

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA APLICADA NOS CASOS DA OPERAÇÃO LAVA-JATO

Maria Aparecida Lima Moreira¹
Carlos Eduardo Silva Gonçalves²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise da Delação Premiada obtida no seio da Operação Lava-Jato. Para isso mostrará seu conceito e um breve histórico do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Também usará o Direito Comparado para mostrar o uso da Delação Premiada em outros países que, como o Brasil, tiveram sucesso na investigação de crimes com a ajuda do referido instituto. Assim mostrará o começo do uso deste instituto na renomada operação e como este foi de grande relevância para seu sucesso. Ao final traçará uma análise da constitucionalidade dos acordos de delação feitos para obter as informações necessárias para alcançar as grandes organizações criminosas.

Palavras-chave: Delação Premiada. Colaboração premiada. Operação Lava-Jato. Princípios constitucionais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the Award Winning obtained in Operation Lava-Jet. This will show its concept and a brief history of the institute in the legal order of the country. It will also use Comparative Law to showcase the use of Award Winning in other countries that, like Brazil, have succeeded in investigating crimes with the help of the institute. This will show the beginning of the use of this institute in the renowned operation and how this was of great relevance to its success. In the end, it will provide an analysis of the constitutionality of the accords made to obtain the information necessary to reach the major criminal organizations.

Keywords: Awarded Giving. Award-winning collaboration. Operation Lava-Jet. Constitutional principles.

INTRODUÇÃO

O artigo aqui proposto tem como tema a Delação Premiada, pois com a deflagração da Operação Lava Jato, se tornou muito conhecida e muito explorada nos principais meios de mídia e comunicação. A delação se mostrou um instrumento de suma importância para o combate ao crime organizado já que representa um dos principais meios de produção de prova de toda a operação.

Diariamente tem-se notícia, por todos os tipos de mídia, que uma delação será feita ou ainda que está sendo negociada. Este tema tomou conta do cotidiano dos brasileiros nos últimos anos, sendo um dos assuntos mais veiculados pela imprensa.

¹ Bacharel em Direito pela Uniabeu.

² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro-PUC-Rio, 2002 e Mestre em Direito Público pela Universidade de Rouen Haute-Normandie/França, 2007 (Diploma revalidado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ). Auditor fiscal e professor na Uniabeu.

Isso se dá pela importância que o instituto tomou nas investigações sobre o que acabou se tornando o maior caso de desvio e lavagem de dinheiro em contratos com a administração pública, corrupção e crime organizado no Brasil.

O chamado “Petrolão” ganhou muita evidência e relevância no dia a dia das pessoas, assim como no mundo político e jurídico. Esse nome se deu porque os crimes mencionados foram praticados na maior empresa estatal do país, a Petrobras. Apesar de que, com a continuidade das investigações, mostrou-se que o esquema tinha ramificações muito além da estatal.

Para a investigação criminal deste tipo de ilícito, a delação dos coautores tornou mais célere e econômica esta parte, no que tange o processo penal, assim como a persecução penal. Como os esquemas têm dimensões muito grandes, sem o uso das delações, poderia se levar anos até que se chegasse a todos os cúmplices dos crimes. Ou pior, poderia ser que jamais se chegasse a todos os envolvidos e principalmente nos chefes da organização.

Outro ponto favorável ao instituto da Delação Premiada é a sua grande eficácia nas investigações de crimes difíceis de serem resolvidos por causa do poder econômico, evolução do modo de agir e tecnologia empregada pelos criminosos. Assim, mostrando-se fundamental para desbaratar as chamadas Organizações Criminosas, onde pessoas muito poderosas se apropriam de dinheiro público através de contratos manipulados.

A Operação Lava Jato revelou que grandes empreiteiras, empresários de sucesso, políticos renomados do legislativo e do executivo e até partidos políticos faziam parte de uma organização que estava por trás de um vasto esquema de corrupção, desvio e lavagem de dinheiro, inclusive com remessas de grande vulto ao exterior. O desbaratamento destes ilícitos só foi possível através das delações dos partícipes. Pois os detalhes da “engrenagem” das grandes organizações criminosas só poderiam ser de conhecimento de quem fazia parte destas.

Apesar de a delação ter trazido tantas benfeitorias para as investigações, uma parte da doutrina debate sobre a forma na qual ela é conseguida pelos responsáveis pelas investigações e persecução criminal e ainda se este instituto esbarra em algum princípio ou garantia encontrada na Constituição Federal.

Neste trabalho será apresentado o instituto, com enfoque a partir da sua legalidade e admissibilidade quanto à ótica do Direito Constitucional, ponderando sobre os princípios, garantias e direitos fundamentais, apresentados na Carta Magna, analisando sua conformidade com esta, frente às investigações ocorridas no âmbito da Operação Lava Jato.

A presente pesquisa procurará responder a seguinte problematização: os acordos de Delação Premiada aferidos na Operação Lava Jato respeitam os princípios e garantias constitucionais dos delatores e dos delatados?

