



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Michelle Barbosa de Brito

**DELAÇÃO PREMIADA E DECISÃO PENAL:
DE UM MODELO EFICIENTISTA A UM MODELO DE INTEGRIDADE**

Belém-PA
2013

MICHELLE BARBOSA DE BRITO

**DELAÇÃO PREMIADA E DECISÃO PENAL:
DE UM MODELO EFICIENTISTA A UM MODELO DE INTEGRIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho.

Belém-PA
2013

Catálogo na Publicação (CIP)

B862d Brito. Michelle Barbosa de

Delação premiada e decisão penal: de um modelo eficientista a um modelo de integridade / Michelle Barbosa de Brito. Belém, 2013. 114f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas.

Orientadora: Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho

1. Processo penal. 2. Delação premiada. 3. Decisão judicial.

I. Pinho, Ana Cláudia Bastos de. II. Título

CDD 341.43

MICHELLE BARBOSA DE BRITO

**DELAÇÃO PREMIADA E DECISÃO PENAL:
DE UM MODELO EFICIENTISTA A UM MODELO DE INTEGRIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho.

Aprovada em: _____._____._____

Banca Examinadora

Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho
Orientadora (UFPA)

Professor Doutor Marcus Alan de Melo Gomes
Membro (UFPA)

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa
Membro (UFSC)

A Luiza, minha luz, minha vida.

AGRADECIMENTOS

Foram quase dois anos tão bons quanto difíceis. A dedicação exigida pelo Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA teve que ser conciliada com outras tarefas, que também exigiam dedicação. Mas todo o esforço valeu muito a pena, como bem me avisou minha Orientadora, e o resultado está aqui.

Por essa conquista agradeço primeiro a Deus, pela proteção e pela força que não me deixa desistir de meus objetivos.

Aos meus pais, Orisvaldo e Maria do Carmo, meus Mestres na vida, onde tudo começou. Obrigada pelo amor, pela educação, pelo apoio incondicional e por vibrarem intensa e sinceramente a cada vitória minha.

Ao meu marido Diogo, meu amor, amigo, companheiro e cúmplice de todos os dias. Obrigada pelo apoio e paciência durante o Curso de Mestrado e por compreender a minha presença às vezes ausente por conta do recolhimento que a pesquisa exige. Amo você.

A minha filha Luiza, por fazer meus dias mais felizes e por ter me inspirado diversas vezes com seu sono sereno e tranquilo. Um dia, quando você puder compreender, vou contar-lhe tudo.

Aos meus irmãos, João Marcelo e Milena, meus primeiros grandes e verdadeiros amigos. Obrigada pela infância, pela adolescência, pelo companheirismo na vida adulta e pela torcida, sempre.

A minha sogra Francinete, pelo interesse, boa vontade e especial atenção dedicada à leitura do meu trabalho, desde o projeto. Obrigada pelo apoio e incentivo.

A professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho, minha querida Orientadora, especialmente pela confiança. A sua certeza de que eu faria um bom trabalho foi um grande estímulo para mim. Obrigada pelo exemplo de competência, seriedade e dedicação que se deve ter com a pesquisa e por me mostrar que há algo “para além do garantismo”.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, em especial aos da linha de pesquisa “Intervenção Penal, Segurança Pública e Direitos Humanos”, professores Doutores Ana Cláudia Bastos de Pinho, Marcus Alan de Melo Gomes e Jean-François Y. Deluchey, meus Mestres na Academia. Obrigada pelos ensinamentos e por me mostrarem o quanto é prazerosa a incessante busca pelo conhecimento.

Ao professor Doutor Marcus Alan de Melo Gomes, pela disponibilidade e apoio durante o Curso de Mestrado e pelas valiosas contribuições na banca de qualificação. Obrigada por ter me mostrado aspectos da pesquisa tão interessantes quanto fundamentais.

Ao professor Doutor Jean-François Y. Deluchey, pelos ensinamentos sobre neoliberalismo e pelo exemplo de dedicação acadêmica.

Ao professor Doutor Antônio Gomes Moreira Maués, pelos ensinamentos sobre Dworkin nas disciplinas Direitos Fundamentais e Teoria dos Direitos Humanos e pelas preciosas e precisas intervenções na qualificação.

As minhas queridas Emanuele e Quésia, pela amizade durante o Curso de Mestrado, pelos debates acadêmicos, pela ajuda mútua nos momentos difíceis e pelas boas risadas.

“Afirmar que, embora o conteúdo do direito seja muito diferente de uma época para outra, ainda assim, num sistema legal próspero, até mesmo mudanças importantes podem ser vistas como decorrentes do direito existente, enriquecendo esse direito, mudando sua base e, assim, provocando uma mudança adicional.

Dessa forma, nesse sentido amplo, a política jurídica utópica continua sendo direito. Seus filósofos oferecem extensos programas que podem, caso seduzam a imaginação dos juristas, tornar seu progresso mais deliberado e reflexivo. São romancistas em cadeia com épicos em mente, imaginando o trabalho desenrolando-se através de volumes que podem levar gerações para serem escritos. Nesse sentido, cada um de seus sonhos já é latente no direito contemporâneo; cada sonho pode ser o direito do futuro.”

(Ronald Dworkin)

RESUMO

O presente trabalho estuda a delação premiada no direito brasileiro, com foco na decisão penal que aborda o instituto. O exame mais aprofundado dos elementos que contribuíram para a introdução e a expansão da delação premiada no ordenamento jurídico vigente revela que se trata de um mecanismo legal que, não obstante seu caráter inquisitorial, tem sido utilizado para atender a uma das diretrizes impostas pelo ambiente neoliberal instalado nas sociedades contemporâneas: a busca da eficiência em todas as formas de atuação do Estado, inclusive na prestação jurisdicional. Exaltam-se as “boas” consequências do instituto, seus benefícios para o combate à criminalidade, bem como os baixos custos para a investigação e a produção probatória, o que demonstra uma concepção pragmática do direito, na qual considerações sobre direitos fundamentais não ocupam qualquer posição privilegiada. A pesquisa empírica realizada analisou a abordagem judicial feita por Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça Estaduais do instituto da delação premiada, evidenciando a presença de discursos de eficiência nos julgados e a ausência de discursos sobre os direitos fundamentais do imputado, seja delator, seja delatado. Em matéria de delação premiada, diante da constatação de uma atuação jurisdicional pautada por um modelo efficientista, questiona-se se tal modelo ajusta-se aos paradigmas fixados pela Constituição Federal de 1988, notadamente no que diz respeito aos princípios caros ao sistema acusatório. A análise do problema apresentado é realizada com base nos aportes teóricos extraídos da concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin e tem por objetivo propor à decisão penal um caminho alternativo ao modelo efficientista, em que o compromisso primeiro seja com a realização de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Delação premiada. Decisão penal. Eficiência. Pragmatismo. Integridade.

ABSTRACT

This work studies the plea bargaining in Brazilian law, with a focus on criminal justice that addresses the institute. The further examination of the elements that contributed to the introduction and expansion of plea bargaining in the current legislation reveals that it is a legal mechanism that, notwithstanding its inquisitorial, has been used to meet one of the guidelines imposed by the neoliberal environment installed in contemporary societies: the pursuit of efficiency in all forms of State action, even in adjudication. To exalt the "good" consequences of the institute, its benefits for combating crime, as well as lower costs for research and production probative, which demonstrates a pragmatic conception of law, in which fundamental rights considerations do not occupy any position privileged. The empirical research has examined the judicial approach taken by the High Courts and the Courts of Justice of the State Institute of plea bargaining, indicating the presence speechwriter judged on efficiency and the absence of discourses on the fundamental rights of the accused, either snitch, be denounced. Regarding plea bargaining before the finding of a jurisdictional action guided by a model efficientist, it is questionable whether such a model fits the paradigms set by the Constitution of 1988, notably with regard to the principles noble to the adversarial system. The analysis of the problem presented is performed based on the theoretical framework derived from the conception of law as integrity and Ronald Dworkin aims to propose an alternative way criminal justice efficientist the model, in which the first commitment is to the realization of fundamental rights.

Keywords: Plea bargaining. Criminal justice. Efficiency. Pragmatism. Integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO: DESMITIFICANDO O INSTITUTO	17
1.1 Neoliberalismo e discurso punitivo: por um sistema repressivo eficiente	17
1.1.1 O discurso da segurança como elemento justificante da delação premiada	19
1.2 O Movimento de Lei e Ordem e a Lei dos Crimes Hediondos: nasce o instituto	23
1.3 Notas gerais (e críticas) sobre a delação premiada: a confissão como pressuposto ...	27
1.3.1 Sistema inquisitório e delação premiada: da tortura ao “prêmio”	30
1.3.2 A natureza jurídica da delação premiada no processo penal	35
1.3.3 Delação premiada e direito à não autoincriminação: um paradoxo insuperável	38
1.4 Eficientismo, delação premiada e decisão penal	42
1.5 A expansão legislativa da delação premiada no Brasil	45
1.5.1 Lei n.º 8.072/90	46
1.5.2 Lei n.º 9.080/95	47
1.5.3 Lei n.º 9.613/98	48
1.5.4 Lei n.º 9.807/99	49
1.5.5 Lei n.º 12.850/13	50
2 DELAÇÃO PREMIADA E DECISÃO PENAL: POR UMA MUDANÇA DE PARADIGMA TEÓRICO-FILOSÓFICO	51
2.1 A Teoria da Decisão na perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED)	51
2.1.1 Richard Posner e a maximização da riqueza: o lançamento das bases para um conceito de direito	54
2.1.2 A eficiência como critério da decisão penal	59
2.1.3 A reviravolta teórica de Richard Posner: da maximização da riqueza ao pragmatismo jurídico.....	61
2.1.4 O pragmatismo de Richard Posner e a adjudicação pragmática.....	64
2.2 A aplicação judicial da delação premiada no Brasil	66
2.2.1. Levantamento jurisprudencial: o primado da eficiência e o (não) discurso dos direitos fundamentais na decisão penal	69
2.2.2 O delator e a “liberdade” para negociar direitos fundamentais	75
2.3 A crítica de Dworkin ao pragmatismo	77
2.3.1 O caminho do direito como integridade para a resolução do problema	79

3 A DELAÇÃO PREMIADA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	83
3.1 Entre eficiência e integridade: a necessidade democrática de um modelo de princípios	83
3.2 Decisão penal e delação premiada: do pragmatismo ao direito como integridade ...	86
3.3 A necessidade do desenvolvimento de uma atitude interpretativa diante do instituto da delação premiada.....	89
3.4 O déficit de compromisso com a moralidade política na abordagem da delação premiada.....	92
3.5 Da necessidade de romper as amarras com as decisões passadas.....	96
3.5.1 Exercitando a atitude interpretativa.....	99
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	106
REFERÊNCIAS	109
ANEXO.....	114

INTRODUÇÃO

O movimento de expansão do Direito Penal, longe de restringir-se ao aumento da criminalização primária, também está diretamente relacionado com a contínua produção e a implementação de mecanismos repressivos, cada vez mais aptos a dar respostas rápidas e eficientes aos clamores por segurança.

Atendendo a demandas populares por segurança, desenvolve-se um discurso declarado de que a “paz social” somente pode ser alcançada pela via da repressão penal, o que passa a justificar a expansão do sistema penal norteadas por uma lógica de política criminal (de)formada para exercer um papel de controle social e influenciada pela racionalidade neoliberal que se estabeleceu nas sociedades contemporâneas, onde a eficiência prima em todos os campos de atuação estatal, inclusive o jurisdicional.

Essa política criminal, marcada pela desenfreada busca de eficiência na resposta penal, não encontra, por via de regra, amparo nos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, o crescente endurecimento da legislação penal tem sido delineado de forma a mitigar (ou mesmo sacrificar) direitos fundamentais, de modo que a observância de tais direitos por vezes passa a ser tida como um obstáculo à consecução de um processo penal eficiente, motivo pelo qual são flexibilizados ou simplesmente ignorados. Conforme adverte Alexandre Rosa, “[...] no atual estado da arte ocorre uma inflação abusiva banalizadora do Direito Penal, mediante a criminalização excessiva da vida cotidiana e, de outro lado, uma flexibilização abusiva das garantias processuais, atendendo-se, dentre outros fatores, [...] aos anseios políticos da maioria.”¹

Leis penais de emergência² são elaboradas, votadas e promulgadas para atender a emocionadas demandas sociais por segurança, com especial auxílio dos canais midiáticos, como, por exemplo, a desordenada legislação que prevê a aplicação do instituto da delação premiada no direito brasileiro, conforme se verá no decorrer da pesquisa.

¹ ROSA, Alexandre Morais da. Processo Penal Eficiente? Não, obrigado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

² As leis penais de emergência decorrem, nas palavras de Choukr, de uma cultura emergencial que se assenta “na produção de resultados e não no respeito aos princípios, acabando por refletir num conceito de eficiência que lhe é bastante peculiar, baseado que está em supostos resultados pragmáticos, de resto dificilmente comprovados, ao menos no que tange à realidade brasileira” (CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal “de emergência”: avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 212).

