afere da Lei nº. 9.099/1995, em todos os momentos, seja na audiência preliminar, na análise da proposta de transação penal, no curso do procedimento sumaríssimo ou na apreciação da proposta de suspensão condicional do processo.

²³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. São Paulo: 2010, p. 52.

²⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. São Paulo: 2012, p. 141.

A defesa técnica compreende, ainda, o direito de escolha do defensor, em virtude da relação de confiança que se estabelece entre o acusado e seu patrono. Por isso é que se deve intimar e conceder prazo para que o réu constitua outro profissional de sua confiança caso a causa seja abandonada pelo defensor constituído ou para que o acusado, em querendo, defenda a si mesmo, caso tenha habilitação.

O segundo desdobramento da garantia da ampla defesa é o direito à autodefesa, que é aquela que exercida pelo próprio acusado em determinados momentos do processo. Nesse ponto, deve-se ressaltar que a autodefesa é renunciável, considerando que não se pode impelir o acusado a prestar interrogatório ou a participar de qualquer ato instrutório.

A autodefesa se manifesta em três momentos distintos: direito de audiência; direito de presença; capacidade postulatória autônoma. O direito de audiência significa que o acusado tem o direito de ser ouvido pelo juiz, manifestando-se por meio do interrogatório, apresentando sua versão sobre os fatos. Nesse caso, para preservar a autodefesa, a citação por edital só é possível após esgotados os meios de localização do acusado. Inclusive, segundo a Súmula nº. 351 do Supremo Tribunal Federal, é “nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da federação em que o juiz exerce a sua jurisdição”.

O direito de presença é aquele em que confere ao acusado de direito de acompanhar, ao lado de seu defensor, os atos da instrução processual, sendo que as carências estruturais do Estado não podem ser obstáculos a tanto, não podendo privar o acusado de seu direito de presença.

Por sua vez, a capacidade postulatória autônoma se refere à possibilidade do acusado praticar determinados atos processuais, independentemente de um advogado, dada a importância da liberdade de locomoção.

2.3.3. Formalização processual da delação premiada no contexto do contraditório e da ampla defesa

Após regularmente admitida a produção da delação premiada no processo, surge a necessidade de se ouvir o delator neste, na presença do juiz e com a participação dialética das partes, considerando que a observância do contraditório e da ampla defesa funcionam como verdadeiras condições de existência da prova.

Como não se previu procedimento legal específico para a produção processual da delação premiada, esse meio de prova “corporifica-se no interrogatório”²⁵. Contudo, trata-se de interrogatório peculiar, dada a complexidade do instituto da delação premiada.

Caso delatado e delator sejam alvo do mesmo processo crime, o depoimento com a delação deverá ocorrer no interrogatório, ato em que o colaborador deve sempre ser ouvido antes do delatado, dando-lhe a oportunidade de refutar as declarações daquele. Ainda acerca do momento de oitiva do delator, a mesma deverá ocorrer, de acordo com as disposições dos artigos 400 e 411 do Código de Processo Penal, após a tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas, aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas. Entretanto, não pode o delator sofrer violações por prestar a delação, devendo-se preservar as garantias que o guarnecem como corréu, como o direito ao silêncio, ao contraditório e à ampla defesa.

Embora parte da doutrina entenda que o colaborador renuncia ao direito ao silêncio²⁶ no momento em que opta pelos benefícios da delação premiada, prefere-se aqui discordar, já que obrigá-lo a tanto vai de encontro aos preceitos mais fundamentais preconizados na Magna Carta. O acusado tem o poder de, a qualquer momento e em qualquer situação, acionar o seu direito ao silêncio²⁷.

Inadmissível que se pretenda constranger um acusado a fornecer elementos probatórios contra si e contra terceiro, principalmente quando a exigência surge de uma ineficiência da atividade persecutória exercida pelo Estado.

Ademais, o direito do delator de permanecer em silêncio influi diretamente na credibilidade a ser conferida às suas declarações e, conseqüentemente, no valor probatório da delação, já que a iniciativa de delatar os demais corréus ou partícipes sem qualquer tipo de coação, enquanto poderia permanecer calado, transmite mais seriedade e vontade de colaborar com a justiça.