Ora, a Delação Premiada é um instituto que apresenta questionamentos por parte da doutrina do ponto de vista constitucional, pois, para alguns autores (Bitencourt, 2014), determinados princípios e garantias estariam sendo mitigados para que se pudesse obter o maior número de informações dos crimes investigados e, assim, conseguir eficiência no combate às grandes organizações criminosas investigadas.

Porém, do mesmo modo, há outra parte da doutrina que vê que a aplicação do instituto da Delação Premiada, como expressão do modelo de justiça criminal consensual (Mendonça, 2017), adotado principalmente na Operação Lava Jato, comporta-se de forma lícita e em conformidade com a base principiológica da Constituição Federal.

Para atingir seu objetivo, o presente artigo científico fará uso da metodologia bibliográfica e documental de coleta de informações, visto que a argumentação a ser exposta terá como base a doutrina e normas jurídicas pertinentes. Quanto ao método de abordagem, o trabalho adotará o método dialético, visto pretender apresentar visões diferentes e díspares sobre o tema em questão.

1 CONCEITO E HISTÓRICO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de fazer a abordagem sobre o instituto da Delação Premiada se faz mister saber se existe diferença entre esta e a chamada, pela legislação, Colaboração Premiada. Esta questão ainda não tem uma resposta unânime na doutrina pátria, mas a corrente principal diz que sim, são Institutos diferentes.

O entendimento é que Colaboração Premiada é gênero que se subdivide em quatro espécies. A Delação Premiada é apenas uma dessas espécies do gênero Colaboração, que também pode ser conhecida como chamamento de corrêu. O termo Colaboração Premiada é usado na lei, já a doutrina e a jurisprudência possuem como costume o termo Delação, daí a importância de se fazer a diferenciação já que em alguns casos os dois termos são usados como sinônimos e nota-se que não o são.

O professor e defensor público Marcos Paulo Dutra Santos (2017, p. 82) discorda da diferenciação:

[...] Preferir vocábulos como “colaboração” ou “cooperação processual” à delação só revela o incômodo com as críticas dirigidas à constitucionalidade do instituto, buscando neutralizar a pecha traiçoeira, desleal a qual comumente está associada.

1.1 A Colaboração Premiada

A colaboração premiada está prevista na legislação pátria e acontece quando um investigado confessa a prática de um crime e vai além colaborando com informações que ajudem efetivamente na investigação e na obtenção de provas que corroborem com o que este alega.

Este é o nome mais coerente ao instituto que é gênero e, segundo doutrinadores como Luiz Flavio Gomes e Renato Brasileiro de Lima, se divide em quatro espécies que serão vistas e identificadas na Lei nº 12.850/2013, que trata do instituto aqui em estudo. Porém, é importante mencionar que autores, como Marcos Paulo Dutra Santos e César Roberto Bitencourt, fazem parte de corrente discordante.

A doutrina e jurisprudência são unânimes em considerar a natureza jurídica da colaboração premiada como meio de obtenção de provas e negócio jurídico.

O Ministro do STF Dias Toffoli vai além no HC 127.483/PR de 27/08/15 e diz ser a colaboração premiada um *negócio jurídico processual*.

A base para divisão em espécies se encontra no artigo 4º, da lei supracitada, porém sem prejuízo das outras hipóteses de colaboração previstas no ordenamento jurídico. Vejamos:

- a) Delação Premiada *stricto sensu* corresponderia aos incisos I e II – “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas e revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”.
- b) Colaboração Preventiva corresponderia ao inciso III - “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades de organização criminosa”.
- c) Colaboração para a localização e recuperação de ativos, corresponderia ao inciso IV – “recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”.
- d) Colaboração para Libertação corresponderia ao inciso V – “localização da eventual vítima com a sua integridade física preservada”.

1.2 A Delação Premiada

A Delação Premiada é um instituto híbrido de Direito Processual Penal e Direito Penal Material. “Tendo sua natureza processual material, pois forma e conteúdo são processuais, mas seus efeitos são materiais” (SANTOS, 2017, p. 97).

Nesta perspectiva, nota-se que a Delação Premiada é uma espécie do gênero Colaboração Premiada. Na delação premiada, que é o tema desta pesquisa, existe a contribuição de um dos envolvidos nos crimes apurados e o apontamento dos demais partícipes ou coautores do delito.

O delator deve assumir para si todas as consequências jurídicas em decorrência de seus atos e mostrar como os demais agiam. E, por este motivo, ao delator são oferecidos prêmios que podem ser convertidos em abatimento, redução ou, até mesmo, em alguns casos de extrema relevância, a isenção total de pena. Tudo dependendo da importância das declarações prestadas às entidades responsáveis pelas investigações.

No entendimento de Cezar Roberto Bitencourt (2014):

[...] Delação premiada consiste na redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença condenatória, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.

Já para Nucci (2014, p. 557):

[...] O instituto, tal como disposto em lei (12.850/2013), não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas aquela na qual se descobre dados desconhecidos quanto a autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica *delação*, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém. (...) associando-se ao termo *premiada*, que representa vantagem ou recompensa [...]