De acordo com a definição cunhada por Walter Bittar, a delação premiada consiste na concessão de um prêmio ao imputado, que varia da redução da pena até o perdão judicial, pela sua confissão e pela sua colaboração com os procedimentos persecutórios, realizadas de forma espontânea. Inserida em uma política criminal cujo discurso primordial é o da eficiência do sistema punitivo, a delação premiada, argumenta-se, possui como pressuposto lógico a confissão do colaborador, o que se justificaria, para alguns, na medida em que, ao pleitear os benefícios de redução de pena ou perdão judicial, o acusado já estaria admitindo a sua culpa, visto que quem não admitisse ser culpado por um delito pleitearia absolvição (e não redução de pena).³

Tendo-se a confissão como condição de possibilidade para a aplicação da delação premiada, o longo caminho investigativo e probatório é abreviado, o que permite dar uma resposta rápida e eficiente ao clamor público (e midiático) por segurança. Assim, ao custo do sacrifício de direitos fundamentais, como o direito de não produzir prova contra si, o réu revela a “verdade” dos fatos ao Estado que, em contrapartida, oferece-lhe benefícios legais.

Nesse acordo com o Estado, não raro ao réu é dito que, como já há uma “certa” convicção acerca da sua culpabilidade, ele pode minimizar as consequências da condenação se colaborar eficazmente com a acusação, solidificando provas contra si por meio da confissão e produzindo provas contra terceiros. Tudo em prol da eficiência do processo penal.

Neste trabalho, será adotada a ideia de eficiência no Direito Penal apresentada por Silva Sánchez. Segundo o autor, na análise do Direito, deve-se primeiramente determinar se a investigação partirá da “eficiência como princípio” ou da “atuação eficiente como um fenômeno real”. Dessa forma, considerando que não se pretende aferir a real existência da eficiência na utilização do instituto da delação premiada em relação aos fins a que se propõe (atuação eficiente como um fenômeno real), partir-se-á da ideia da *eficiência como princípio*. De acordo com essa concepção, desenvolvida no âmbito da análise econômica dos fenômenos humanos, quando se fala em eficiência, destaca-se a conduta que traz consigo vantagens globais (sociais) que superam os custos, “independentemente de que estes custos recaiam sobre alguém em concreto e, em razão disso, o prejudiquem”⁴.

Das duas linhas de análise mais professadas que tratam o instituto da delação premiada na doutrina nacional, a que lhe é contrária volta seus argumentos basicamente para a questão

³ BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5, p. 171 e p. 189.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 5-7.

ética. Assim, para essa corrente, a exemplo do magistério de Luiz Flávio Gomes⁵ e Rômulo de Andrade Moreira⁶, a delação premiada estimula a deslealdade, a traição, a perfídia. Representa atitude imoral, o Estado oferecendo ao delator um prêmio punitivo, em troca de sua eficaz colaboração. Sob essa ótica, seria muito perigoso o regramento jurídico de um país permitir e incentivar os indivíduos a praticar a traição, como meio de obter um prêmio ou favor jurídico. Desde já, ressalta-se a observação de Bittar, no sentido de que, em matéria de delação premiada, essas “razões de oposição são sumariamente ignoradas pelos legisladores de uma forma geral [...]”⁷.

Por outro lado, para a corrente que se mostra favorável ao instituto, como Eduardo Araújo da Silva, a tendência do processo penal moderno na apuração da criminalidade organizada é “o espírito de colaboração”, por meio da criação de um mecanismo complexo, no qual a investigação criminal, a coerção processual e a execução da condenação formam um *continuum* destinado a incentivar o investigado, o processado e o condenado a colaborar com a justiça. Dessa forma, o delator, pela colaboração, mereceria ter a sua reprimenda diferenciada dos demais envolvidos no crime, que em nada auxiliaram o Estado.⁸ Medidas de recompensa pela colaboração estariam inseridas no contexto de “recuperação da eficiência na atividade de repressão aos delitos”, nas palavras de Bittar.⁹

Nesta pesquisa, não se questionará a eficácia do instituto da delação premiada, isto é, sua aptidão para produzir os efeitos a que se propõe, tal como o efetivo combate à criminalidade. Pretende-se, antes, buscar compreender o modelo de atuação no qual estão inseridas a aplicação e a expansão do instituto na prática jurídica, a fim de verificar se está em consonância com a realização do Estado Democrático de Direito, nos moldes estabelecidos pela Constituição da República. Dito de outra forma, considerando o levantamento bibliográfico e jurisprudencial realizado acerca da matéria, a despeito de se mostrar um mecanismo eficaz no combate ao crime, pretende-se investigar se há ou não custos democráticos decorrentes da aplicação do instituto, o que não prescinde de uma análise teórico-filosófica de seus fundamentos.

A pesquisa tem como objeto primordial de estudo a decisão penal que aborda o instituto da delação premiada. Isso porque, conforme bem assevera Ana Cláudia Pinho, a

⁵ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de Drogas comentada*: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 242.

⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação no direito brasileiro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 19, p. 25-29, abr./maio 2003.

⁷ BITTAR, 2011, p. 33.

⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 85.

⁹ BITTAR, loc. cit.

preocupação com o problema da decisão penal é uma exigência democrática, dadas as consequências que pode trazer para o corpo e a alma das pessoas.¹⁰

No capítulo 1, será analisado o contexto político-econômico que propiciou a introdução e a expansão do instituto da delação premiada no direito brasileiro, bem como serão abordados os aspectos penais e processuais que caracterizam o instituto, desvelando sua raiz inquisitória. Investigar-se-á, ainda, de que forma a delação premiada mostra-se incompatível com o direito fundamental à não autoincriminação e em que sentido está atrelada à ideia de eficiência na decisão penal.

No capítulo 2 será examinada a hipótese de que a decisão judicial que reconhece e aplica o instituto está assentada em um modelo efficientista, construído pela conjugação de diferentes matrizes, dentre as quais se destacará o pragmatismo, notadamente o defendido por Richard A. Posner. Apesar de dedicar seus estudos às instituições americanas, Posner¹¹ ressalta a possibilidade de sua teoria ser explorada para possíveis aplicações em outros países, tarefa que ora é proposta na presente pesquisa, especificamente no que tange ao trato jurisdicional do instituto da delação premiada.

Ainda no capítulo 2, será apresentada a investigação empírica realizada em diversos Tribunais, revelando que, na prática jurídica no Brasil, a delação premiada tem sido abordada de maneira absolutamente acrítica, sem qualquer tratamento reflexivo acerca de seus fundamentos, propósitos e consequências. Direitos fundamentais estão sendo negociados em prol da eficiência do sistema de persecução criminal. Não se questiona sua finalidade e seus reais efeitos no campo dos direitos fundamentais. Não se levantam nem sequer dúvidas sobre uma possível incompatibilidade com o conjunto de princípios constitucionais que norteiam o sistema jurídico.

Considerando as conclusões parciais obtidas no capítulo 2 acerca do modelo no qual está inserida a decisão penal em matéria de delação premiada, no capítulo 3, será proposta uma mudança de paradigma assentada na concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin, que se mostra perfeitamente ajustável à realidade brasileira, na medida em que é possível identificar a existência de princípios instaurados a partir da Constituição Federal de 1988, marcada por uma expressiva carga principiológica.

O referencial e o paradigma teórico-filosófico adotado na presente pesquisa para a decisão penal em matéria de delação premiada impõem, como uma necessidade democrática,

¹⁰ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

¹¹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010b, p. 17-18.

a instauração de um permanente estado de vigilância e a revisão de institutos jurídicos, o que também se dá no campo jurisdicional, com o objetivo de impor limites ao poder punitivo mediante o respeito e a proteção dos direitos fundamentais. Trata-se de uma concepção que assume o compromisso com a realização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, tal qual se pretendeu a partir da Constituição da República de 1988.

Dessa forma, para além das correntes doutrinárias contra ou a favor da delação premiada e seus respectivos argumentos nos termos já mencionados, a presente pesquisa investigará, por meio da decisão penal, a forma como o Judiciário tem lidado com o instituto da delação premiada no Estado Democrático de Direito brasileiro pós-88, buscando compreender o modelo de atuação no qual está inserido, bem como o possível fundamento teórico justificador de sua aplicação.

Em tempos de constitucionalismo contemporâneo¹², questiona-se o porquê de não se fazer qualquer análise do instituto com base em princípios constitucionais. Por que o discurso de proteção dos direitos fundamentais simplesmente não aparece nas decisões penais que aplicam o instituto? Sobre qual concepção do direito tais decisões estão assentadas? São questionamentos aos quais a presente pesquisa pretende responder.

Entende-se que emerge do próprio Estado Democrático de Direito a necessidade de fazer filtros constitucionais na legislação ordinária e nos institutos jurídicos, razão pela qual não se compartilha da posição acrítica assumida por Bittar, quando afirma que “[...] a atividade legislativa cresce no sentido da proliferação dessas figuras nas legislações, de uma forma geral, e a sua interpretação é tarefa inevitável, eis que sua previsão legal *impõe* a aplicação de tais preceitos ao caso concreto”¹³.

No atual estágio do constitucionalismo contemporâneo, são inadmissíveis atitudes de mera deferência para com a atividade legislativa ou de prestação jurisdicional descompromissada com os princípios que norteiam o sistema jurídico. A aplicação de preceitos normativos não prescinde de uma atitude interpretativa tal como elaborada por Dworkin, que tem nos princípios de moralidade política o referencial que justifica (ou não) uma prática jurídica, impondo, portanto, uma atitude de recusa e ruptura com essa prática, caso não esteja condizente com os ditames de uma democracia constitucional.

¹² Adotaremos neste trabalho a ideia de constitucionalismo contemporâneo defendida por Lenio Streck para identificar o constitucionalismo instituído no segundo pós-guerra mediante modelos constitucionais que implementaram, de fato, o “plus normativo democrático”, fazendo com que as novas conquistas passassem a integrar a estrutura do Estado Constitucional, o que no Brasil ocorreu somente com a Constituição Federal de 1988 (STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63-64).

¹³ BITTAR, 2011, p. 32.

Enfim, após abordar os aspectos penais e processuais que caracterizam a delação premiada, investigando suas raízes e o contexto político-econômico que propiciou sua introdução e expansão no direito brasileiro, a presente pesquisa porá em foco a decisão penal, objetivando compreender o modelo que juízes estão seguindo ao decidirem casos que envolvem a aplicação do instituto.

1 A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO: DESMITIFICANDO O INSTITUTO

*E o mito, uma vez instalado, reproduz um efeito alienante por parte dos atores jurídicos, caso não se o desvele como tal, isto é, como uma não-realidade que sustenta a realidade.*¹⁴

1.1 Neoliberalismo e discurso punitivo: por um sistema repressivo eficiente

O neoliberalismo, identificado por Michel Foucault como “uma nova arte de governar que começou a ser formulada, pensada e desenhada mais ou menos em meados do século XVIII”, é a forma de governar o menos possível, mais para o mínimo, de modo que a razão de Estado agora estará diretamente conectada à economia política. Essa conexão, segundo Foucault, dá-se entre a prática de governo e o regime de verdade estabelecido pelo mercado.¹⁵

O mercado passa então a dizer o que é verdade, devendo-se “deixá-lo agir com o mínimo possível de intervenção, justamente para que ele possa formular a sua verdade e propô-la como regra e norma à prática governamental.”¹⁶ O mercado diz a verdade (lugar de verificação¹⁷) sobre como um bom governo deve agir, e é com base nessa verdade que serão tomados os rumos de uma sociedade nos mais diversos setores (político, legislativo, judicial).

O modelo neoliberal passou a estabelecer as regras do jogo, compondo o conteúdo silencioso do discurso punitivo. Os custos sociais decorrentes da lógica neoliberal são inquestionáveis, assim como o papel que o Direito Penal passou a exercer nesse sistema. Diante de um regime que relegou a segundo plano o cumprimento das obrigações positivas do Estado, o Direito Penal começou a ser utilizado como um mecanismo de controle social da população marginalizada por esse regime, isto é, um instrumento de contenção dos indesejados, dos excluídos, dos não consumidores, ainda que isso seja ocultado pelo discurso punitivo oficial.¹⁸ Contudo, essa ótica do controle social não será o objeto central de análise neste trabalho, uma vez que, conforme se verá na seção 1.5, a delação premiada não está voltada apenas para os excluídos do sistema, os socialmente marginalizados, não obstante se possa entender que esse foi o “público-alvo” do instituto no momento de sua introdução no

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law e Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 39-42.

¹⁶ *Ibid.*, p. 42.

¹⁷ Segundo Foucault, o regime de verificação “não é uma certa lei da verdade, [mas sim] o conjunto das regras que permitem estabelecer, a propósito de um discurso dado, quais enunciados poderão ser caracterizados, nele, como verdadeiros ou falsos” (FOUCAULT, *op. cit.*, p. 40).

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26.

direito brasileiro por meio da Lei dos Crimes Hediondos, o que será mais bem explorado na seção 1.2.

A previsão legislativa do instituto da delação premiada expandiu-se para alcançar também a criminalidade organizada e os crimes econômicos¹⁹ – como os crimes contra o sistema financeiro nacional, os crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, os crimes de “lavagem” de dinheiro e infrações contra a ordem econômica –, para, em seguida, passar a ser aplicado a qualquer delito, o que se deu a partir da Lei n.º 9.807/99.

Marcelo Mendroni, ao discorrer sobre a aplicação da delação premiada no âmbito da lei do crime organizado, sustenta que se trata de um instrumento trazido ao mundo jurídico com “a finalidade de tornar mais eficiente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, que abalem de forma mais agressiva a ordem pública”. Prosseguindo na defesa do instituto, segue o autor dizendo que “bem aplicado, torna a investigação mais rápida e mais eficiente”²⁰.

Dessa forma, entende-se que o recurso (legislativo e judicial) à delação premiada ganhou maiores proporções na medida em que se mostrou um mecanismo apto a atender a uma das principais exigências do neoliberalismo no âmbito do Direito Penal e Processual: a eficiência do sistema repressivo, seja na investigação do crime de extorsão mediante sequestro, seja na do crime de “lavagem” de dinheiro. Nas precisas lições de Jacinto de Miranda Coutinho, falar em celeridade como parâmetro de justificação política (criminal) “é mais uma reafirmação do princípio da eficiência que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo”²¹.