Prosseguindo com o esclarecimento do ato de interrogatório em que ocorre a delação, entende-se que deverão poder fazer perguntas ao delator tanto o juiz como as partes, sendo que o artigo 186 do Código de Processo Penal garante o seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Esse procedimento de formulação de perguntas é o mecanismo mais eficaz de controle da legalidade da colaboração processual, pois permitirá ao juiz prevenir delações falsas, já que

²⁵ PENTEADO, Jaques de Camargo. *Delação premiada*. Revista dos Tribunais, v. 848, jun. 2006, p. 711.

²⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 77, mar. 2009, p. 175.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011, p. 1106.

no ato poderá buscar a realidade acerca da credibilidade das afirmações do delator e das relações que este mantinha com o delatado e analisar a correspondência entre alegações do delator e o seu contexto circunstancial.

Desse modo, o depoimento judicial do investigado ou acusado colaborador não pode ser substituído pela juntada de termo de declarações prestadas na primeira etapa da persecução penal ou pela mera ratificação destas, sendo imperioso que essa espécie de colaboração processual se concretize em juízo, na forma oral, com a presença das partes e de seus defensores, já que apenas com a possibilidade de inquirir, com as garantias devidas, é que proporciona o exercício do contraditório e da ampla defesa e garante o poder de influir no resultado da prova.

No processo penal, as informações colhidas sem a presença do juiz, das partes e de seus defensores não se submeteu ao contraditório e impede o exercício da ampla defesa, pelo que não podem ser consideradas como prova, impedindo que o magistrado utilize destes elementos para formar seu livre convencimento.

Já na hipótese em que o acusado delator decide colaborar processualmente somente no curso da ação penal, quando o delatado não faz parte da relação processual, o colaborador deverá ser ouvido no processo crime movido contra o terceiro imputado e, da mesma forma, deve ser permitida a realização de perguntas a ele para garantir o contraditório e possibilitar o exercício da ampla defesa ao delatado. No caso, o delator nunca poderia ser inquirido na qualidade de testemunha, já que não possui a imparcialidade exigida para tanto, devendo ser indagado como informante. Ressalta-se que será ouvido como informante específico, já que também é acusado, ainda que noutro processo, pelo que suas garantias de corréu devem ser preservadas, na medida do possível – isso porque não há tramitação conjunta, inexistindo razão para que o delator exerça contraditório e ampla defesa em processo do qual não é parte.

A atenção dispensada ao procedimento a ser seguido na formalização processual da delação premiada, no sentido de se garantir o contraditório e a ampla defesa, se justifica pela necessária preservação das garantias constitucionais do acusado. O depoimento oral, subordinado ao contraditório e à ampla defesa, é o método mais adequado ao esclarecimento dos fatos pelo delator, sem ofensa às garantias a que faz este jus e sem o risco de submissão do depoente a qualquer forma de coação ou a procedimentos de duvidosa legalidade, que conduzam ao descrédito das afirmações. Somente desta forma os elementos coligidos pelo instituto da delação premiada poderão ser admitidos e valorados sem ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, que deve ser observado em todo e qualquer procedimento penal.

CAPÍTULO III – VALORAÇÃO JUDICIAL DA DELAÇÃO PREMIADA

A valoração probatória da delação premiada produzida no processo é ato realizado pelo juiz que demanda uma potencialização de cuidados, de modo a resguardar a presunção de inocência.

Na formação de seu livre convencimento, deverá o juiz se debruçar sobre o acervo probatório produzido na instrução, fundamentando a eventual sentença condenatória em um conjunto de elementos coligidos. Dessa forma, via de regra, a persuasão racional exige elementos que guardem coerência lógica entre si e, no caso da sentença condenatória, esses elementos devem convergir no sentido da culpabilidade do réu. Com isso não se quer dizer que a condenação dependa, sempre, de múltiplos elementos probatórios; porém, na hipótese de haver apenas um, este deverá ser claro, contundente e apto a dissipar qualquer dúvida razoável.