No que se refere ao histórico do instituto, a doutrina diz que a Delação Premiada, tal como a conhecemos hoje, entrou no ordenamento jurídico pátrio com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90 artigo 8º, parágrafo único). “Foi o primeiro regramento legal, no direito brasileiro moderno, a disciplinar a delação premiada” (MOSSIN, 2018, p. 46). O parágrafo único do artigo 8º traz a redução de pena para o participante que denunciar a quadrilha com informações que possibilitem o desmantelamento de tal organização.

Além desta lei, também tratam do instituto o Código Penal Brasileiro a Lei 9.034/95 do Crime Organizado, a Lei 9.613/98 de Lavagem de Capitais, a Lei 9.807/99 acerca da Proteção

a Testemunha, a Lei 12.529/11 sobre o Acordo de Leniência, e diversas outras no nosso ordenamento.

Se formos procurar na história do Brasil e da própria humanidade, não faltam casos em que um envolvido em algum suposto ilícito denuncia seu(s) comparsa(s) para ganhar o perdão de seus “crimes” ou delitos.

No Brasil, a maior parte da doutrina diz que a delação premiada nasceu nas Ordenações Filipinas, em seu Livro V, no Título VI, no crime de “Lesma Majestade”. O Livro V das Ordenações Filipinas tratava apenas de crimes. Nesta época a delação era chamada de perdão e esteve em nosso ordenamento jurídico de 1603 até 1830, quando foi revogado tal livro e entrou em vigor o Código Criminal de 1830. Neste novo regramento não foi prevista a delação.

O que existia nessa época não se tratava do Instituto hoje conhecido e tão usado, pode-se fazer uma analogia ao que acontecia no passado quando um réu delatava seus comparsas ou até mesmo delatava sem ter participação alguma na organização e era recompensado pela “delação” de variadas formas, inclusive com bens materiais, o que nos dias de hoje é inadmissível.

Após alguns anos de uso em legislações esparsas, como visto acima, e de sua proliferação na Operação Lava Jato, a Delação Premiada teve suas definições e parâmetro legais com a criação da recente Lei de Combate ao Crime Organizado, Lei 12.850/2013, em seu artigo 4º, que é abordada dentro da seção que diz respeito à Colaboração Premiada.

2 ANÁLISE COMPARATIVA COM O USO DA DELAÇÃO PREMIADA EM OUTROS PAÍSES

É de grande importância abordar este instituto pela ótica do Direito Comparado, pois foi com o grande sucesso deste em outros países que o ordenamento jurídico brasileiro tomou como inspiração para usá-los como base. A seguir, estão alguns países que foram paradigmas para a reinclusão da Delação Premiada na legislação.

2.1 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos da América, o instituto da Delação Premiada chama-se *plea bargaining system* (sistema de negociação da culpa), e, como aqui no Brasil, também é um

instrumento muito utilizado e de grande importância nas investigações criminais daquele país. Sendo estimado em uma média de 80% dos casos solucionados com o uso deste Instituto.

Neste sistema, o Ministério Público é quem preside a investigação policial, sendo este que diz se haverá ou não a ação penal. Assim, possui este órgão total liberdade e discricionariedade para fazer o acordo, inclusive com a defesa atinente a delação premiada e que diz respeito à pena a ser aplicada, sendo certo que não se admite a absolvição.

Ainda há a possibilidade do acusado apenas se declarar culpado mesmo sem delatar outros partícipes e, assim, ter os benefícios, de acordo com a legislação norte-americana. Tendo como máxima a busca da verdade real da culpabilidade do colaborador.

Além disso, César Roberto Bitencourt (2017) é enfático ao mostrar diferença quanto à possibilidade de aplicação do instituto nos dois países, aduz:

[...] Frise-se que o Ministério Público norte-americano tem absoluta disponibilidade da ação penal pública, ao passo que, no Brasil, a ação penal pública é absolutamente indisponível, ou seja, o Ministério Público brasileiro não tem o poder de dispor dela livremente.

Assim, nota-se que o sistema jurídico norte-americano dá grande discricionariedade ao seu Ministério Público nas ações penais, o que no Brasil é terminantemente vedado, não cabendo ao *parquet* a análise de oportunidade e conveniência na ação penal pública.

2.2 ITÁLIA

Na Itália a delação premiada foi de fundamental importância para desbaratar a máfia tão poderosa naquele país, por volta dos anos 80. Ultimamente está sendo bastante falada nas comparações feitas entre a Operação Lava Jato e a Operação Mãos Limpas, extremamente exitosa no país europeu.

A delação lá é chamada de *pentitismo*, que quer dizer que alguém se arrependeu. O delator ou *pentiti* (arrependido) deve relatar os crimes que cometeu e as pessoas que com ele concorreram para a ação delituosa. Assim ele recebe uma pena menor, mais branda, porém não o perdão judicial.

O “pentitismo” na Itália serviu para que o país tivesse uma nova visão sobre os crimes envolvendo a máfia italiana, a extorsão mediante sequestro e o terrorismo e, dessa forma, se reestruturasse com leis mais severas voltadas a reprimir estes crimes. Inclusive endureceu as normas para o delator que mentisse com o intuito de tão somente ter os benefícios da lei.