A difusão do medo e da insegurança gerou o consenso acerca da necessidade de um maior e mais eficiente sistema repressivo, sem qualquer preocupação séria ou debate expressivo sobre direitos e garantias fundamentais, que poderiam vir a ser mitigados ou

¹⁹ Em pesquisa sobre os crimes de colarinho em grandes empresas dos Estados Unidos, realizada pelo sociólogo Edwin Sutherland, que criou a expressão *white-collar crime*, ficou constatado que se trata de crime praticado por pessoas de respeitabilidade e alto *status* social, “englobando, entre outros sujeitos, políticos, administradores públicos, executivos e profissionais liberais, que estiverem no livre exercício de suas atividades funcionais” (MENEGAZ, Daniel da Silveira. *Lavagem de dinheiro: os mecanismos de controle penal na justiça federal no combate à criminalidade*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 46).

²⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 82. Mendroni entende que a delação premiada somente deve ser aplicada em crimes graves: “O que não se pode conceber é a utilização da aplicação do benefício a casos de prática de crimes de baixa ou média potencialidade ofensiva, pois nada justifica a desproporção entre o alto grau do benefício concedido e a pequena equivalência de retorno para a administração da justiça” (MENDRONI, 2009, p. 87).

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 260.

mesmo sacrificados na tarefa de estabelecer a “paz social”.²²

Assim, se a introdução da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro deu-se primordialmente com o objetivo de imprimir o máximo de eficiência ao processo penal na apuração de delitos que incomodavam sobremaneira as classes mais abastadas da sociedade, a sua expansão visou conferir o máximo de eficiência às investigações de qualquer delito, em prol de uma rápida resposta penal, ainda que de sua aplicação decorram violações de direitos fundamentais.

1.1.1 O discurso da segurança como elemento justificante da delação premiada

Quando se fala em promover segurança pública, não raro está-se falando de políticas de recrudescimento do sistema punitivo e de combate à criminalidade. O discurso manifesto da segurança pública tranquiliza, seduz e, por isso mesmo, é de fácil convencimento.

Diante da perspectiva instaurada pelo regime neoliberal, com a instalação de um permanente estado geral de medo e insegurança, a segurança passou a ter lugar privilegiado no discurso oficial do poder punitivo.

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, a demanda por segurança pública, que decorre do medo e da insegurança, termina por justificar o agigantamento do sistema punitivo e a minimização de garantias penais e processuais, entre outras consequências, impulsionados pelo “senso comum do capitalismo globalizado sob a ideologia neoliberal”, que acredita na criminalidade violenta como o grande fato gerador de insegurança. Entretanto, a autora adverte que a expansão do controle penal deve-se, não às causas apontadas pelo discurso oficial e pelo senso comum, mas aos efeitos das transformações provocadas pelo capitalismo globalizado neoliberal.²³

Reportando-se a Ulrich Beck, Callegari e Wermuth observam que o medo e o sentimento de insegurança social são fruto de um modelo de capitalismo globalizado que interfere no tipo de vida pessoal. Assim, os “riscos da modernização” incidem muito mais sobre o que as pessoas possuem, sobre seus bens materiais, de forma que se sentem permanentemente ameaçadas por uma agressão futura e incerta. Os autores destacam que “a sociedade de risco foi impulsionada pela riqueza e pelo crescimento econômico aliados ao desenvolvimento técnico-científico, os quais acabaram por se tornar responsáveis pelos

²² ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 8-10.

²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. O controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 829.

perigos e ameaças que a caracterizam”²⁴. Dessa forma, observam que “não é a crise do capitalismo, mas sim as suas vitórias as responsáveis por essa nova forma social”²⁵.

Vigora, portanto, o discurso que legitima a adoção pelo Estado de todos os meios punitivos necessários e, principalmente, eficientes para responder de forma satisfatória aos anseios da sociedade por segurança. É produzida e reproduzida a falsa ideia de que o sistema repressivo é o único capaz de conter todos os males advindos da criminalidade, e é sobre essa noção que repousa a constante busca pela máxima eficiência desse sistema. Dessa forma, o discurso da segurança pública é maciçamente professado pelo poder punitivo, justificando sua expansão, justamente porque responde, ainda que ilusoriamente, aos desejos aclamados pela sociedade por segurança e pelo controle da criminalidade pela via da repressão penal.

Há que se ressaltar o decisivo papel da mídia no reforço da sensação de insegurança coletiva, na medida em que as notícias veiculadas fazem uma abordagem das questões que envolvem a criminalidade, de tal forma que, conforme enfatiza Ana Cláudia Pinho, acabam “por acirrar esse clima de desespero, deixando a população insegura e prostrada diante de um cenário de pavor quase hobbesiano”²⁶.

Ignacio Ramonet, por sua vez, explica que a mídia também está inserida na lógica que rege as leis do mercado, de modo que toda informação agora é veiculada com base nas leis da oferta e da procura. Dessa forma, as notícias sobre a criminalidade são mercadorias que, de fato, vendem, e, na oferta desse “produto”, o jornalista tem um papel central, reagindo aos fatos com paixão, tornando-se mais uma testemunha do caso e chamando o cidadão a também fazer parte do próprio acontecimento.²⁷ Assim, a mídia introduz na sociedade sensações de indignação e de medo generalizado, cujo reflexo não é outro senão o clamor por segurança a qualquer custo.

Zaffaroni denuncia a difusão do mito de alcance da segurança com o aumento da repressão, especialmente pelas agências de comunicação, como o discurso que justifica a arbitrariedade e a relativização de garantias fundamentais:

[...] vende-se a ilusão de que se obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou

²⁴ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a, p. 17.

²⁵ CALLEGARI; WERMUTH, loc. cit.

²⁶ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 115.

²⁷ RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 60-61.

indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário.²⁸

Em de 9 de julho de 2012, foi sancionada a Lei n.º 12.683, cuja ementa expressa claramente o discurso vigente, legitimador do alargamento da intervenção penal e da incessante busca pela eficiência punitiva. Diz a ementa da Lei n.º 12.683/2012: “Altera a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”.

A principal alteração diz respeito à retirada do rol de crimes antecedentes para a configuração do crime de lavagem de dinheiro. Antes da lei, o crime de lavagem de dinheiro só ficava caracterizado quando os bens, direitos e valores objetos da conduta fossem provenientes dos crimes previstos no artigo 1.º da lei, em rol taxativo.²⁹ Agora, com a alteração, o crime de lavagem de dinheiro configura-se com bens, direitos e valores provenientes de qualquer *infração penal*, portanto, crime ou contravenção.

No que se refere à delação premiada, seguindo os rumos do novo ciclo iniciado com a Lei n.º 9.807/90, a Lei n.º 12.683/2012 ampliou sobremaneira as possibilidades de aplicação do instituto, ou, conforme o discurso manifesto no Parecer n.º 625, de 2011, da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal³⁰, a nova lei “aprimorou” o recurso à delação, na medida em que inseriu a expressão “a qualquer tempo” na redação do § 5.º do artigo 1.º da lei de lavagem de dinheiro, passando a permitir que o juiz conceda os benefícios decorrentes do instituto até mesmo após o julgamento.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, no Parecer n.º 626, de 2011³¹, sustenta que o combate ao crime de lavagem de dinheiro é uma das formas mais *eficientes* para se enfrentar crimes graves, “que reduzem a segurança de nossa população ou os recursos disponíveis para investimentos sociais do Estado”. E prossegue dizendo que “a proposição estabelece ferramentas *eficazes* para o combate à lavagem de dinheiro, representando indiscutível aprimoramento da legislação penal”.

De outra parte, em 5 de agosto de 2013, foi publicada a Lei n.º 12.850, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007, p. 75.

²⁹ O artigo 1.º da Lei n.º 9.613/98 previa o seguinte rol taxativo de crimes antecedentes: tráfico ilícito de drogas, terrorismo e seu financiamento, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, crimes contra a Administração Pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes praticados por organização criminosa e crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira.

³⁰ O parecer foi elaborado para analisar o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n.º 209, de 2003. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2012/P_S201200625_01.pdf>.

³¹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/ordemdodia/arquivos/avulso/2012/P_S201200625_01.pdf>. Grifo nosso.

(entre os quais a delação premiada), infrações penais correlatas e o respectivo procedimento criminal. Na mesma linha discursiva, no Parecer do Relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, datado de 30 de dezembro de 2012, foi asseverado:

[...] no mérito, o Projeto indiscutivelmente faz avançar a legislação pátria no combate às organizações criminosas. Assim, vai ao encontro do clamor da esmagadora maioria da sociedade brasileira, honesta, trabalhadora e cansada de assistir ao avanço do crime organizado em nosso país sem que os agentes do Estado disponham de uma legislação moderna que viabilize a punição exemplar daqueles que se associam com técnicas e estruturas cada vez mais refinadas para a prática de delitos.³²

Conforme se depreende com clareza dos exemplos da Lei n.º 12.683/2012 e da Lei n.º 12.850/2013, os rumos da política criminal no Estado brasileiro têm sido traçados pela legislação infraconstitucional como uma política penal inserida em um programa oficial de combate à criminalidade, que se utiliza do discurso da máxima eficiência na persecução penal para garantir a máxima segurança pública, como forma de legitimar a manutenção e a expansão desenfreada do exercício do poder punitivo, ainda que ao custo da violação de direitos fundamentais.

Em um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a negociação de direitos fundamentais em nome da eficiência do sistema repressivo, que, em sentido inverso, deveria encontrar seus limites exatamente nesses direitos e considerá-los como barreiras à atuação do poder punitivo.

Ocorre que instrumentos jurídicos eficazes no combate à criminalidade, como a delação premiada, ainda que se revelem de caráter inquisitório, são amplamente aceitos e acriticamente aplicados no direito brasileiro, em total falta de comprometimento com os princípios constitucionais. Na verdade, o discurso efficientista, utilizado tanto pelo Legislativo, quanto pelo Judiciário para legitimar mecanismos inquisitórios de investigação criminal, prevalece sobre qualquer discurso de direitos humanos do imputado. No caso da delação premiada, a situação parece ainda mais grave, na medida em que faz parte do próprio discurso oficial a suposta tutela de interesses do delator, de modo a facilmente convencê-lo de que confessar e colaborar com as investigações é o melhor “negócio”.³³

³² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1034301&filename=SBT+2+CCJC+%3D%3E+PL+6578/2009>. O parecer foi elaborado para analisar o Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei n.º 6.578, de 2009.

³³ Em decisão proferida em 25 de outubro de 2012 pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) na Apelação n.º 70041490657, sob a relatoria da Desembargadora Laura Louzada Jaccottet, a delação premiada é tratada como um instrumento da defesa, que beneficia exclusivamente o delator: “Vale ressaltar que, para caracterizar o instituto da delação premiada, é preciso a confissão do acusado na

Assim, quando se proclama algo clamado pelo grande público, ao mesmo tempo que se legitima o discurso do poder, reduzem-se as possibilidades de desenvolvimento do pensamento crítico. E, se esse discurso traz a mensagem de que a tão almejada segurança é alcançada tão somente pelo endurecimento e pela eficiência do sistema punitivo, ele é aceito sem restrições. Foi (e continua sendo) esse o panorama que propiciou (e continua propiciando) a produção de leis de emergência na atualidade, entre as quais se incluem os diversos diplomas legais que preveem o instituto da delação premiada no direito brasileiro.

1.2 O Movimento de Lei e Ordem e a Lei dos Crimes Hediondos: nasce o instituto

Considerando que a introdução da delação premiada no atual ordenamento jurídico brasileiro deu-se por meio da Lei n.º 8.072/90, torna-se imperioso mencionar que essa lei, segundo destacam Alexandre Rosa e Sylvio Lourenço, iniciou o processo de institucionalização de uma política criminal de tendência mundial, o chamado movimento de Lei e Ordem, que teve seu berço nos Estados Unidos na década de 90 do século XX, com a doutrina da “tolerância zero”³⁴, implementada na cidade de Nova Iorque durante o mandato do então prefeito Rudolph Giuliani, e que rapidamente se propagou para outros países.³⁵

Loïc Wacquant explica que o modelo de política criminal pregado pelas campanhas do movimento de Lei e Ordem difundiu-se aceleradamente pelo globo, em razão da conveniência política na sua adoção pelos países importadores, na medida em que o movimento contemplava dois aspectos fundamentais: promovia o controle punitivo dos grupos socialmente marginalizados e isentava o Estado de suas obrigações positivas, de suas responsabilidades sociais, já que, nessa perspectiva, a criminalidade era atribuída, não a uma falta de políticas públicas, mas à responsabilidade individual dos habitantes-alvo da doutrina.³⁶

participação do delito, com o conseqüente auxílio na busca de informações para identificação dos demais autores e desbaratamento de eventual rede delituosa, o que efetivamente ocorreu no presente. *A delação premiada é uma colaboração do co-autor e implica benefício exclusivamente ao delator. Não se trata de instrumento acusatório, mas da defesa*, sendo necessárias outras provas para a condenação dos demais agentes” (grifo nosso).

³⁴ A doutrina da “tolerância zero” é uma expressão da chamada “teoria das janelas quebradas” (*broken windows theory*), formulada em 1982 pelos norte-americanos James Q. Wilson e George L. Kelling, a qual defende o emprego das forças de ordem contra os pequenos delitos para evitar que ocorram as “grandes patologias criminais”. Assim, delitos como embriaguez, pequenos furtos, jogatina, mendicância, simples ameaças e outros comportamentos ligados às camadas mais populares da sociedade deveriam ser perseguidos agressivamente. Cf. WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 33.