Por isso, e pelas razões que serão expostas adiante, não poderá o magistrado se inclinar à condenação e dissipar presunção constitucional de inocência, com base apenas na delação produzida no processo, pois esta já nasce com a credibilidade afetada por razões éticas e morais, exigindo-se maior contundência para a condenação.

3.1. Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência no direito brasileiro é aquele que impede a outorga de consequências jurídicas negativas sobre o acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, consiste no direito de não ser declarado culpado – ou tratado como tal – senão mediante sentença condenatória transitada em julgado, depois de ter sido devidamente possibilitado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o postulado se encontrava implícito no ordenamento pátrio, só podia ser aferido como decorrência lógica da garantia do devido processo legal. Com a entrada em vigor do referido texto constitucional, o princípio

foi estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Percebe-se que a referida previsão da Constituição Federal de 1988 não menciona a expressão *inocente*, mas sim diz que ninguém será considerado *culpado*. Justamente por isso, afirma Renato Brasileiro de Lima que “o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade”²⁸.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ao prever o postulado no artigo 8º, ponto 2, adota a terminologia de presunção de inocência, já que dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Do ponto de vista terminológico, entendemos que inexistem diferenças entre as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”. Segundo ensina Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró²⁹, “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas idéias – se é que isso é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência”.

Contudo, pode-se dizer que a redação da Constituição Federal brasileira, em uma projeção temporal do postulado da presunção de inocência, é mais ampla³⁰ que a da Convenção Americana de Direitos Humanos, porque consoante a primeira, até que se atinja o trânsito em julgado da decisão, não se pode considerar o acusado como culpado. Já na previsão da Convenção Americana de Direitos Humanos basta o duplo grau de jurisdição para considerar a pessoa não mais inocente, ou seja, segundo o mencionado diploma internacional, para que o acusado seja considerado culpado não se exige que a sentença condenatória tenha sido atingida pelo trânsito em julgado, basta a prolação da sentença condenatória.

Percebe-se, portanto, que a previsão da presunção de inocência pela Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual precede a inserção do postulado no ordenamento jurídico brasileiro³¹, foi alargada e aperfeiçoada – ainda que apenas em perspectiva temporal – pelo texto constitucional brasileiro, hipótese que se revela mais benéfica ao acusado, justificando-se.

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011, p. 12.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*: Tomo I. Rio de Janeiro: 2008, p. 16.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011, p. 12.

³¹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, somente foi internalizada pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº. 678, o porque de se dizer que a convenção precede à previsão da Constituição Federal do Brasil.

Contudo, a partir de análise do aspecto ontológico, não há a menor dúvida de que a previsão da Convenção Americana de Direitos Humanos possua um espectro de aplicação muito mais abrangente que a previsão da Constituição Federal de 1988, se apresentando como a norma maior acerca do preceito da presunção de inocência, pois, além de ter sido a norma que determinou a previsão do postulado no ordenamento jurídico pátrio, funciona como parâmetro de aplicação do mesmo no Direito Brasileiro e a nível internacional.

Superada essa diferença de previsão do princípio, cabe ressaltar que deste decorrem duas regras fundamentais, quais sejam, a regra probatória e a regra de tratamento. Segundo a regra probatória, para que alguém possa ser condenado, é indispensável que o acusador comprove a prática da infração penal, eliminando qualquer dúvida razoável, e, no caso de dúvida, o acusado deve ser absolvido. Aliás, de tal regra probatória se extrai o princípio do *in dubio pro reo*, sendo que se ao final do processo o juiz não estiver convencido, além de qualquer dúvida razoável, do cometimento da infração pelo réu, deverá decidir pela absolvição. Não é, portanto, o acusado que tem que provar sua inocência, mas sim o acusador que tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do daquele para além de qualquer dúvida razoável, sob pena de absolvição.

Pela regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório, ou seja, antes do trânsito em julgado a prisão do acusado só pode ser decretada a título de medida cautelar, preenchidos os pressupostos associados, não se admitindo qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal.