2.3 COLÔMBIA

Procurando a delação premiada em países da América do Sul, tem-se o destaque para o Instituto na Colômbia, tendo sido bastante utilizada para o combate ao narcotráfico, tão potente historicamente no país. É conhecida no país como Direito Processual de Emergência.

O que acontece no processo penal de lá, diferentemente do Brasil, é que na delação premiada, mesmo que o delator não confesse sua participação nos crimes, ele, ainda assim, terá direito ao prêmio. Ele pode apenas denunciar outras pessoas e, ainda assim, ter a redução da pena, a liberdade provisória e a substituição de pena privativa de liberdade, mas não é admitida a redução total de pena.

2.4 ESPANHA

O ordenamento jurídico espanhol também prevê a delação premiada desde 1988 para o combate a crimes de terrorismo. Em 1995, com o novo código penal, se estendeu as delações aos crimes de cultivo e tráfico de drogas, organização criminosa, uso de menores ou incapazes em crimes e tráfico de drogas. Além disso, a legislação determinou alguns requisitos para a delação e daí surgiu a expressão “*delincuente arrepentido*”.

Entre os requisitos estão a colaboração ativa e obtenção de provas eficazes para identificação dos demais participantes, o abandono das atividades criminosas. No entanto, a legislação espanhola tirou a confissão como requisito da delação em 2003 e não há por lá uma lei que discipline a eficácia do instituto.

Poderá ser imposta pena inferior a um ano ao delator, por juízes e Tribunais (mais comum nestes), quando o sujeito abandonar voluntariamente as atividades delitivas e colaborar ativamente com as autoridades para impedir a produção do delito ou obter provas decisivas para a identificação e captura de outros partícipes.

3 A OPERAÇÃO LAVA JATO E SUAS DELAÇÕES

A operação tão famosa e temida, atualmente conhecida pelo nome de Lava Jato, teve seu início na cidade de Londrina, no estado do Paraná no ano de 2009, com uma investigação sobre lavagem de dinheiro que envolvia José Janene, na época, então deputado federal. O nome

da operação se deu porque para a lavagem de dinheiro era usada uma rede de postos de gasolina assim como alguns “lava a jato de automóveis”.

As investigações mostraram o envolvimento também de alguns doleiros no esquema, entre eles estava Alberto Youssef, que já tinha respondido por crimes semelhantes no caso do Banestado.

Com a continuidade das investigações no ano de 2013, foi descoberto que o doleiro fez a doação de um carro da marca Land Rover ao então diretor de Abastecimento da Petrobras, Paulo Roberto Costa. Esta doação teria sido feita mediante pagamento de terceiros ao doleiro.

A partir daí, as investigações se aprofundaram e descobriram um esquema de lavagem de dinheiro e corrupção de grande vulto dentro da Petrobras. Mas só em 2014, depois de começarem as fases ostensivas da operação, em que mandados de prisão foram cumpridos, que a grandeza do esquema foi descoberta.

As primeiras prisões compreendiam os atores já citados neste trabalho, o doleiro e o ex-diretor da estatal. A partir daí, começaram as delações premiadas na operação. Primeiro foi Paulo Roberto Costa, que espontaneamente assinou o acordo de Colaboração com o Ministério Público Federal, onde se comprometia a devolver os valores ilícitos que recebera, assim como contar os crimes e apontar todos os participantes da organização criminosa.

O segundo a fazer o acordo para receber vantagens com o Ministério Público foi Alberto Youssef. As descobertas feitas pelos acordos de delação premiada que ajudaram a conseguir provas ajudaram sobremaneira a apurar o envolvimento promíscuo entre grandes empresários e a Administração Pública.

Após estes acordos de colaboração, que abrangem também os acordos de delação, o Ministério Público se viu com uma “carta na manga” para conseguir informações e provas em uma investigação, que, pelo seu tamanho, seria de grande dificuldade. Desde então se lançou mão dos acordos de delação – que atualmente já são 163 –, como divulgado no *site* do Ministério Público Federal, na página que trata só da operação lava jato, segundo o próprio *site*, as informações foram atualizadas no dia 14 de maio de 2018.

Porém alguns doutrinadores – e até ministros do STF – criticam a obtenção dessas delações após a decretação das prisões dos acusados. Alegam que mantê-los presos facilita com que estes façam o acordo de delação para se verem livres do cárcere.

4 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA DELAÇÃO PREMIADA

Com a evolução humana temos a evolução da sociedade como um todo e de tudo que a permeia, já que estamos em um mundo globalizado em que todos os mais variados tipos de informações chegam em segundos de qualquer lugar do mundo.

Desta forma, não há como se fechar os olhos para a evolução tecnológica empregada no chamado crime organizado. Preceitua Frederico Valdez Pereira (2016, p. 27) que o fenômeno da criminalidade associativa é tão difuso e recorrente que, em breve, passará a ser considerado como a forma típica da delinquência moderna.