³⁵ ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 45-46.

³⁶ WACQUANT, op. cit, p. 38.

Assim, o modelo de repressão penal adotado no movimento de Lei e Ordem ajustou-se perfeitamente aos interesses políticos de enfraquecimento do Estado Social para atendimento das demandas do modelo de penalidade do Estado mínimo neoliberal – “remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social [...]”³⁷. Violência e criminalidade são encaradas como um problema de polícia, não de políticas públicas de cunho social. Ademais, o “êxito” do novo modelo de combate à criminalidade em Nova Iorque transformou-o em referência mundial no combate ao crime, pronto para ser exportado para outros países com o auxílio dos canais midiáticos, inclusive para o Brasil.³⁸

Com apoio na doutrina de Wacquant, entende-se que a política criminal marcada pela criminalização daqueles que integram as camadas mais populares da sociedade está inserida em uma governamentalidade neoliberal que afasta o Estado do campo social, fortalecendo-o no campo penal, e passa a ter como destinatário principal os que não contribuem para o bom e regular desenvolvimento do mercado. Nesse modelo, não há interesse pelas devastadoras consequências sociais³⁹, de modo que se dissocia o crime das circunstâncias sociais; o crime é considerado antes uma responsabilidade individual e, como tal, deve ser enfrentado:

Assim como a ideologia neoliberal em matéria econômica se apoia na separação estanque entre o econômico (pretensamente regido pelo mecanismo neutro, fluido e eficiente do mercado) e o social (habitado pela arbitrariedade imprevisível das paixões e dos poderes), a nova *doxa* penal que se espalha hoje, a partir dos Estados Unidos e através do continente europeu, passando pelo Reino Unido, postula uma censura nítida e definitiva entre as circunstâncias (sociais) e o ato (criminoso), as causas e as consequências, a sociologia (que explica) e o direito (que legisla e pune).⁴⁰

Nessa esteira, de acordo com a ideologia neoliberal, segundo Wacquant, se o crime é uma responsabilidade individual do criminoso, desvinculada de qualquer circunstância social, então deve ser combatido combatendo-se o próprio criminoso. Segundo a lógica neoliberal, as consequências (violência e criminalidade) são dissociadas das causas reais (desigualdades sociais) e atreladas a causas construídas (responsabilidade individual), o que explica, de certo modo, o sentido das “soluções” ou alternativas eleitas pelo Estado para “enfrentar” as

³⁷ WACQUANT, 2011, p. 9.

³⁸ Ressalva-se o aparente êxito do modelo pelo fato de que o movimento de redução da criminalidade já vinha ocorrendo antes de sua implementação, e cidades que não o aplicaram também tiveram seus índices de criminalidade reduzidos, tal como Boston, Chicago e San Diego. Cf. CALLEGARI; WERMUTH, 2010a, p. 28.

³⁹ Segundo Wacquant, políticas neoliberais que pregam o menos Estado não estão interessadas em abordar as consequências sociais dessa política, como “a precariedade e a pobreza de massa, a generalização da insegurança social no cerne da prosperidade encontrada e o crescimento vertiginoso das desigualdades, o que alimenta segregação, criminalidade e o desamparo das instituições públicas” (WACQUANT, 2011, p. 85).

⁴⁰ WACQUANT, op. cit., p. 69.

consequências (violência e criminalidade): aperfeiçoamento dos mecanismos de combate ao criminoso, com destaque para a eficiência do sistema persecutório.

Foi nesse contexto político-econômico que a Lei n.º 8.072/90 inseriu a delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro para ter aplicação no crime de extorsão mediante sequestro. Em seu artigo 7.º, a citada lei introduziu o § 4.º no artigo 159 do Código Penal (CP), com o claro objetivo de imprimir maior eficiência ao combate à criminalidade e tutelar interesses basicamente individuais (patrimônio), atenuando a responsabilidade daquele que colaborasse com as investigações por meio do fornecimento de dados que facilitassem a libertação do sequestrado. No mesmo sentido, no parágrafo único do artigo 8.º, o legislador estabeleceu a possibilidade de redução de pena nos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, praticados por bando ou quadrilha, quando a colaboração propiciasse o desmantelamento da quadrilha.

Walter Bittar observa que, nas razões do Projeto de Lei n.º 3.734/89, elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – que deu ensejo à Lei n.º 8.072/90, conhecida como Lei de Crimes Hediondos –, argumentou-se que as inovações legislativas propostas tinham por objetivo proteger a sociedade (discurso da segurança), “tutelando os bens jurídicos mais importantes dos cidadãos, para tanto reforçando o *ius puniendi* do Estado e munindo a autoridade de instrumentos hábeis à contenção da criminalidade violenta”⁴¹.

A delação premiada nasceu, então, no atual ordenamento jurídico como um dos “instrumentos hábeis à contenção da criminalidade violenta”, conforme acima consignado. Nasceu impulsionada por uma política criminal que busca dar respostas rápidas e eficientes no sentido de satisfazer as demandas sociais por segurança, decorrentes do medo da criminalidade e do sentimento de insegurança que são percebidos subjetivamente, ainda que essa percepção não corresponda, na mesma proporção, à existência objetiva do crime.⁴²

Nesse contexto, políticas criminais de defesa social redesenham o Direito Penal, que passa de um instrumento de controle do poder punitivo e defesa dos cidadãos contra o arbítrio estatal a um instrumento de defesa de vítimas em potencial, que clamam pela eficiência na aplicação da lei penal, ainda que isso implique o sacrifício ou a flexibilização de garantias penais e processuais. Conforme alertam Callegari e Wermuth, “se está diante da configuração de um modelo de intervenção punitiva que representa um sério risco às liberdades e garantias fundamentais do cidadão”⁴³.

⁴¹ BITTAR, 2011, p. 93.

⁴² CALLEGARI; WERMUTH, 2010a, p. 14.

⁴³ Ibid., p. 23.

As demandas sociais, com forte apelo emocional e contando com a significativa contribuição da mídia, tiveram decisiva influência na celeridade da tramitação e na aprovação da lei no Congresso Nacional. De acordo com um estudo realizado pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), cujo relatório final recebeu o título “A Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal”, em pouco mais de dois meses, o projeto de lei foi “discutido”⁴⁴ e aprovado pelas duas Casas do Congresso, sendo promulgado pelo Presidente da República em 25 de julho de 1990. Segundo o relatório, o projeto de lei passou a tramitar em regime de urgência quando a mídia começou a noticiar a ocorrência de crimes de extorsão mediante sequestro praticados contra empresários considerados famosos no cenário nacional.

Alberto Silva Franco revela os fatores que impulsionaram a acelerada tramitação do projeto de lei, enfatizando a decisiva contribuição dos meios de comunicação social:

O que teria conduzido o Poder Executivo a solicitar com tanta rapidez a normatização desses crimes? A resposta pode ser encontrada na enorme repercussão na opinião pública, provocada pelos meios de comunicação social, da prática do crime de extorsão mediante sequestro, fato delituoso que atingia a mais alta camada social e que até então não era praticamente registrado nas estatísticas criminais. O tema entrou, então, na pauta social. Emissoras de televisão, jornais e revistas de grande circulação passaram a tratar o tema da extorsão mediante sequestro com especial ênfase, criando, ao mesmo tempo, um sentimento geral de insegurança e uma exigência de rigor maior no combate a toda a criminalidade violenta.⁴⁵

O impulso midiático na tramitação, na votação e na promulgação da Lei n.º 8.072/90 bem expressa a forte influência da mídia nos rumos da política criminal, reforçando o sentimento de insegurança já vivido pela sociedade e exercendo forte pressão nas autoridades políticas no sentido de que seja dada uma rápida resposta aos apelos sociais por segurança, deixando evidente o atual modelo de intervenção penal caracterizado pela politização do

⁴⁴ O relatório destaca, a título exemplificativo, algumas manifestações de parlamentares acerca do Projeto de Lei em votação, dentre as quais se destaca a do deputado Érico Pegoraro, nos seguintes termos: “Sr. Presidente, parece-me que seria melhor se tivéssemos possibilidade de ler o substitutivo. Estamos votando uma proposição da qual tomo conhecimento através de uma leitura dinâmica. Estou sendo consciente. Pelo menos gostaria de tomar conhecimento da matéria. [...] quero que me dêem, pelo menos, um avulso, para que possa saber o que vamos votar”. Por sua vez, o deputado Plínio de Arruda Sampaio, em seu pronunciamento, deixa clara a pressão midiática exercida sobre o Parlamento, quando afirma: “[...] Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. [...] Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero fazê-lo sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do seqüestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir adiamento da votação” (INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal. São Paulo, jul. 2005. Relatório final de pesquisa, p 4-5).

⁴⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158-159.

Direito Penal e pelo consequente empobrecimento do debate político-criminal.⁴⁶ Segundo Alexandre Rosa, “cria-se um círculo vicioso entre mídia e política, com interesses não ditos e ideológicos, pelos quais o sentido do discurso garantista perde sua densidade coletiva”⁴⁷.

A análise das circunstâncias que envolveram todo o processo legislativo faz constatar que a Lei dos Crimes Hediondos entrou no ordenamento jurídico brasileiro com todos os elementos típicos de uma legislação de emergência. E, para tornar mais eficiente a resposta penal aos delitos listados na lei, atendendo aos apelos midiáticos e aos interesses de determinadas classes sociais, a delação premiada, em seu nascedouro, passou a conferir os meios necessários para que se combatessem os delitos que realmente incomodavam essas camadas da sociedade: os delitos patrimoniais, notadamente, entre os quais o crime de extorsão mediante sequestro mostrava-se exemplar, justamente pelo fato de que as vítimas em potencial do crime nunca representaram a maioria da população brasileira.⁴⁸

1.3 Notas gerais (e críticas) sobre a delação premiada: a confissão como pressuposto

A delação⁴⁹ não se confunde com a confissão. Confessar significa admitir a autoria ou a participação em crime. É o ato pelo qual o imputado “opta” por declarar-se autor ou partícipe do delito, assumindo a responsabilidade pelo ato.⁵⁰

Já a delação premiada vai além da confissão. Configura-se a partir do momento em que o delator confessa, assumindo a sua autoria ou participação no delito, e, em seguida, atribui também a terceiro a prática de crime. A confissão do delator, portanto, é pressuposto da delação premiada.⁵¹ Se não há confissão, prejudicada estará qualquer possibilidade de “prêmio” pela delação. Nesse sentido, Gomes e Cervini observam:

⁴⁶ Callegari e Wermuth observam que, nesse modelo de intervenção, leis penais são configuradas cada vez mais com base “na experiência cotidiana do povo e a sua percepção direta da realidade e dos conflitos sociais [...], em detrimento dos conhecimentos e opiniões dos expertos [...]”, tudo no afã de satisfazer com rapidez as demandas populares; “com isso, as forças políticas conseguem estabelecer uma relação imediata entre as demandas populares e a configuração do Direito Penal, obtendo, assim, reflexamente, crédito político” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010a, p. 77-78).

⁴⁷ ROSA; CARVALHO, 2010, p. 7.

⁴⁸ PINHO, 2006, p. 37.

⁴⁹ A palavra “delação” tem origem no latim *delatio*, *deferre*, isto é, delatar, denunciar, acusar, deferir (GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada: no combate ao crime organizado*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006, p. 97).

⁵⁰ CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 240.

⁵¹ Neste trabalho, segue-se a doutrina que entende ser a confissão pressuposto da delação premiada, pois se trata de elemento constitutivo da própria essência do instituto. Nesse sentido, ver BITTAR, 2011, p. 5; PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo,

ocorre a chamada “delação premiada” quando o acusado não só confessa sua participação no delito imputado (isto é, admite sua responsabilidade), senão também “delata” (incrimina) outro ou outros participantes do mesmo fato, contribuindo para o esclarecimento de outro ou outros crimes e sua autoria.⁵²

Dessa feita, para a aplicação do instituto, o réu deve praticar basicamente duas condutas: confessar suas ações e revelar a identidade⁵³ dos demais autores ou participantes do delito, demonstrando vontade de colaborar com as investigações.⁵⁴

Por outro lado, se o delator apenas atribui um fato criminoso a terceiro, não estando envolvido na prática do delito, estamos diante de uma *notitia criminis* (delação feita por terceiros – populares, meios de comunicação, agentes públicos) ou de uma *delatio criminis* (delação feita pelo próprio ofendido ou por seu representante legal).⁵⁵

Há o argumento de que a delação premiada possui como pressuposto lógico a confissão do colaborador, uma vez que, ao pleitear os benefícios de redução de pena ou perdão judicial, o acusado já estaria admitindo a sua culpa, visto que quem não admite ser culpado por um delito pleiteia absolvição (e não redução de pena).⁵⁶

Entende-se que se trata de argumento tendencioso a conferir justificativa “plausível” ao pressuposto da confissão. Ora, embora a confissão seja um pressuposto da delação premiada, por integrar a própria razão de ser do instituto, não se pode concordar com a dedução de culpabilidade do delator, pois esse argumento desconsidera todo o cenário judicial que é arquitetado para que o réu admita a sua culpa, delate coautores ou partícipes e negocie a

v. 102, n. 929, mar. 2013a, p. 322. Em sentido contrário, entendem desnecessária a confissão para a delação premiada: GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 158; ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, mar./abr. 2013, p. 206.