Como dito anteriormente, a presunção de inocência do acusado somente pode ser afastada após o trânsito em julgado do decreto condenatório, sendo que para a sanidade deste, têm que ser garantidos no processo a ampla defesa e o contraditório, até mesmo porque são os meios à disposição do acusado para trabalhar sua estratégia defensiva e, pela regra probatória, buscar inculcar dúvida razoável no convencimento do julgador.

Dessa forma, a prova da culpabilidade para fins de formação de um juízo condenatório deve ser segura e indubitosa.

3.2. Sistemas de avaliação da prova

Após a produção de elementos de prova e sua inserção no processo pelos meios legalmente previstos, incumbe ao juiz se manifestar acerca da idoneidade da prova coligida, formando sua convicção e proferindo a decisão pertinente.

Existem basicamente três sistemas de valoração da prova, o da prova tarifada, o da íntima convicção e o da persuasão racional, os quais carregam os anseios da sociedade que os concebem e os empregam, marcando o ordenamento jurídico em que previsto.

Como se verá, muito embora sejam muito peculiares e distintos, não são absolutos ou excludentes, podendo coexistir em determinados meios de prova.

3.2.1. Sistema da íntima convicção do magistrado

O sistema da íntima convicção ou da certeza moral do magistrado permite que o juiz avalie a prova (inclusive aquela que não esteja nos autos) com ampla liberdade, decidindo ao final de acordo com a sua livre convicção, não precisando fundamentá-la.

Conquanto não seja o sistema que vigora como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, foi adotado pelo Código de Processo Penal em relação aos jurados no Tribunal do Júri, os quais não são obrigados a fundamentar seu voto³², já que uma das garantias desse rito é o sigilo das votações, conforme artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal de 1988. Contudo, tal garantia não se aplica ao ‘ presidente do Tribunal do Júri, que deve sim fundamentar sua decisão.

Ainda que o juiz presidente do Tribunal do Júri não esteja amparado por tal liberdade de convencimento, o juízo fático, que fica a cargo dos jurados, independe de motivação, o que decorre da idéia tradicional de que o julgamento pelos iguais – participação popular³³ – já é legitimado por si só, livre de qualquer exigência de motivação³⁴.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: 2011, p. 879.

³³ MAMELUQE, Leopoldo. *Manual do Novo Júri*. São Paulo: 2008, p. 34.

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*: Tomo I. Rio de Janeiro: 2008, p. 165.

3.2.2. Sistema da prova tarifada

Também chamado de sistema das regras legais ou sistema da certeza moral do legislador, indica que determinados meios de prova têm valor probatório prefixado pelo legislador, cabendo ao magistrado tão-somente apreciar o conjunto probatório, bem como atribuir o valor, conforme estabelecido pela lei.

Nesse sistema, o julgador apenas atribui mecanicamente um valor legalmente pré-fixado a cada um dos elementos de prova, pois o legislador já previu um *numerus clausus* de elementos probatórios e os requisitos para o alcance de valor absoluto ou parcial.

Em regra, não é o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, podemos encontrar algumas exceções no Código de Processo Penal, como na hipótese do artigo 158 do referido diploma legal, segundo o qual, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Nesse caso específico, tem-se que o legislador estabeleceu como exigência a realização de exame pericial, quando a infração deixar vestígios.

Cabe lembrar que esse dispositivo é influenciado por uma variação das provas pretarifadas que se convencionou denominar, no processo penal, teoria das provas legais *negativas*, para a qual o livre convencimento do juiz aplica-se apenas em favor do acusado, já que a condenação dependia, sempre, verificação dos requisitos probatórios previstos em lei³⁵. Ao dispor sobre provas mínimas para a condenação nos crimes que deixam vestígios, ou sobre a insuficiência de determinados meios ou elementos probatórios para este fim, o Código de Processo Penal resgata, de forma tênue, essa ideia, privilegiando o princípio da presunção da inocência, e seus desdobramentos (*in dubio pro reo* e exigência de certeza além da dúvida razoável para a sentença condenatória).