Assim, cresce a dificuldade dos meios tradicionais de investigação em serem eficientes já que os instrumentos investigatórios foram feitos sob a perspectiva do ilícito penal clássico, no qual o autor comete um crime de forma individual e a vítima também é alguém individualizado.

A partir dessa nova visão de mundo e principalmente de crime nota-se a necessidade de se encontrar formas novas, inteligentes e eficazes para se combater e investigar esses ilícitos tão bem elaborados.

A delação premiada chegou em nosso ordenamento jurídico para tentar facilitar a obtenção de provas de crimes mais difíceis de serem resolvidos. A proposta é fazer com que alguém que esteve no meio de todo o processo ilegal e, assim tendo informações privilegiadas, possa contribuir com dados que só alguém que participou dentro da organização teria. Com isso, o partícipe delator ganharia algum prêmio pelas informações privilegiadas dadas aos responsáveis pelas investigações.

Porém, em alguns casos, para ter acesso ao acordo para delatar toda uma organização criminosa e receber algum tipo de prêmio, o criminoso teria que abrir mão de alguns direitos. Então, a partir daí, surge à discussão sobre a constitucionalidade do Instituto da Delação Premiada.

4.1 DIREITO AO SILÊNCIO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O direito ao silêncio e a não autoincriminação são de grande abordagem na dogmática do Processo Penal. São basilares no que tange as garantias constitucionais do acusado/réu, sendo quase um clichê dizer do direito de permanecer calado que qualquer cidadão tem, pois após anos de um governo ditador, a Constituição Cidadã preocupou-se em preservar direitos da população, diante dos eventuais desmandos Estado.

Assim, tem-se a garantia de que, se acusada, qualquer pessoa, tem como direito ficar em silêncio e não produzir provas em seu desfavor, testemunhando contra si mesma. Segundo Luiz Flávio Gomes (2010), o direito ao silêncio é só uma parte do direito de não autoincriminação.

O renomado professor de Direito Penal e autor de vários livros da disciplina César Roberto Bitencourt (2014) se põe totalmente contrário aos acordos de delação conseguidos na Operação Lava Jato diante da exigência de renúncia do réu ao direito ao silêncio e a não autoincriminação, o que para ele são direitos irrenunciáveis. Veja:

[...] A lei, incorrendo em grave *inconstitucionalidade*, estabelece, em seu parágrafo 14º do artigo 4º, que o *colaborador* renunciará — utiliza-se voz cogente — ao direito ao silêncio, na presença de seu defensor. Ora, o dispositivo legislativo é claramente *inconstitucional* enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu, consagrado, não apenas na constituição, como em todos os pactos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

O autor continua afirmando que, por vezes, a Constituição Federal não passa de um “adorno”, pois em vários casos leis, portarias, decretos, resoluções e “até por acordo de “delação premiada”, eufemisticamente cognominada de “colaboração premiada” (Lei 12.850/13)”, contrariam nossa Carta Magna.

Nesta visão, para se combater a impunidade e ajudar o Estado nas investigações e perseguição penal, há, de acordo com o jurista, uma excessiva produção de leis, que na ótica deste ignoram algumas garantias fundamentais que decorrem do próprio texto da lei.

O direito ao silêncio e a não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) está na Constituição Federal no seu artigo 5º, LXIII, além de estar também presente em alguns pactos internacionais que tratam sobre Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário, entre eles, o Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º, inciso II, alínea “g”.

No entanto, a doutrina majoritária ressalta que ao escolher e assumir o compromisso através de um acordo de delação, voluntariamente, o réu concorda com as contrapartidas, pois injusto seria se este apenas recebesse o prêmio. Ainda, não teria sentido um acordo em que se tem necessidade de que o delator fale, verbalize os delitos praticados pela organização criminosa e este permanecesse em silêncio.

Além do que, o agente está exercendo sua liberdade, seu direito ao autorregramento, onde ele mesmo regula seus interesses juridicamente. Desta forma, cabe só a ele mesmo definir o que lhe convém ser melhor ou mais adequado para a sua defesa, visto que o acordo não é

obrigatório. Inconstitucional seria tirar o direito de escolha do réu de decidir o que abarca melhor seus anseios e interesses.

Outra ótica é que, como na delação, na confissão nos termos do artigo 65 do Código Penal, que trata das circunstâncias atenuantes, o agente precisa confessar de forma espontânea a autoria do crime e, neste caso, não se vê debate grandioso sobre afronta ao direito ao silêncio e a não autoincriminação.

De acordo com Andrey Borges de Mendonça (2017), “em relação à garantia contra a não autoincriminação, decorre da própria lei a possibilidade de seu não exercício consensual”.

O autor ainda cita que a Corte Europeia de Direitos Humanos já asseverou mais de uma vez o direito ao julgamento justo assegurado no art. 6º da Convenção Europeia, dizendo que “o verdadeiro coração das garantias do imputado em um processo não impede que uma pessoa abra mão de seus direitos e garantias, expressa ou tacitamente, em um acordo no processo penal”. Cabendo, nestes casos, essencialmente definir os limites dessas restrições consensuais.