⁵² GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁵³ Considerando a falta de sistematização legislativa do instituto, da qual deriva a falta de uniformidade dos critérios de aplicação, não obstante o requisito geral de identificação de coautores e/ou partícipes, há que se ressaltar que a Lei n.º 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), com alteração dada pela Lei n.º 9.080/95, exige, em seu § 2.º do artigo 25, além da confissão, a revelação de toda a trama delituosa, não havendo menção expressa quanto à necessidade de identificação de coautores ou partícipes. Nesse caso, “a revelação da trama delituosa não impõe, necessariamente, a indicação de pessoas” (BITTAR, 2011, p. 170).

⁵⁴ Bittar observa, ainda, que só se pode falar em delação premiada se a confissão e o esclarecimento do fato criminoso forem produzidos ou ratificados em juízo, nesse último caso, na hipótese de a delação ter ocorrido perante a autoridade policial ou o Ministério Público. Cf. BITTAR, 2011, p. 5-6 e p. 169-170.

⁵⁵ GUIDI, 2006, p. 99.

⁵⁶ BITTAR, op. cit., p. 171 e p. 189. Esse argumento pode ser verificado no acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) na Apelação Criminal n.º 0039586-66.2010.8.19.0203, em julgamento realizado em 24 de abril de 2012, no qual ficou consignada a contradição entre delação e pedido de absolvição: “É de se destacar a postulação de pedidos antagônicos ao pleitear simultaneamente a absolvição no delito de associação para fins de tráfico por ausência do vínculo associativo e a redução ou extinção da pena através da aplicação do instituto da delação premiada. A defesa técnica afirma que a apelante contribuiu para as investigações ao indicar os demais integrantes e principais responsáveis pelo tráfico de entorpecentes no local, mas pede a absolvição quanto ao delito de associação criminosa, dizendo que a recorrente não participava da *societas sceleris*”.

sua pena. Essa conduta por vezes faz parte da própria “estratégia de defesa” elaborada pelo patrono do réu, tão descompromissado com os direitos fundamentais quanto o juiz que, de ofício, aplica a delação premiada, nos termos permissivos do artigo 13 da Lei n.º 9.807/99.

Acreditar que o réu admite a sua culpa, tal como formulada na peça acusatória, porque de fato é culpado nos exatos termos que lhe são imputados, é ignorar toda a lógica eficientista que envolve o processo penal, notadamente o órgão julgador, que tem todo o interesse no “desvelamento” do crime mediante o máximo encurtamento do caminho investigativo ou probatório (maior benefício ao menor custo). Conforme salienta Geraldo Prado, “a partir da ideia-chave do modelo negocial, de que partem todos, incluindo juiz e defensor, de que ‘o acusado se presume culpado’, os sujeitos processuais empenham-se decididamente a convencer o réu a ‘acordar’ (!?)”⁵⁷.

Agostinho Ramalho Neto, com base no clássico romance *O estrangeiro*, de Albert Camus, observa que a confissão do crime e a demonstração de arrependimento por parte do acusado têm um papel de afirmação da lei, ainda que de forma indireta, cujo objetivo é “recuperar (deixar intacto) o sistema”. Assim, quando o imputado confessa, está reafirmando o sistema.⁵⁸

Há ainda quem sustente que os fatos objeto da investigação e da delação não são alcançados pelos direitos do réu de não produzir prova contra si e de permanecer calado (direito ao silêncio), quando a defesa opta pela delação.⁵⁹ Novamente, desconsidera-se que a própria defesa também está inserida na lógica dos cálculos de utilidade que decorrem da “opção” pelo jogo da delação premiada, em que se dissimula uma utilidade individual para o imputado, por meio da concessão de benefícios legais, e uma utilidade coletiva, advinda da eficaz colaboração com as investigações, com o discurso de que “todos saem ganhando”, disfarçando, dessa forma, o caráter inquisitório do instituto e o grave comprometimento de direitos e garantias fundamentais que derivam da sua aplicação.

O caminho da delação premiada por vezes é aceito pelo réu por se encontrar em evidente posição de desvantagem diante do órgão acusador, em termos de produção probatória. Nesse sentido, Rossetto destaca que “o acusado, por vezes, não tendo como se defender diretamente dos fatos que se lhe acusam, acaba não só por confessar, mas também

⁵⁷ PRADO, Geraldo. Poder negocial (sobre a pena), Common Law e processo penal brasileiro: Meta XXI, em busca de um milhão de presos!?. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica*: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 312.

⁵⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito e Psicanálise*: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 20-21.

⁵⁹ BITTAR, 2011, p. 198-200.

por irrogar a terceiros a participação no crime, como forma de atenuar sua situação ou mesmo na esperança de se livrar da inculpação⁶⁰.

Luigi Ferrajoli identifica claramente a delação premiada como um instituto típico de um processo inquisitório que não respeita garantias penais e processuais, no qual há a inversão do ônus acusatório da prova e a ausência de nexos retributivo entre pena e delito, já que a medida da pena será fixada conforme a conduta processual do réu, e não com base na gravidade do crime. Nesse sentido, o autor italiano observa:

Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquisidores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos. A única maneira de erradicá-la seria a absoluta vedação legal [...].⁶¹

Lançando um olhar sobre a figura do delatado, cabe enfatizar as garantias constitucionais que também lhe são subtraídas, na medida em que a concessão do benefício ao delator imporá ao juiz, consciente ou inconscientemente, a necessidade de confirmar que a aplicação da delação premiada foi correta, o que resulta em falta de isenção no processamento e no julgamento dos fatos atribuídos ao suposto coautor ou partícipe (delatado), que já estaria fadado a um prejulgamento.⁶² Assim, direitos fundamentais do delatado também são claramente vilipendiados, na medida em que tem sua culpabilidade predelineada pelo delator e ingressa em um processo penal em evidente posição de desvantagem, em inaceitável ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Considerando os pressupostos que compõem a estrutura do instituto da delação premiada, notadamente a confissão e a eficaz colaboração com as investigações, entende-se que tais elementos remontam a processos de caráter eminentemente inquisitório, conforme se verá na seção subsequente, que não se coadunam com os princípios democráticos estabelecidos, em especial com os decorrentes do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988.

1.3.1 Sistema inquisitório e delação premiada: da tortura ao “prêmio”

⁶⁰ ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 187.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 561.

⁶² BREDA, Juliano. A busca da verdade no processo penal e a delação premiada. In: BITENCOURT, César Roberto (Coord.). *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 461.

Nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei n.º 9.807/99, a delação premiada passou a ter aplicação em qualquer crime. Portanto, em qualquer processo penal que se verifique a presença dos requisitos previstos nos citados artigos, *deverá*⁶³ o juiz aplicar o instituto.

Envolta em uma rotina de trabalho que prima pela eficiência da atuação jurisdicional, isto é, pela resolução do maior número de processos penais no menor tempo possível⁶⁴, a jurisprudência tem admitido incondicionalmente o uso da delação premiada, chancelando a celebração do “acordo” que se dá entre o réu e o Ministério Público, com a participação do juiz.

É importante ressaltar que a crítica que se faz à delação premiada, entre outros aspectos, não está adstrita à sua bilateralidade (“acordo” entre réu e o Estado), pois, nos mecanismos processuais da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na Lei n.º 9.099/95, também há esse elemento, na medida em que serão efetivados mediante a aceitação do réu e a anuência do juiz, todavia, não exigem admissão de culpa por parte do imputado (confissão), como ocorre no instituto ora em estudo.⁶⁵

No que diz respeito à figura do delator, o desconforto com o instituto da delação premiada está no seu pressuposto – confissão – e no papel exercido pelo juiz para a sua efetivação. A esse respeito, destaca-se a observação de Bittar:

O CPP deixa claro, no art. 197, que a confissão não possui valor absoluto, devendo ser confrontada com as demais provas produzidas. No entanto, não há dúvidas de que a confissão possui um lugar de destaque, pois, se estiver de acordo com o quadro probatório, traz para o julgador uma tranquilidade muito maior na hora de tomar a decisão. Não se está defendendo, todavia, que a confissão possua um valor probatório superior aos demais meios de prova, mas, sim, que é inegável a sua busca, por parte das autoridades legais, durante a investigação e a instrução processual.⁶⁶

Na delação premiada, a pretexto de combater a criminalidade e alcançar a segurança pública, imprimindo maior eficiência ao processo penal, busca-se a “verdade” por meio da confissão do réu e da delação de coautores ou partícipes, mediante a concessão de “prêmio” ao delator. No procedimento inquisitório, a pretexto de combater a propagação de condutas

⁶³ A jurisprudência é pacífica no sentido de que, se ficar constatada a efetividade da colaboração, é direito subjetivo do réu a aplicação da delação premiada e a concessão dos benefícios legais. Cf. BITTAR, 2011, p. 204 e p. 181.

⁶⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. O *semblamt* da eficiência do Poder Judiciário: o que aprendi com o *Captain Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50.

⁶⁵ BITTAR, op. cit., p. 204 e p. 213.

⁶⁶ BITTAR, 2011, p. 191.

heréticas, buscava-se obsessivamente a “verdade” por meio da confissão, mediante o recurso à tortura.⁶⁷ Qualquer semelhança não é mera coincidência!

Em 1229, o Papa Gregório IX criou o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, que era um tribunal eclesiástico responsável pela investigação e pelo julgamento daqueles que cometiam heresia. No sistema inquisitório, o órgão judicante acumulava as funções de acusar e de julgar. O processo inquisitório era norteado pela busca obsessiva da verdade, cuja prova fundamental assentava-se na confissão, obtida quase sempre por meio da tortura. Assim, o saber do acusado era a principal fonte de informação, seus direitos eram ignorados para que a realidade preconstituída fosse confirmada. A “verdade” já estava definida; o processo só precisava confirmar a “verdade” estabelecida pela acusação. Segundo Rossetto, “argumenta-se que a experiência histórica tem demonstrado que o método inquisitório nada provava: a acusação já estava pronta.”⁶⁸

Em prefácio à obra *Manual dos inquisidores*, escrita por Nicolau Eymerich em 1376, Leonardo Boff, acerca dos procedimentos do inquisidor, observa que “os delatores são animados a delatar, pois a delação os faz obedientes à fé divina (parte II, B, 6)”⁶⁹. Segundo o *Manual*, o inquisidor deveria dar a impressão de que sabe de tudo e pressionar os acusados por toda forma: “Confessa logo, porque, como estás vendo, sei de tudo (parte II, E, 23, 4)”⁷⁰. O inquisidor não deveria prometer o perdão ao herege que confessava, pois não havia perdão na heresia; todavia, se lhe tivesse prometido reduzir a pena ou mesmo perdoá-lo, deveria manter sua palavra, e aí residiriam, segundo os autores do *Manual*, a boa consciência e a honestidade do inquisidor.⁷¹

Nos procedimentos inquisitórios, nem sempre o recurso à tortura era utilizado, o que demonstra uma identidade ainda maior entre a delação premiada e esse sistema. Na sessão 23 do *Manual dos Inquisidores*, intitulada “Os dez truques do inquisidor para neutralizar os truques dos hereges”, são recomendados os procedimentos para que o herege revele os erros. Após enumerá-los, o Manual esclarece que “Estes são os dez truques que os inquisidores dispõem para arrancar, com elegância (*gratiose*), a verdade da boca dos hereges, sem recurso à tortura”. Assim, dentre os procedimentos, se o herege ou o réu não confessar e continuar negando os fatos, o *Manual* orienta:

⁶⁷ ROSSETTO, 2001, p. 130.

⁶⁸ Ibid., p. 132.

⁶⁹ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 17.

⁷⁰ EYMERICH, loc. cit.

⁷¹ EYMERICH, loc. cit.

O inquisidor falará com ele delicadamente, tratando-o com benevolência ao comer e ao beber. Colocará junto com o herege alguns fiéis íntegros, que, frequentemente, conversarão com ele sobre vários assuntos. Estes fiéis irão convencê-lo a abrir-se com eles, a contar-lhes tudo, em confiança; darão conselhos para ele confessar a verdade e farão promessas de que o inquisidor lhe perdoará, e que eles é que serão os seus advogados diante do juiz. No final, se for necessário, o próprio inquisidor irá com esses fiéis até a presença do herege e ele mesmo fará a promessa de perdoar-lhe – e lhe perdoará, efetivamente, pois tudo o que se fizer para a conversão de hereges, é perdão; e as penitências são perdão e remédio.⁷²

A busca pela confissão mantém-se inalterada desde a Idade Média, desde o tempo da Inquisição, em que imperava explicitamente o sistema inquisitório. A diferença é que, nos tempos atuais, essa busca conta com diferentes mecanismos, mas tem o mesmo objetivo de outrora: a condenação mediante o menor esforço do Estado na produção de provas contra os imputados.⁷³

O sistema inquisitório dominou as legislações processuais na Europa do século XV até o século XIX.⁷⁴ Já no Brasil, as atividades do Tribunal do Santo Ofício tiveram início em 1572 e permaneceram até a proclamação da Independência em 1822.⁷⁵

Salo de Carvalho destaca o protagonismo do juiz no sistema inquisitório, na medida em que “a resolução do caso se vincula fundamentalmente à técnica do Magistrado em

⁷² EYMERICH, 1993, p. 125-126.