³⁵ Cf.: WALTER, Gerhard, Libre apreciación de la prueba, *cit.*, pp. 72-73 e, ainda: NOBILI, Massimo, Il principio del libero convincimento del giudice, *cit.*, pp. 96-94; 136-142; 189 e s. Este autor também alude à proposição de Robespierre, na Assembleia Constituinte Francesa, de um sistema intermédio entre prova legal e livre convencimento (Il principio del libero convincimento del giudice, *cit.*, pp. 156-158, especialmente, nota n. 26, onde faz referência à intervenção de Robespierre em 4 de janeiro de 1791). No mesmo sentido: WALTER, Gerhard. Libre apreciación de la prueba, *cit.*, pp. 76-77

3.2.3. Sistema do livre convencimento motivado

Segundo o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas, as quais não têm valor predeterminado, porém, se vê obrigado a fundamentar a sua decisão de acordo com critérios lógicos e racionais. Ou seja, não se permite a liberdade probatória pelo magistrado, mas sim inexistem vínculos quanto a valoração de determinado elemento de prova colhido.

Note-se que a convicção deve brotar dos elementos probatórios coligidos no decorrer da instrução, em consonância com as limitações legais, de forma a garantir ao jurisdicionado a possibilidade de ter ciência das razões que levaram a determinada decisão do juiz, para, em querendo, impugnar a mesma. Trata-se, também, de questão de fiscalização do trabalho do magistrado, o qual está sujeito à falibilidade humana.

Foi o sistema adotado pelo Código de Processo Penal como regra, conforme se observa do artigo 155 do mencionado diploma legal, encontrando guarida, também, no artigo 93 da Constituição Federal de 1988.

Da adoção deste sistema podem ser extraídas três consequências principais. A primeira é que não há prova com valor absoluto, sendo que mesmo a confissão (até outrora considerada a “rainha das provas”) tem valor relativo, consoante artigo 197 do Código de Processo Penal, que dispõe que “o valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. Uma segunda consequência é que o juiz deve valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para afastá-las. Já pelo terceiro efeito, somente são válidas as provas constantes do processo.

Nos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover³⁶:

“Com efeito, a razão da necessidade de motivar pode ter dois enfoques distintos. A mais antiga atém-se a razões exclusivamente técnicas, endoprocessuais, restritas às partes, às quais se assegura o direito de conhecer as razões da decisão, para, adequadamente, impugná-la; e aos órgãos de segundo grau, para dar-lhes meios de controlar a justiça e legalidade das decisões submetidas a sua revisão”.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: 1990, p. 34.

Dessa forma, fica claro que no ordenamento jurídico brasileiro, o julgador não pode, via de regra, tomar decisões arbitrárias, fundadas no seu conhecimento privado, e que a motivação possibilita o controle do raciocínio judicial, evitando-se subjetivismos por parte do magistrado.

3.3. Valor probatório da delação premiada face à presunção de inocência

A delação premiada pode ser considerada instituto de emergência, pois foi inserida no ordenamento jurídico com o fito de suprir a hipossuficiência do Estado em combater a criminalidade organizada. Dessa forma, o instituto se resume na compressão de direitos e garantias individuais na tentativa, muitas vezes em vão, de diminuir a crise geral.

Está revelado que a aplicação da delação premiada só se faz necessária para acudir o Estado, que se apresenta ineficiente em romper com o caráter coeso das organizações criminosas. Exatamente por ter como finalidade precípua inteirar o Estado nessa área de atuação, o instituto deve ter aplicação procedimentalizada, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, garantias processuais cruciais na preservação do *status* de inocência do delatado, que somente pode ser dissipado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A presunção de inocência do acusado somente pode ser afastada após o trânsito em julgado do decreto condenatório, depois de ter sido garantido o devido exercício da ampla defesa e do contraditório, para que, em querendo, possa o terceiro delatado produzir provas que retirem a credibilidade do delator.

Embora prevista por diversos diplomas legais, a delação premiada recebeu tratamento assistêmico, sem a previsão de procedimento que se coadune com os direitos e garantias processuais, o que torna sua aplicação inadequada para suprimir a presunção de inocência do delatado.