Assim, temos um órgão internacional de proteção aos Direitos Humanos tratando do direito penal negocial aplicado para o benefício do acusado/réu, onde este abre mão em parte de um direito para que possa ter benesses previstas em lei, e tudo de forma consensual, não se admitindo nenhum tipo de coação ou ameaça por parte do Estado.

4.2 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Sendo uns dos princípios mais conhecidos popularmente no Brasil, o direito ao contraditório e a ampla defesa estão entre as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LV, e também em alguns tratados internacionais de direitos humanos, em que o país, de forma voluntária, se tornou signatário.

Segundo a Carta Magna, são assegurados o contraditório e a ampla defesa a quem litigar em processo judicial e em processo administrativo usando os meios e recursos que lhes forem inerentes. Assim, é assegurado que ninguém sofrerá um processo judicial ou até mesmo administrativo sem contraditar, e tentar impugnar a outra parte e sem usar, para isso, de todos os meios legais para elucidar a verdade e provar o que está sendo alegado, de forma tempestiva, dentro do processo.

A crítica por parte da doutrina, nos casos das delações obtidas na Operação Lava Jato são que, para o delator fazer o acordo, este precisa abrir mão ou desistir de pedidos de *Habeas Corpus*, de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades.

Principalmente, renuncia previamente, mesmo sem conhecer o teor exato das acusações, ao direito de recorrer das sentenças penais condenatórias que sejam proferidas em relação aos fatos objetos do acordo em pauta.

De acordo com o advogado e professor de Direito Penal Leandro Gesteira (2016), “o contraditório e a ampla defesa por sua importância em qualquer processo de apuração justo não poderiam ser limitados pelo Estado, já que se presume que este seja Democrático de Direito”.

E vai além: “independente da gravidade do crime, o infrator não pode abrir mão de um direito que lhe é inerente, de forma prévia, sem antes mesmo de saber o que lhe será imputado. Não cabe ao Estado infringir o ordenamento jurídico que o mesmo instituiu sob a premissa de combater o crime”.

Em sentido contrário, pensa Andrey Borges de Mendonça (2017, p. 129), procurador da República que integrou a Força Tarefa da Lava Jato e assessorou o Procurador Geral da República de 2014 a 2016, afirmando que acusado/réu e Ministério Público teriam um espaço de consenso e não de conflito onde as soluções para o processo sejam adotadas em comum acordo, afirmando novamente um novo modelo de justiça criminal consensual.

[...] em um acordo de colaboração premiada, o próprio réu fornece elementos à acusação para formação do convencimento do juiz em torno de sua culpabilidade, em troca de benesses [...] As partes atuam de forma convergente a uma mesma finalidade [...] A contraposição de interesses, ali, é apenas potencial (o réu, afinal, pode, a qualquer momento, desistir do acordo, retornando o processo ao seu espaço e conflito).

Do mesmo modo, no caso de acordos que excedam os limites legais, a Lei 12.850/13, em seu artigo 4º, § 8º, preceitua que “o juiz poderá recusar a homologação à proposta que não atender aos requisitos legais”. Dessa forma, ainda que a proposta de acordo fira alguma garantia fundamental, o Estado, através do magistrado que representa a justiça, avaliará se houve ofensa a direitos e tornará sem eficácia o acordo de delação. Podendo, assim, garantir ao delator a ampla defesa e o direito de recorrer de sentença que julgue ter sido injusta.

Já o professor Marcos Paulo Dutra Santos (2017, p. 78) vê na delação uma forma concreta de ampla defesa:

[...] A opção pela colaboração premiada, sem meias palavras, é um dos caminhos que o acusado pode eleger, logo, enquanto tal é manifesta da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República) – a depender das provas carreadas pelo Estado contra o acusado, a tornar a condenação mais do que visível no horizonte, a delação

mostra-se a estratégia capaz de minorar a punição ou, a depender do caso, até evitá-la.

Além disso, a defesa técnica do delator tem que consentir e aceitar as cláusulas do acordo, assim sopesando se seria mais vantajoso o uso do *Habeas Corpus*, das defesas processuais e dos recursos ao invés dos prêmios concedidos pela delação. Desta forma, o delator pode sim contraditar e se defender amplamente da forma que achar melhor e mais vantajosa ao seu caso.

4.3 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Outro ponto debatido por parte da doutrina é que nas delações premiadas conseguidas no âmbito da operação lava jato o princípio do devido processo legal seria desrespeitado, antecipando-se e estendendo-se as prisões cautelares com o intuito de conseguir a colaboração.

“Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, preceitua o artigo 5º, LIV da Constituição Federal. Com essas prisões cautelares, o devido processo legal garantido na Carta Magna parece não ter suas fases e procedimentos respeitados.

Criticado por juristas e até mesmo por ministros do STF que argumentam que alguns acordos de delação dentro da Operação Lava Jato foram conseguidos através de acusados em prisão preventiva, já fragilizados e amedrontados, o que torna a delação pouco espontânea. Em desconformidade com o que a lei prevê: a delação premiada precisa ser “efetiva e espontânea” (artigo 4º, *caput*, da Lei 12.850/13).