⁷³ Em decisão proferida em 25 de janeiro de 2012 pela Quinta Câmara Criminal do TJRS na Apelação n.º 70044742120, sob a relatoria do Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro, a relevância da confissão para a condenação foi assim revelada: “Quanto à confissão espontânea, tal instituto merece um pouco de digressão. Pode parecer que a lei exija que a confissão deva ser realizada de modo claro e cristalino, no sentido de o acusado dizer que admite a prática do fato tal como consta da peça acusatória, inclusive fornecendo maiores detalhes da ocorrência. Não é assim, todavia. A melhor interpretação, no meu entendimento, é a que conclui no sentido de que, *se o réu, minimamente, no seu relato, permite o convencimento de que praticou o fato, assim facilitando a sentença condenatória*, deve ser atenuada a pena. Com efeito, *uma vez que o réu simplesmente negue a prática do fato, fica, certamente, mais difícil ao Estado/Jurisdição aplicar a lei, pois deve se valer de todos os elementos probatórios existentes nos autos, muitas vezes superar alguma dificuldade da prova, mediante interpretação por vezes complexa*. Entretanto, *se o réu possibilita, de modo mais fácil, a sentença condenatória*, produzindo um relato que nas entrelinhas significa admissão, ainda que informe pretensão de participar de fato menos grave, ou que foi induzido a estar presente no local, sem saber o que iria ocorrer, assim tentando eximir-se, mas deixando margem a extensas dúvidas sobre essa alegação, é possível, sim, acolher a atenuante” (grifos nossos). Ressalte-se que essa decisão será objeto de análise na subseção 3.5.1.

⁷⁴ ROSSETTO, 2001, p. 131.

⁷⁵ Salo de Carvalho observa que “as Ordenações Filipinas (1603-1830) representaram o complexo legislativo do modelo jurídico-penal da Inquisição no Brasil” (CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 76-77). A propósito, no Livro V, Título CXVI, sob o enunciado “Como se perdoará aos malfeitores que derem outro à prisão”, o Código Filipino tratou da delação premiada nos seguintes termos: “Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsar nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Príncipe meu filho [...]; tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu à prisão, participante em cada hum dos ditos malefícios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte [...]” (SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar et al. *Ordenações Filipinas* on-line. Set. 1998. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2013).

descobrir a verdade que o acusado é o exclusivo detentor. O poder, portanto, é altamente concentrado e direcionado exclusivamente contra o suspeito-acusado-réu”⁷⁶.

A posição do juiz no processo penal é o principal elemento que separa um sistema inquisitório de um sistema acusatório, este último caracterizado pela rígida separação entre o juiz e as partes, especialmente o órgão acusador.⁷⁷ Quando a gestão da prova passa a contar com a considerável e ativa contribuição do juiz, sendo-lhe não apenas permitido, mas recomendado que, diante de uma confissão, pergunte ao réu sobre outras pessoas que tenham concorrido para a infração e suas respectivas identidades (artigo 190 do Código de Processo Penal (CPP)), não se podem negar os rasgos de inquisitorialidade que ainda vigoram no direito brasileiro, inclusive no procedimento jurisdicional, que, em tese, deveria estar orientado pelo sistema acusatório. Nesse sentido, conclui Salo de Carvalho que “o sistema brasileiro de Justiça criminal opera através de técnicas eminentemente inquisitoriais de revelação de verdade, incorporadas na formação cultural dos atores jurídicos”⁷⁸.

Com efeito, no sistema inquisitório o réu é a figura central do processo, do qual o juiz, com todo o seu poder de investigação e seu dever de buscar a verdade, deverá extrair todas as informações a respeito da conduta herética (ou prática delituosa) por meio da confissão e da delação, outrora obtidas por meio de “truques” ou da tortura (e agora mediante a concessão de “prêmios” ao delator).

Pois bem, considerando a inegável participação do juiz na formação do “acordo” que o imputado celebra com o poder punitivo estatal, inclusive na negociação de seus termos (quanto mais informação, maior será o “prêmio”), a possibilidade de desempenhar – junto com a acusação (e por que não com a defesa, quando se utiliza dessa “estratégia”) – um papel de pressionador do réu⁷⁹ (ou estimulador, se se quiser mais sutileza nas palavras), para que confesse o crime e delate coautores ou partícipes, definitivamente é própria do sistema inquisitório, no qual os delatores eram “animados a delatar”, inclusive pela defesa.⁸⁰

⁷⁶ CARVALHO, 2010, p. 76. Importa mencionar que essa técnica do juiz para obter a verdade por meio do acusado, conforme asseverado por Salo de Carvalho, é perfeitamente perceptível na legislação atual, inclusive no próprio Código de Processo Penal, no capítulo que trata do interrogatório do acusado, quando o juiz é orientado no sentido de dar início à configuração da delação, após a obtenção da confissão do réu. Nesse sentido, o artigo 190 preceitua que, “Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam”.

⁷⁷ Ibid., p. 80.

⁷⁸ Ibid., p. 95.

⁷⁹ BITTAR, 2011, p. 213.

⁸⁰ Leonardo Boff observa que, no procedimento inquisitório, “a defesa tem uma função meramente nominal, diria até perversa, pois não trata de defender o réu, mas de agilizar a sua condenação. O *Manual* ensina que ‘o papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido’ (parte II, G, 31)” (EYMERICH, 1993, p. 19).

Diante dos procedimentos que possibilitam a configuração e a aplicação da delação premiada, é incontestável, ainda que não seja admitida, a efetiva contribuição do órgão julgador na produção de provas que agem em desfavor⁸¹ tanto do réu (confissão) quanto do sujeito delatado (incriminação), o que definitivamente não se coaduna com um sistema acusatório.

Ao discorrer sobre o caráter negocial da justiça penal, Geraldo Prado adverte: “Não por acaso o comportamento processual que se espera do acusado, na negociação penal, igualmente remete à Idade Média: a confissão!”⁸².

Assim, em um cotejo com o modelo inquisitório, *grosso modo*, a delação premiada apenas modifica o instrumento do qual se utiliza o Estado para alcançar a “verdade”: da tortura (quando necessária) ao “prêmio”; do constrangimento à “liberdade de contratar” com o Estado. Se antes o réu era constrangido e, por vezes, torturado para confessar e delatar terceiros, agora ele é “estimulado” a proceder dessa maneira, e ainda recebe um “prêmio” por isso (redução de pena, perdão judicial etc.). A lógica inquisitorial permanece a mesma.⁸³

1.3.2 A natureza jurídica da delação premiada no processo penal

A importância do estudo da natureza jurídica da delação premiada no processo penal justifica-se pela necessidade de se saber exatamente com que tipo de mecanismo probatório o juiz está lidando quando aplica o instituto e em que medida as informações trazidas por intermédio da colaboração processual constituem elemento de convicção do julgador e interferem diretamente no julgamento.

Aury Lopes Junior explica que as provas admitidas no processo penal permitem que o juiz exerça sua atividade recognitiva em relação a um fato (passado), consistindo, portanto, em “*modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença”⁸⁴.

Preliminarmente, há que se fazer uma distinção entre prova e meio de prova. Com

⁸¹ Conforme já consignado em passagens anteriores deste trabalho, o entendimento de que a delação premiada é, de qualquer forma, mais favorável ao réu – não podendo, portanto, deixar de ser aplicada – faz parte do discurso legitimador do instituto, do qual não se compartilha, pois esconde toda a lógica inquisitória que há por trás da sua aplicação.

⁸² PRADO, 2011, p. 313.

⁸³ Ao discorrer sobre a continuação do espírito da Inquisição, Leonardo Boff destaca: “Ainda perdura o processo de delação, a negação ao acesso às atas dos processos, a inexistência de um advogado e a impossibilidade de apelação. A mesma instância acusa, julga e pune. Isso é uma perversidade jurídica em qualquer Estado de direito, pagão, ateu ou cristão. Não há a salvaguarda suficiente do direito de defesa” (EYMERICH, 1993, p. 25).

⁸⁴ Aury Lopes Junior observa que a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois desconhece o fato e terá de conhecê-lo por meio da prova (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 512, grifo do autor).

apoio em Marco Antonio de Barros, entende-se que a prova é um instrumento da verdade, o que não deve ser confundido com o meio de prova, que, segundo o autor, “é todo instrumento que se destina a levar ao processo um elemento, uma informação a ser utilizada pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes”, ressalvando-se, por óbvio, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.⁸⁵

Assim, em relação ao sujeito delatado, a delação premiada é um meio de prova⁸⁶, na medida em que se presta a levar ao processo informações que contribuirão para a formação da convicção do juiz sobre o caso e, mais precisamente, sobre a conduta delituosa do delatado. Quanto ao delator, na medida em que pressupõe a confissão, a delação premiada também proporciona elementos de convicção ao juiz, sendo, portanto, também meio de prova. Em hipótese nenhuma, deve ser considerada um instrumento da verdade (prova), pela simples razão de que o seu conteúdo pode não corresponder à realidade (ou verdade) dos fatos.

A jurisprudência tem entendimento consolidado no sentido de que, não obstante o seu poder incriminador, o conteúdo da delação não é suficiente para subsidiar uma condenação, devendo ser ratificado pelas demais provas produzidas durante a instrução processual.⁸⁷ Não obstante esse entendimento, Marco Antonio de Barros alerta para o fato de que, por vezes, busca-se instigar o imputado a delatar, transformando o conteúdo da delação no “coração do processo” e reduzindo o empenho na busca por outros meios de prova.⁸⁸

A Lei n.º 12.850/2013 (organização criminosa), ao dispor sobre a delação premiada, preceitua que o colaborador *estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade*. Maria Elizabeth Queijo, ao tratar sobre o valor probatório do interrogatório, menciona que, no direito norte-americano, o acusado pode ser inquirido sob juramento, obrigando-se a dizer a verdade e sem direito ao silêncio, quando opta por submeter-se ao *cross examination*, “aumentando-se consideravelmente o valor probatório de suas declarações”⁸⁹. Dessas lições, pode-se depreender que, do procedimento concernente à delação premiada inaugurado pela Lei n.º 12.850/2013, a consequência inarredável será a atribuição de maior valor probatório às

⁸⁵ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 201.

⁸⁶ Conforme salienta Bittar, “parece não haver dúvidas de que as informações prestadas pelo colaborador influenciam o julgador, mesmo que inconscientemente, na tomada de suas decisões, e, por isso a delação premiada também é meio de prova” (BITTAR, 2011, p. 188).

⁸⁷ BITTAR, 2011, p. 194. Esse entendimento foi constatado no levantamento jurisprudencial realizado neste trabalho.

⁸⁸ BARROS, op. cit., p. 239.

⁸⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113. A autora destaca que a natureza jurídica da confissão não se confunde com a do interrogatório. “Este é meio de defesa e fonte de prova. Excepcionalmente, durante o interrogatório, poderá ocorrer a confissão, que é meio de prova” (QUEIJO, 2012, p. 118).

declarações do delator, no que diz respeito tanto à confissão quanto ao teor da delação (incriminação), já que o terá feito sob o compromisso de dizer a verdade.

Quanto à valoração da prova, o processo penal brasileiro⁹⁰ adota o sistema do livre convencimento ou persuasão racional, segundo o qual o juiz deve fundamentar a sua decisão com base no respectivo quadro probatório, não estando adstrito a uma valoração preestabelecida das provas (sistema tarifado), tampouco livre para valorá-las da forma que lhe convier (sistema da íntima convicção).⁹¹

Segundo Bittar, no Brasil, a jurisprudência tem-se posicionado no sentido de que, por si só, o conteúdo da delação não se presta para fundamentar uma decisão condenatória, devendo ser corroborada por outras provas produzidas no processo.⁹² Reportando-se a Tourinho Filho, Maria Elizabeth Queijo assevera que esse posicionamento decorre do fato de que, na delação, “o acusado se transmuda em testemunha, que não presta compromisso”, logo o que diz não poderia embasar uma condenação.⁹³ *A contrario sensu*, na hipótese de o delator prestar compromisso, como já admite a Lei n.º 12. 850/2013, não se estaria abrindo as portas, por meio da legislação, para decisões condenatórias baseadas fundamentalmente nas declarações do delator, ainda que não se admita isso expressamente no *decisum*?

De acordo com a pesquisa realizada em diversos Tribunais do país, constata-se que, a despeito da adoção do sistema de valoração probatória previsto no Código de Processo Penal e do correlato “princípio do livre convencimento”⁹⁴, quando há confrontação com a negativa de autoria do delatado, é o conteúdo incriminador da delação que prevalece, até porque, regra geral, parece estar ratificado por outros elementos de prova constantes no processo. Dessa feita, apesar de não servir, por si só, para fundamentar uma decisão condenatória, não há como se negar que a delação premiada constitui um forte meio de prova, acentuado com a novidade trazida pela Lei n.º 12. 850/2013, sendo, portanto, de grande influência sobre a formação da convicção do juiz. Por essa razão, justifica-se a preocupação com a aplicação judicial do instituto, na medida em que a convicção do julgador está sendo construída com apoio em um mecanismo violador de direitos fundamentais, notadamente o direito de não

⁹⁰ CPP, art. 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

⁹¹ BITTAR, 2011, p. 190.

⁹² Ibid., p. 193.

⁹³ QUEIJO, 2012, p. 120.

⁹⁴ Segundo Ana Cláudia Pinho, o “livre convencimento não é porta aberta para dizer o que se quer. Sob essa blindagem, muitas decisões furtam-se ao dever da motivação, o que é inadmissível no atual estado da arte do processo penal democrático” (PINHO, 2013, p. 34). Dado o intenso debate que o tema implica, neste trabalho, não será explorada a crítica ao “princípio do livre convencimento”.

produzir prova contra si, conforme se verá na seção subsequente.