Contudo, é possível encontrar forma de aplicação que confira aptidão probatória à delação prestada. Conforme já mencionado, a natureza jurídica da delação premiada, quando realizada no curso do processo, é de meio de prova específico, o que significa que a atividade dependerá de atuação direta do juiz (até mesmo porque é ele quem analisa o preenchimento dos pressupostos e concede o benefício premial), o qual deverá proporcionar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, a produção da delação no processo deve ser dar na presença do juiz, das partes e de seus defensores, sendo imperioso para a sanidade da prova, também, que se possibilite a formulação de perguntas ao delator³⁷.

O conteúdo da delação, como já adiantado, compõe-se de informações que constituem, de um lado, a confissão de prática delituosa pelo colaborador e, de outro, a delação de terceiros pela prática desta ou de alguma das atividades delituosas em participação. Nesse ponto, é importante ter presente, no momento da valoração da delação, a precariedade da confissão como prova única no sentido da condenação, especialmente nos crimes que deixam vestígios. Isso se dá por uma série de fatores, que vão desde a dificuldade de se apurar a veracidade da confissão – que pode ser motivada por diversas razões, alheias à verdade dos fatos – até a condição marginal atribuída pelo legislador processual penal à confissão, o que remonta à idéia da teoria das provas legais “negativas”, já que para dissipar a presunção de inocência, deve o magistrado afastar qualquer dúvida razoável, se valendo, para tanto, de um conjunto probatório idôneo.

Importante, também, no momento da valoração probatória, se atentar para a precariedade da delação em si, já que parte de um sujeito interessado, o que, como é intuitivo, diminui-lhe a credibilidade. Além disso, embora as questões éticas e morais que envolvem o instituto não sejam suficientes para afastar sua licitude, podem comprometer a credibilidade do delator, conforme já aventado anteriormente.

Verificada a verossimilhança das informações prestadas pelo delator em juízo com o contexto circunstancial das mesmas, deverá o magistrado atribuir valor probatório à delação produzida, que somente poderá ser considerada como meio de prova válido se os dados obtidos forem corroborados por outros elementos probatórios coligidos.

No processo penal, qualquer prova isoladamente considerada, é relativa, só sendo possível a aproximação de uma certeza razoável (já que jamais se chega à certeza absoluta), a partir de exame crítico de todo o acervo probatório coligido.

Ainda que a delação, por si só, seja crível ao julgador em sua íntima convicção, deve este apresentar os motivos racionais que o convenceram à conclusão pela culpabilidade, razões estas que devem partir de aferição conjunta dos elementos probantes para que seja possível superar a presunção de inocência prevista constitucionalmente.

O anteprojeto que vai balizar a redação no novo Código Penal, entregue ao presidente do Senado em 27 de junho de 2012, traz a necessidade de corroboração das declarações

³⁷ FUKASSAWA, Fernando Yukio. *Interrogatório judicial e o contraditório*. Revista dos Tribunais, vol. 676, p. 403, 1992.

prestadas pelo colaborador a partir de outros elementos de prova dos autos contundentes. De acordo com o inciso II do parágrafo único do artigo 106 do referido documento, “a delação de coautor ou partícipe somente será admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes quando acompanhada de outros elementos probatórios convincentes”.

A presunção constitucional de inocência, na sua projeção de impedir a condenação com fundamento apenas na delação, isoladamente considerada, é que traz à baila a necessidade de aferição externa das informações prestadas na aplicação do instituto, sendo imperativo que se verifique tanto a reconstrução objetiva do fato realizada pelo delator quanto a conduta singular imputada ao terceiro delatado, a forma de participação.

Nesse ponto, cabe ressaltar que os elementos de corroboração da delação devem se relacionar com as informações prestadas pelo delator, não se exigindo que se relacionem e comprovem os fatos imputados em si, mas tão somente que atestem a veracidade os elementos indicados pelo informante.

Caso se exigisse que a corroboração da delação se desse apenas por outros meios de prova sobre os próprios fatos imputados ao terceiro delatado, não haveria razões para utilização do instituto da delação premiada, que se justifica exatamente pela deficiência estatal em produzir provas incriminadoras suficientes contra os investigados pelos meios tradicionais.