Em seu julgado, o falecido Ministro do STF, Teori Zavascki, relator do *Habeas Corpus* 127.186/PR de 28/04/2015 que concedeu liberdade a presos pela lava jato que se encontravam em prisão preventiva, disse em seu voto, de forma contundente, sobre a concessão de liberdade poder dificultar eventuais acordos de delação: “Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada”.

Ainda no âmbito do STF, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no HC 143.333/PR de 11/04/2018 com relatoria do Ministro Edson Fachin, pedido pela defesa do ex-ministro Antônio Palocci, criticou as prisões preventivas por tempo demasiadamente alongado. Segundo o ministro “usar prisão provisória para obter delação premiada é tortura em qualquer lugar do mundo”.

Com o mesmo ponto de vista, os autores Heráclito Mossin e Júlio Cesar Mossin em sua obra *Delação Premiada- Aspectos Jurídicos*, mencionam que:

[...]Segundo o que foi informado, em nível de Ministério Público (Procuradoria da República), restou sustentada a manutenção da prisão preventiva, por entender que ela serviria de mecanismo para que aqueles que cometerem delitos colaborassem com seus desvendamentos, influenciasse na vontade de colaborar na apuração dos fatos delituosos. (MOSSIN, 2018, p. 240).

No entanto, em opinião diversa apregoam outros autores. Pois precisa-se avaliar o princípio do *in dubio pro societate*, já que algumas destas prisões ocorrem durante o inquérito policial ou na fase de denúncia. Assim se justificaria o esforço para que houvesse tais prisões, desde que de forma lícita, para que a autoridade policial e o Ministério Público consigam mais provas.

Ainda, se houver fundada razão para tal prisão e também como forma de impedir que os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro continuem sendo praticados, e seus agentes continuem movimentando valores altíssimos, muitas vezes até para o exterior sem precisar sair de casa, através da internet ou por telefone.

A favor dessas prisões está o Juiz Auxiliar no STF Marcelo Costenaro Cavali, que em seu artigo sobre as delações, afirma serem legítimas, fundamentais e ratificadas pelos Tribunais:

[...] A colaboração premiada somente possui efeito concreto se o potencial colaborador tiver receio de ser efetivamente punido. É inegável que dois fatores fundamentais para a eficácia da “Operação Lava Jato” foram a manutenção de prisões preventivas pelas instâncias judiciais superiores e a alteração de entendimento do STF, que passou a admitir a execução da pena após a condenação em segunda instância. (HC 126292 e ADCs 43 e44)”. (CAVALI, 2017, p. 256)

Ainda no que diz respeito às delações obtidas por acusados ou réus presos, tem-se que avaliar que segundo a própria lei que trata da colaboração no seu artigo 4º, § 6º “o acordo ocorrerá entre delegado, o investigado e o defensor, com a manifestação do MP”, ou ainda “entre o MP e o investigado ou acusado e seu defensor”.

Como previsto na própria lei, o acordo de delação premiada só acontecerá com o defensor do acusado junto ao mesmo. Assim, ainda que este esteja preso cautelarmente, só firmará o acordo se tiver vontade espontânea e ainda com seu defensor avalizando, pois este precisa estar presente. Ainda que o acusado fosse pressionado a celebrar o acordo, este teria seu defensor para sopesar as vantagens ou vícios de tal acordo e assim fazê-lo ou não, afastando assim qualquer ilegalidade eventual no acordo.

4.4 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena também resguardado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVI, e o qual a doutrina assevera que essa individualização é feita em dois momentos: na cominação da pena, no plano Legislativo e na aplicação da pena, no âmbito do Poder Judiciário.

Diante desta garantia, aparecem as dúvidas sobre o respeito a este princípio nos acordos de delação premiada na Operação Lava Jato. De acordo com Ferrajoli (2002, p. 601), “quando réus cujas condutas mostram-se menos reprováveis do que a encetada pelo delator, receberiam sanção maior, considerada a recusa em negociar com o Estado”. Tal crítica se dá diante da gravidade das condutas dos acusados, que podem ter penas inversamente proporcionais aos delitos.

E o autor vai além afirmando que diante destes acordos “não só o processo penal, mas a própria aplicação da pena transformar-se-iam em um balcão de negócios, o que seria inaceitável.”

O réu que aceita colaborar e delatar a organização criminosa pode ter sua prisão trocada por medidas cautelares, ou ainda, pena reduzida sensivelmente, o regime de cumprimento poderá ser o mais brando e ter até o perdão judicial ou a não denúncia pelos crimes cometidos, a depender, de sua barganha ao negociar o acordo de delação.

Porém, visto por outra ótica, o réu que ajuda o Estado a desvendar crimes de grande monta, com pessoas muito importantes financeira e socialmente, e ainda ajuda a Administração Pública a reaver grandes valores em dinheiro, que teriam sido desviados de seus cofres, merece uma reprimenda menor pelo Direito Penal. Haja vista que o delator se põe em risco ao expor estas grandes organizações criminosas.