1.3.3 Delação premiada e direito à não autoincriminação: um paradoxo insuperável

Jacinto de Miranda Coutinho adverte que, no sistema acusatório, “o juiz tem, primordialmente, a função de *garante das regras do jogo*”⁹⁵. Cabe às partes apresentarem suas provas e ao juiz, garantir que isso se dê sem ranhuras a direitos fundamentais. Segundo o autor, um processo penal constitucionalizado que garanta os direitos do acusado e limite o poder punitivo do Estado, “é incompatível com os anseios de ‘celeridade’ no sentido de *se condenar mais rápido* ou se *acalmar a sociedade*”⁹⁶, pois tais anseios não conseguem coexistir com o respeito a direitos e garantias individuais. A observância dos princípios caros ao sistema acusatório não admite a pressa.

Segundo Maria Elizabeth Queijo, um dos principais obstáculos ao reconhecimento do direito à não autoincriminação (princípio *nemo tenetur se detegere*) é o mito da verdade material que ainda impera no processo penal.⁹⁷ Assim, a autora assevera que, “sob esse prisma, afirma-se a prevalência da busca da verdade real, conjugada com o interesse público na persecução penal, sobre o direito individual de não se autoincriminar”⁹⁸. A tendência no processo penal em obter a “verdade” dos fatos com a colaboração do acusado constitui claro resquício da concepção de que o acusado é o objeto da prova e de que existe uma ideia preconcebida de sua culpabilidade.

Com a existência de certa presunção de culpabilidade – o que, frise-se, é característico de sistemas autoritários –, o acusado passa a ser tido como detentor de pleno conhecimento acerca dos fatos ocorridos, e a confissão passa a ser tida como o melhor instrumento para alcançar-se a “verdade real”.⁹⁹

O direito fundamental à não autoincriminação, do qual decorre o direito ao silêncio,

⁹⁵ COUTINHO, 2009, p. 255.

⁹⁶ Ibid., p. 260.

⁹⁷ QUEIJO, 2012, p. 54-56. A chamada “verdade material” está relacionada ao processo penal e ao princípio da livre investigação das provas. Assim, a verdade material estaria ligada à “investigação dos fatos sem limites legais, por quaisquer meios disponíveis, abrangendo todas as informações que venham ao conhecimento do juiz, independente de sua forma de obtenção”, ao contrário da verdade formal, típica do processo civil, obtida dentro dos parâmetros legais. A autora defende a verdade processual tanto no processo penal, quanto no processo civil, que é a verdade aproximativa, apurada mediante o respeito aos princípios, regras e garantias processuais. (QUEIJO, 2012, p. 61).

⁹⁸ QUEIJO, 2012, p. 64.

⁹⁹ Ibid., p. 107.

mas a ele não se restringe¹⁰⁰, tem como objetivo primordial a proteção do indivíduo contra excessos no exercício do poder punitivo estatal, o que envolve tanto o resguardo contra violências físicas ou morais, quanto a não admissão de “métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações”¹⁰¹ para que o acusado colabore com as investigações de delitos.

Embora não se debruce sobre o tema da delação premiada, Maria Elizabeth Queijo entende que, se não houver qualquer tipo de coação para compelir o acusado a colaborar e se for ele instruído quanto ao direito ao silêncio, não há violação do *nemo tenetur se detegere*, apesar da colaboração processual comportar, quase sempre, a autoincriminação. A autora ressalva apenas a inadmissibilidade de mecanismos, inclusive legais, que sujeitem a concessão dos benefícios ao arbítrio da autoridade (avaliações subjetivas da colaboração, personalidade, gravidade, repercussão do fato).¹⁰²

Para Frederico Valdez Pereira, a colaboração processual não viola o direito ao silêncio. Para o autor, entender diferente redundaria em considerar o direito dos acusados de não confessar como irrenunciável ou, apesar de renunciável, o prêmio eliminaria a voluntariedade. Observa Frederico Valdez Pereira que a atribuição de efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, ainda que acrescida da colaboração reveladora, “não importa violação ao direito à não autoincriminação, tampouco o prêmio elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado”. Segundo o autor, o acusado possui o direito de não colaborar, o que situa a questão na esfera de liberdade do titular do direito, que pode renunciá-lo, se tal renúncia fizer parte da estratégia processual adotada pela defesa.¹⁰³

Discorda-se dos argumentos de Maria Elizabeth Queijo e de Frederico Valdez na medida em que parecem desconsiderar toda a lógica inquisitória que envolve a aplicação do instituto da delação premiada. Poder-se-ia talvez falar em liberdade de escolha do acusado em confessar ou colaborar ou não com as investigações se não houvesse nos procedimentos de persecução penal uma ideia preconcebida de sua culpabilidade.¹⁰⁴ Se a presunção de inocência

¹⁰⁰ Segundo Maria Elizabeth Queijo, “o direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras decorrências igualmente importantes que dele se extraem. O direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado” (QUEIJO, 2012, p. 233).

¹⁰¹ QUEIJO, 2012, p. 77.

¹⁰² Ibid., p. 258.

¹⁰³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013b, p. 54-55.

¹⁰⁴ Sobre a ideia preconcebida de culpabilidade do réu e a não observância do princípio da presunção de inocência, destaca-se trecho do acórdão proferido, em 13 de setembro de 2012, pela Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) no julgamento da Apelação n.º 0014541-

fosse realmente levada a sério no sistema persecutório vigente, talvez, por vezes, não teríamos acusados confessando delitos e delatando terceiros, mas, antes, empreendendo esforços para provar sua inocência, se fosse o caso.

Para aprofundar o debate, coloca-se então a seguinte indagação: se o princípio da presunção de inocência fosse realmente observado pelo julgador, se o ônus de provar a culpa recaísse somente sobre a acusação e se não houvesse a oferta de benefícios legais em troca da confissão ou delação, ainda assim haveria confissão por parte do acusado em grande parte dos casos submetidos ao Judiciário em que há a aplicação do instituto? A resposta parece clara: não. A delação premiada consiste, portanto, em um instrumento utilizado na contemporaneidade para arrancar, “com elegância”, a confissão do acusado, como foi mencionado na subseção 1.3.1 deste trabalho em relação aos “truques” utilizados no modelo inquisitório.

A violação de direitos fundamentais tornou-se ainda mais clara com a Lei n.º 12.850/2013, que, ao tratar da colaboração premiada como meio de obtenção de prova, em seu artigo 4.º, § 14, dispôs: “Nos depoimentos que prestar, *o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade*”. Em nenhum outro momento legislativo precedente, os rasgos de inquisitorialidade do instituto e o total descompromisso com o direito à não autoincriminação estiveram tão evidentes quanto agora, colocando o acusado como um verdadeiro objeto da prova¹⁰⁵, pronto para ser explorado até que se chegue à tão almejada “verdade real” dos fatos de forma rápida e eficiente.

O exemplo da Lei n.º 12.850/2013 não deixa dúvidas sobre os caminhos que a política criminal tem tomado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme já mencionado na seção

91.2009.8.05.0039, sob a relatoria do Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo, em análise acerca da aplicação da delação premiada ao caso: “Entrementes, no caso dos autos de ação penal, não se caracterizou a colaboração delatária, dadas as circunstâncias da prisão do apelante e a apreensão da droga. Apenas o requerente foi denunciado, não havendo outros esclarecimentos sobre o seu comparsa. *O requerente, ouvido em juízo, negou inclusive a prática do delito, nada dizendo de relevante sobre o seu comparsa, não colaborando, portanto, com a investigação policial ou processo criminal, tendo, ao contrário, dificultado a descoberta da verdade real dos fatos*” (grifo nosso). No mesmo sentido, o acórdão proferido, em 30 de junho de 2011, pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) no julgamento da Apelação n.º 030.2009.002.371-1/001, sob a relatoria do Desembargador Arnóbio Alves Teodósio: “Logo, não há que se falar em incidência do referido instituto, porque *os apelantes, além de terem negado a prática dos delitos na fase investigativa, prejudicando o andamento das investigações policiais e a apuração da verdade real, na fase judicial, mormente tenham confessado os crimes, suas informações, contudo, não foram eficazes para desvendar a autoria das outras pessoas ligadas à organização do tráfico de drogas, como, por exemplo, identificar os menores envolvidos com a venda de drogas para os réus, chamados de ‘aviões’*. Ou seja, os apelantes não atuaram de forma decisiva para elucidação dos co-autores” (grifo nosso).

¹⁰⁵ Segundo Maria Elizabeth Queijo, tal como ocorre no modelo inquisitório, o acusado é objeto da prova quando se permite que seja “constrangido, pelas mais diversas formas, a manifestar o seu conhecimento sobre os fatos” (QUEIJO, 2012, p. 109).

1.1. Decisões políticas definitivamente não estão sendo norteadas pelo respeito aos direitos fundamentais. Se antes a renúncia ao direito de não produzir prova contra si como consequência da delação premiada era tema de debate e divergências doutrinárias, agora o legislador deixou clara a sua opção: o acusado renunciará expressamente o direito ao silêncio e responderá a todas as perguntas que lhe forem dirigidas, com o compromisso legal de dizer a verdade. Contudo, sua “recompensa” dependerá da avaliação que o juiz fará de sua personalidade, da natureza, das circunstâncias, da gravidade e da repercussão social do fato criminoso e da eficácia da colaboração (art. 4.º, § 1.º).

Importa ressaltar o entendimento de Maria Elizabeth Queijo no que diz respeito ao dever do acusado de dizer a verdade:

[...] mera possibilidade de o acusado submeter-se a juramento, com o correspondente dever de verdade, atenta contra o *nemo tenetur se detegere* e limita a sua liberdade moral. Isto porque, com a previsão de juramento, o acusado será compelido a submeter-se a ele, para fugir ao estigma de suspeito ou culpado. A ideia predominante é que aquele que nada tem a ocultar se submete ao juramento. Desse modo, os que não juram serão, fatalmente, considerados suspeitos ou mesmo culpados.¹⁰⁶

Ressalte-se, contudo, que essa lógica atentatória contra o referido direito não se iniciou com a Lei n.º 12.850/2013, mas se trata de consequência inafastável da própria aplicação do instituto, qualquer que seja o delito, conforme já sustentado nas seções precedentes.¹⁰⁷ O novo texto legislativo apenas a explicitou para os delitos praticados por organizações criminosas.

Segundo os próprios defensores da delação premiada, a concessão de benefícios legais ao delator justifica-se pelo auxílio prestado ao Estado no combate ao crime. Tratar-se-ia, na verdade, de um incentivo¹⁰⁸ que é dirigido ao acusado para que confesse o crime que lhe é imputado e delate terceiros, imprimindo maior eficiência ao processo e rapidez à resposta penal. Ora, não há como se entender de outra forma: estimular a confissão equivale a dizer estimular a autoincriminação. E, se assim o é, como sustentar que na aplicação da delação

¹⁰⁶ QUEIJO, 2012, p. 276-277.

¹⁰⁷ A propósito, sobre o assunto, destaca-se trecho do acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal do TJRJ na Apelação n.º 0000689-36.1998.8.19.0058, em julgamento realizado em 28 de julho de 2011: “De início, cumpre destacar que a causa de diminuição de pena prevista no artigo 14 da Lei n.º 9.807/99, por conter requisitos mais rígidos, absorve a circunstância atenuante da confissão. Ademais, para configurar-se a delação premiada carece o sujeito imputar, inclusive, a si mesmo a autoria ou participação nos fatos delituosos objetos da *persecutio criminis*, posto que a redação do aludido dispositivo legal já pressupõe a sua responsabilidade penal. Assim, o indiciado ou acusado colaborando voluntária e efetivamente para a identificação dos demais coautores ou partícipes de um delito abdica do direito constitucional de não se incriminar” (grifo nosso).

¹⁰⁸ Frederico Valdez Pereira, com apoio em Norberto Bobbio, observa que o termo mais apropriado para designar os benefícios legais concedidos com a delação premiada seria “incentivo”, e não “prêmio”, pois este representa recompensa posterior ao comportamento, enquanto aquele significa uma “facilitação *ex ante* ou concomitante à conduta que se pretende estimular”, exatamente como ocorre no instituto em estudo (PEREIRA, 2013b, p. 24).

premiada não há violação de direitos fundamentais? Como sustentar que um processo penal conduzido pelo respeito aos princípios constitucionais pode admitir o estímulo à autoincriminação? A despeito de posições divergentes, entende-se que se trata de paradoxo insuperável que não se ajusta ao Estado Democrático de Direito.

1.4 Eficientismo, delação premiada e decisão penal

Desde o seu nascedouro no direito brasileiro, conforme já consignado, o instituto da delação premiada tem passado por um processo de contínua expansão. Assiste-se, por um lado, a um Legislativo que trabalha pela ampliação das possibilidades de aplicação do instituto e, por outro, a um Judiciário que, na prática, aplica a legislação ordinária ao caso concreto tal como concebida pelo poder legiferante, todos com o objetivo de estabelecer um processo penal cada vez mais marcado pela eficiência dos procedimentos de investigação criminal e de produção de provas.

Segundo Callegari, o efficientismo consiste no “pragmatismo utilitarista que se impôs na legislação penal, a partir do qual se aproveitam as demandas de lei e ordem, construídas por meio dos meios de comunicação, para dar respostas simbólicas de maior intervenção penal”¹⁰⁹.