3.4. Proposta legislativa

Ainda que se considere que Lei nº. 9.807/1999, ao tratar do instituto da delação premiada de forma genérica, revogou as disposições legais anteriores, o tema continua recebendo tratamento legal inadequado, visto que não foram previstas regras processuais para a aplicação e valoração probatória do mesmo.

Podemos afirmar que a promulgação da Lei nº. 9.807/1999 deixa rastros de que a mesma se revela como “lei de paixão” ou “lei de ocasião”, isso porque o cenário era da necessidade de normas que protegessem oficial e efetivamente vítimas e testemunhas, ao passo que artigos 13 e 14 do referido diploma legal trataram de beneficiar o acusado, prevendo o instituto da delação premiada.

Alterações ao ordenamento jurídico penal por meio de remendos normativos, como a retromencionada, afetam a coerência sistêmica do Direito Penal, gerando dificuldades de

interpretação e aplicação das normas aos casos concretos, o que aumenta as possibilidades de violação de direitos e garantias processuais.

O postulado da presunção de inocência exige que a delação siga um trâmite ordenado, que assegure o exercício das garantias processuais. Desse modo, a não ser que a aplicação do instituto possibilite o exercício do contraditório e da ampla defesa, não terá a delação a força mínima exigida para dissipar a presunção constitucional de inocência do imputado.

Necessário se faz, portanto, a fixação de procedimento específico destinado à aplicação da delação premiada, que exija a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa e oriente o magistrado na valoração da delação, determinando que se proceda a uma aferição externa das declarações do delator e que fundamente o decreto condenatório no conjunto de elementos probante, e não só com base na delação premiada.

Segue a sugestão de texto legal que supra as deficiências apontadas:

Dispõe sobre o procedimento de aplicação da delação premiada no processo penal e de valoração probatória das declarações prestadas em juízo pelo colaborador

Do procedimento de aplicação da delação premiada no processo penal

Art. 1º - Ocorrendo a colaboração processual na fase judicial, dever-se-á encaminhar à autoridade policial cópias do termo de declarações contendo imputações realizadas a terceiro, para que seja instaurado inquérito policial a fim de investigar a veracidade das acusações realizadas em juízo e fornecer elementos suficientes à eventual formação da *opinio delicti*.

Art. 2º - Caso seja instaurada ação penal contra o terceiro delatado, após regularmente admitida no processo a delação premiada como meio de prova, deverá o colaborador processual ser intimado para comparecer em juízo, ocasião que será formalmente inquirido acerca das imputações feitas a terceiro e responderá às perguntas e ele formuladas pelas partes, as quais deverão estar acompanhadas por seus defensores.

Do procedimento de avaliação do valor probatório da delação premiada produzida em juízo

Art. 3º - Não poderá a delação, isoladamente considerada, ser admitida como prova da culpabilidade dos demais coautores ou partícipes, devendo o julgador valorar as declarações do colaborador em conjunto com outros elementos probatórios convincentes coligidos.

Art. 4º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Já quanto aos requisitos de aplicação do instituto e aos benefícios aplicados ao colaborador, entendem-se como pertinentes, basicamente, aqueles já previstos na Lei nº. 9.807/1999, aplicando-se o perdão judicial, se primário, ou a redução de pena de um a dois terços, ao acusado que efetiva e voluntariamente colaborar com a persecução criminal, possibilitando a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação delituosa, a localização da vítima com sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

No caso da eventual concessão de perdão judicial, deve o magistrado levar em conta tanto a personalidade do agente delator quanto a gravidade do crime cometido.

Conforme já explanado, a aferição dos requisitos de aplicação da delação premiada deve passar pela chancela do juiz, já que é o único sujeito imparcial no processo e que as sanções premiais previstas – perdão judicial e redução de pena – somente podem ser aplicadas através de atividade exclusiva dos magistrados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo o que se aduziu neste trabalho, pode-se afirmar as seguintes conclusões:

1. A aplicação do direito premial, nos dias atuais, se aproxima da teoria de utilitarista de Jeremy Bentham, na medida em que utilizado como mecanismo de repressão ao crime organizado, face à ineficiência do aparelho investigatório estatal.