Ainda, seria uma afronta a toda persecução penal se o colaborador que delatasse viesse a receber pena mais gravosa do que os outros imputados atingidos pela delação. Nos acordos, há uma maior atenção ao caso concreto e à situação pessoal do colaborador. Isso se dá, pois na negociação existe um processo dialógico e negocial onde as partes chegam a um acordo acerca das vantagens ao réu e das sanções que serão imputadas a este.

Nesse sentido, defende Marcos Paulo Dutra Santos (2017, p. 74):

[...] A constitucionalidade da delação premiada, ante o princípio da individualização da pena, justifica-se porque a dosimetria leva em conta não apenas a reprovabilidade do fato, mas também as circunstâncias pessoais do agente. O comportamento deste, buscando remediar as consequências do injusto, jamais foi um indiferente penal[...]

De acordo ainda com o autor, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, o arrependimento posterior e a atenuante genérica do artigo 65, III, b do Código Penal têm o mesmo condão de diminuir a reprimenda. Então, assim não se justificaria a alegação de desrespeito a ao princípio da individualização da pena, já que a própria lei prevê casos em que pode ocorrer a diferenciação da reprimenda penal.

CONCLUSÃO

É inegável a importância da delação premiada para a celeridade e eficiência das investigações e economia processual para o Estado, mas faz-se imprescindível verificar a que custas essas delações estão sendo celebradas.

Como já foi ressaltada, a complexidade na apuração dos crimes de organização criminosa, que muitas vezes estão relacionados com pessoas muito importantes, faz com que os instrumentos para que a resolução dos crimes tenha rigor diferenciado. Alguns parâmetros para que as provas sejam conseguidas têm que se modernizar, assim como o crime se modernizou.

Não se pode também vulgarizar a colaboração premiada enquanto meio de obtenção de provas. A traição não pode ser regra, nem servir de exemplo. Deve-se recorrer ao instituto quando outras ferramentas probatórias convencionais não forem suficientes.

Em verdade, não se vê vontade política a favor da inconstitucionalidade do instituto em foco neste trabalho, assim como por parte da polícia, a quem compete o inquérito policial na operação. O Ministério Público, responsável pela ação penal, também não vê afronta à Constituição nas delações. Vê, sim, uma ferramenta de suma eficácia probatória e instrumento de repressão ao crime.

Os magistrados, por sua vez, analisam a facilidade que o instituto traz à busca do que se supõe ser a verdade material. Pois através das delações se tem acesso a inúmeras provas quando da chamada do corrêu. Até mesmo a Defensoria Pública e os advogados da área criminal têm a delação como constitucional, pois como estratégia de defesa em muitos casos se mostra como única forma de se preservar a liberdade ou reprimenda mais branda do acusado.

Nesta ótica, a delação premiada, além de atender aos anseios de uma sociedade mais justa, visto que esta combate crimes mais arrojados do ponto de vista intelectual e financeiro, ainda encontra apoio em todos os atores processuais, cada um com sua motivação particular, que vêem no instituto um instrumento de grande valia para o Estado em sua busca por justiça.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da colaboração premiada ao julgar o *Habeas Corpus* nº 127.483/PR em 27 de agosto de 2015, que teve por relator o ministro Dias Toffoli. Este HC era relacionado à Operação Lava Jato.

O instituto tratado nesta pesquisa é de suma importância para a sociedade brasileira, que por muitos anos não via os criminosos do “colarinho branco” serem penalizados por qualquer ato ilícito praticado. O debate sobre a constitucionalidade das delações deve existir, mas não pode fazer com que retroaja toda sua eficiência perante crimes de grande extensão praticados por organizações criminosas que têm como autores pessoas muito poderosas que por muito tempo se acharam acima da lei.

REFERÊNCIAS

A LAVA Jato em números no Paraná. <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>> Acesso em: 30 mai. 2018.

BITENCOURT, César Roberto. **Delação premiada é favor legal, mas antiético.** 10/06/2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-10/cezar-bitencourt-delacao-premiada-favor-legal-antietico>>. Acesso: 15 mai. 2018.

_____. **Delação premiada na lava jato está eivada de inconstitucionalidades.** 10/06/2017 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em 15 de maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 127.186**, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 28.04.2015, Dje 03.08.2015. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290395. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 143.333**, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 11.04.2018, Dje ... Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143333votoDT.pdf>. Acesso em: 15 de mai. 2018.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na Lei 12.850/2013. In: BOTTINI, Pierpalo Cruz. **Colaboração Premiada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GESTEIRA, Leandro. **Delação premiada e a ampla defesa**: o acordo de Paulo Roberto Costa. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/delacao-premiada/artigos>> Acesso em: 05 abr. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não autoincriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpalo Cruz. **Colaboração Premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Delação premiada**: Aspectos Jurídicos. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8ª ed. ver., atual. e ampl.-vol.2- Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**: legitimidade e procedimento: 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PLENÁRIO do STF nega concessão de HC de ofício para ex-ministro Antônio Palocci<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375323>>Acesso em: 19 mai. 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 2 ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

RECEBIDO: 29/06/2018.

ACEITO: 15/07/2018.