2. A previsão da delação premiada no Direito Brasileiro é assistêmica, inexistindo norma que contenha regramento processual acerca da aplicação do instituto, de forma a garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

3. Somente a partir de aplicação procedimentalizada da delação premiada, em que se tenha garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa, é que a delação produzida no processo será idônea a dissipar a presunção constitucional de inocência.

4. O postulado da presunção de inocência exige que o magistrado realize aferição externa dos elementos trazidos pelo delator, devendo verificar a verossimilhança das declarações do mesmo com contexto circunstancial.

5. Considerando que a natureza jurídica da delação premiada é de meio de prova e que no Direito Brasileiro vigem os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, depende a aplicação do instituto de atividade direta do magistrado, sendo inadmissível a realização de acordos subreptícios entre o Ministério Público e o acusado delator.

6. O instituto da delação premiada produzida no processo tem natureza jurídica de meio de prova oral, que deve seguir o rito do interrogatório, constituindo-se em depoimento do corréu.

7. O delator deverá sempre ser ouvido antes do terceiro imputado na delação, a fim de se possibilitar a este, as máximas do contraditório e da ampla defesa, através da perguntação em juízo.

8. Ainda que na condição de delator, mantém o colaborador o seu direito ao silêncio, podendo se reservar no direito de não responder as perguntas que lhe forem formuladas, o que apenas afetará o valor probatório a ser conferido à delação produzida.

9. Somente a partir de aplicação procedimentalizada da delação premiada, em que se tenha garantido o exercício do contraditório e da ampla defesa, é que a delação produzida no processo será idônea a dissipar a presunção constitucional de inocência.

10. O postulado da presunção de inocência exige que o magistrado realize aferição externa dos elementos trazidos pelo delator, devendo verificar a verossimilhança das declarações do mesmo com contexto circunstancial.

11. Finalmente, pode-se afirmar que a mera previsão abstrata do instituto da delação premiada como meio de prova não atenta contra as garantias processuais mais essenciais, bem como contra princípio diretamente relacionado à valoração da prova, de forma tão grave a ponto de ter que ser expurgado do ordenamento jurídico. O problema reside é na efetiva utilização do instituto, pois o que não pode acontecer no plano probatório é a aplicação desprocedimentalizada da delação premiada, ignorando a exigência constitucional de observância do direito ao contraditório e do direito à ampla defesa, enunciados fundamentais que decorrem da peculiaridade adquirida por esse meio de prova.

12. Acredita-se que a proposta legislativa ilustrada ofereça o procedimento necessário à aplicação do instituto harmonizada com as garantias processuais e, conseqüentemente, viabilize a utilização da delação como meio de prova idôneo a dissipar a presunção de inocência do delatado, depois de corroborada por outros elementos convincentes.

REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: 1973.
2. ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.
3. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
4. CARVALHO, Natália Oliveira de. *Delação Premiada no Brasil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
5. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.
6. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
7. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. São Paulo: Podivm, 2010.
8. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Universitária, 1990.
9. GOMES, Geder Luiz Rocha. *A delação premiada em sede de execução penal*. Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em: 30 jun. 12.
10. GOMES, Milton Jordão de Freitas Pinheiro. *Plea bargaining no processo penal: perda das garantias*. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 30 jun. 12.
11. LARSON, Aaron. *How does plea bargaining work?* Disponível em: www.expertlaw.com. Acesso em: 30 jun. 12.
12. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. I, Niterói: Impetus, 2011.
13. MAMELUQUE, Leopoldo. *Manual do Novo Júri*. São Paulo: 2008
14. MARCÃO, Renato. Delação Premiada. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, ano 6, n. 35, p. 161, dez./jan.2006.
15. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

16. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
17. PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação premiada. *Revista dos Tribunais*, v. 848, jun. 2006, p. 711.
18. PENTEADO, Jaques de Camargo. *Delação Premiada*. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques da (Cords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 627-659.
19. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
20. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.
21. TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais*, vol. 5, jul. 2006, p. 269.
22. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: 2004, p. 211.