Vera Regina de Andrade situa o efficientismo na própria lógica estrutural do exercício de poder dos sistemas penais nas sociedades capitalistas, quando adverte:

Globalmente considerada, pois, esta lógica se traduz numa subprodução (déficit) de garantismo e numa sobreprodução (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém um nexos funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades sociais, isto é, com a violência estrutural. E desse desequilíbrio resulta a grave crise de legitimidade experimentada pelo moderno sistema penal, não obstante a sobrevivência de sua autolegitimação oficial associada a demandas político-criminais e sociais relegitimadoras de sua intervenção. É o chamado efficientismo penal, materializado através de teorias como a das “janelas quebradas” e dos movimentos de lei e ordem e das políticas de tolerância zero.¹¹⁰

Nesse sentido, a delação premiada insere-se em uma política criminal marcada pela incessante busca da eficiência na persecução penal “em nome da segurança pública”, sendo esse discurso efficientista utilizado para justificar a expansão do instituto, com todos os

¹⁰⁹ CALLEGARI, 2010a, p. 131.

¹¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 59, dez. 2009, p. 176.

recursos que se fizerem necessários para efetivá-lo, a despeito de resultar em um enorme déficit de garantismo, como bem observa Vera Regina de Andrade.

Considerando a produção legislativa existente, Walter Bittar ressalta que, “no caso da delação premiada, há um consenso no sentido de que o instituto segue uma moderna orientação político-criminal”, em que se buscam meios para auxiliar as investigações criminais, “seja recuperando o produto do crime, seja identificando os demais participantes do delito, sempre se fundamentando predominantemente em interesses criminais”¹¹¹.

No efficientismo, o fim é buscado por qualquer meio. Portanto, se o Estado não consegue desvendar crimes e descobrir seus culpados por seus próprios meios, nessa perspectiva, nada obsta a que atinja seu objetivo por meio de informações prestadas pelo próprio réu, ainda que disso resulte a produção de provas contra si mesmo e a presunção de culpabilidade do sujeito delatado (que entra na relação processual em clara posição de desvantagem). Em troca, o réu será “premiado” com um dos benefícios legais que vão da redução de pena até o perdão judicial. Na era da eficiência exaltada pelo discurso neoliberal, tudo pode ser negociado, inclusive a pena.

Em matéria de delação premiada, sob o pálio da eficiência, a decisão penal busca o maior benefício ao menor custo, ou seja, a mais rápida resposta penal ao menor esforço investigativo. É possível verificar que essa concepção amolda-se a uma orientação sustentada pela Análise Econômica do Direito (AED), que se intensificou na segunda metade do século XX a partir do relevo do discurso neoliberal, entre outros fatores, e que tem por escopo:

[...] transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.¹¹²

Alexandre Rosa destaca que o discurso neoliberal desenvolvido por Hayek e Friedman conferiu especial relevo ao fator “liberdade”.¹¹³ A economia deveria estar livre de entraves para que funcionasse segundo as leis do mercado, cabendo ao Estado eliminar os obstáculos.¹¹⁴ Segundo a abordagem econômica de Posner, fundada na maximização da

¹¹¹ BITTAR, 2011, p. 69.

¹¹² ROSA; CARVALHO, 2010, p. 23.

¹¹³ Nesse sentido, “A Sociedade, portanto, deve buscar a maximização das possibilidades de satisfação do maior número de fins individuais e garantir a liberdade individual. E o mercado como ordem espontânea catalisadora, para Hayek, garante a satisfação do maior número de fins individuais mediante a criação de meios para o fomento da riqueza, através da proteção da liberdade e da propriedade” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 42).

¹¹⁴ Friedrich Hayek e Milton Friedman foram os principais colaboradores para a fundação ortodoxa do discurso neoliberal. Cf. ROSA; LINHARES, 2009, p. 38-39.

riqueza, conforme mais adiante se verá, “a única justificativa para a interferência na liberdade econômica e individual é uma séria falha operacional do mercado”¹¹⁵.

Partindo do discurso neoliberal¹¹⁶, a AED sustenta que o Direito deve ajustar-se para atender ao funcionamento do mercado, à nova ordem mundial inaugurada pelo neoliberalismo, eliminando os obstáculos jurídicos que possam incomodar o livre desenvolvimento econômico. Assim, seria preciso fazer “a revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e da própria Constituição”, conforme lembra Alexandre Rosa. Nessa análise, uma Constituição que prima pela garantia de direitos fundamentais representa um elemento prejudicial ao mercado e pode facilitar a estagnação econômica.¹¹⁷ Crescimento econômico e respeito aos direitos fundamentais caminham em sentidos opostos, ao passo que crescimento econômico e desigualdades sociais seguem na mesma direção, conforme já consignado na seção 1.1 deste trabalho.

A AED incide sobre a Teoria da Decisão Judicial a partir do *pragmatic turn*, nas palavras de Alexandre Rosa, propondo a adoção do critério econômico como norteador do provimento jurisdicional e a mudança de tradições jurídicas¹¹⁸, inclusive com argumentos filosóficos, tendo em Richard Posner um de seus principais expoentes. A eficiência passa a ser o medidor da decisão judicial. Conforme observa Alexandre Rosa, “com a introdução do critério rígido da eficiência econômica a resposta está garantida, não obstante seu conteúdo variável no tempo, espaço e contexto”¹¹⁹. É a expressão de uma concepção pragmatista do direito, conforme se verá mais adiante em tópico específico.

Adotando o pragmatismo jurídico e considerando o compromisso com a eficiência do processo penal, dispensando, portanto, a devida fundamentação¹²⁰, juízes lançam mão da delação premiada pelos benefícios que dela resultam – identificação de “culpados” ao menor

¹¹⁵ POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a, p. 96.

¹¹⁶ Segundo Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior, a análise econômica do direito surge como “a faceta jurídica do pensamento econômico, com o fim de expressá-lo na ordem da Lei” (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Sobre o fio da navalha: a justiça criminal entre a eficiência e os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, jul./ago. 2013, p. 357).

¹¹⁷ ROSA; CARVALHO, 2010, p. 24-25.

¹¹⁸ Alexandre Rosa adverte: “Ainda que não dito, muitas das reformas recentes no ordenamento se deram pela fusão equivocada e irrefletida de tradições jurídicas, trazendo-se, não raro, institutos estranhos ao Direito Continental. Este comércio de institutos do direito anglo-saxão, todavia, não acontece sem o estabelecimento de uma tensão decorrente da diferença de tradições filosóficas, isto é, de uma matriz causa-efeito, parte-se, sem muita aproximação, para um panorama pragmático, no qual a eficiência prepondera” (ROSA; CARVALHO, 2010, p. 74).

¹¹⁹ ROSA; CARVALHO, 2010, p. 31.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 35.

custo possível e abreviação do caminho e do esforço investigativos¹²¹, sob o discurso de que só assim se chegará à tão aclamada segurança pública, ainda que por isso se pague o preço da supressão de direitos fundamentais. Nessa relação de custo *vs* benefício e sob a perspectiva do efficientismo, o interesse é pelo maior benefício (promover, pelo menos no discurso, a segurança pública por meio de um processo penal eficiente) ao menor custo (facilitação da instrução probatória). Os princípios democráticos caros ao sistema acusatório não entram nesse cálculo.

Despreza-se, portanto, o Direito Penal mínimo estabelecido na Constituição Federal de 1988, que impõe limites à atuação estatal por meio da proteção dos direitos fundamentais, e exalta-se um Direito Penal máximo, que maximiza o poder punitivo e minimiza liberdades em prol de um processo penal eficiente, reduzindo os direitos fundamentais a um reconhecimento meramente formal. Em matéria de delação premiada, a legislação ordinária coloca à disposição do juiz as ferramentas para um procedimento pautado pelo critério da eficiência, o qual será reproduzido na decisão penal, em detrimento de direitos fundamentais e de princípios consagrados na Constituição Federal, o que, definitivamente, não condiz com um Estado Democrático de Direito.

A decisão penal é peça fundamental na consecução dos desideratos democráticos, o que somente é possível mediante a adoção de uma concepção do direito comprometida com um modelo de comunidade de princípios.¹²² Nas irretocáveis palavras de Alexandre Rosa, “de qualquer forma, para o Processo Penal Eficiente, é preciso dizer: não, obrigado. Este é o desafio”¹²³.

1.5 A expansão legislativa da delação premiada no Brasil

Após a introdução da delação premiada pela Lei n.º 8.072/90, diversas leis penais esparsas também contemplaram a hipótese de aplicação do instituto, não obstante a total falta de uniformidade nos critérios mencionados nesses diplomas. Nesse sentido, a delação

¹²¹ De acordo com um dos argumentos favoráveis à delação premiada, trata-se de um instrumento eficaz no auxílio dos órgãos públicos, na medida em que eles encontram dificuldades para reprimir crimes, sobretudo os que se utilizam de aparatos tecnológicos sofisticados, tal como ocorre com as organizações criminosas. Premia-se quem delata e, assim, facilita-se o trabalho dos órgãos responsáveis pela investigação criminal. A crítica a esse argumento faz-se no sentido de que o Estado não deve valer-se de meios flagrantemente violadores de direitos fundamentais para tentar sanar a deficiência de seus próprios métodos investigativos. Cf. VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 95.

¹²² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 254.

¹²³ ROSA; CARVALHO, 2010, p. 79.

premiada teve lugar nas seguintes leis: Lei n.º 9.034/95 (crime organizado), Lei n.º 9.080/95 (crimes contra o sistema financeiro nacional e crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), Lei n.º 9.613/98 (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores), Lei n.º 9.807/99 (lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e a acusados ou condenados que tenham voluntariamente colaborado com o procedimento persecutório penal), Lei n.º 10.149/00 (infrações contra a ordem econômica) e Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas).

É importante mencionar que, à semelhança da Lei 8.072/90, nas demais leis subsequentes que dispuseram sobre a delação premiada, não houve qualquer preocupação do legislador com normas procedimentais de aplicação do instituto, bem como não houve interesse em sistematizá-lo, visto que cada diploma legal trabalha com requisitos distintos, permitindo a aplicação da delação premiada sob condições diversas, a depender da legislação que se estiver operando. Contudo, com a Lei n.º 12.850/2013, no que diz respeito à delação premiada aplicada aos procedimentos em que se apuram crimes praticados por organizações criminosas, o legislador trouxe normas procedimentais a serem adotadas na hipótese de aplicação do instituto, conforme se verá adiante.

É importante ressaltar que não se pretende fazer uma detalhada exposição da legislação que prevê a delação premiada, visto que neste trabalho não se pretende analisar as diversas formas legislativas de previsão do instituto. Entretanto, reputa-se indispensável uma breve apresentação da produção legislativa vigente em relação à matéria.

1.5.1 Lei n.º 8.072/90

Com apoio no enunciado constitucional previsto no artigo 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, a Lei n.º 8.072/90 dispôs sobre os crimes hediondos, enumerando-os em rol taxativo em seu artigo 1.º.

No que diz respeito à delação premiada, foi inserida no ordenamento jurídico para ter aplicação no crime de extorsão mediante sequestro, nos termos do artigo 7.º da citada lei, que introduziu o § 4.º no artigo 159 do Código Penal, prevendo a hipótese de redução da pena de um a dois terços, quando, na hipótese de concurso de agentes¹²⁴, o coautor do delito fornecesse informações à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado.

¹²⁴ Na redação original, a Lei n.º 8.072/90 condicionou a redução da pena ao crime praticado em quadrilha ou bando. Com a Lei n.º 9.269/96, que modificou a redação do § 4.º do artigo 159 do CP, a delação premiada passou a ter aplicação nos crimes praticados em concurso.

Em seguida, conforme dispôs o parágrafo único do artigo 8.º da Lei n.º 8.072/90, o instituto também passou a ter aplicação nos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, quando praticados por bando ou quadrilha, desde que a colaboração propiciasse o desmantelamento da quadrilha, hipótese em que o delator faria jus a uma redução da pena de um a dois terços.

Ressalta-se a condição de efetividade da colaboração imposta pela norma, na medida em que os benefícios decorrentes da delação somente serão concedidos ao delator se as informações prestadas forem efetivas, isto é, se, de fato, auxiliarem na libertação da vítima sequestrada e no desfazimento da quadrilha.

Assim como nas demais leis que preveem o benefício da redução de pena, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a fixação do patamar de redução ficará a cargo do juiz e dar-se-á de acordo com o grau de efetividade das informações prestadas pelo delator.¹²⁵

1.5.2 Lei n.º 9.080/95

Sessenta e um dias após a aprovação da Lei n.º 9.034/95 (crime organizado), foi promulgada a Lei n.º 9.080/95, que ampliou a possibilidade de aplicação da delação premiada aos crimes contra o sistema financeiro nacional, disciplinados pela Lei n.º 7.492/86, e aos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, previstos na Lei n.º 8.137/90. Assim, mediante o acréscimo de dispositivos legais às respectivas leis com idêntica redação e conteúdo, possibilitou-se a aplicação do instituto nos delitos previstos nas citadas leis, quando, cometidos em quadrilha ou coautoria, “o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”¹²⁶.

Bittar ressalta que a banalização do instituto da delação premiada na legislação brasileira concretizou-se a partir da Lei n.º 9.080/95:

Se, nas leis anteriores, o legislador deixava claro que a utilização do beneplácito só teria cabimento quando pertinente a prática de crimes graves, ao optar por introduzir mais normas sobre delação premiada na legislação, sem fazer qualquer distinção quanto à gravidade do delito, a opção político-

¹²⁵ De acordo com a doutrina de Bittar, “Vale recordar que a prudência e a discricionariedade do magistrado, de acordo com o caso concreto, em especial quanto ao alcance das consequências geradas no inquérito ou ação penal, decorrentes das informações prestadas pelo delator, são fatores decisivos para estabelecer o patamar justo para a redução da pena, o que não comporta maiores dificuldades no caso concreto.” (BITTAR, 2011, p. 99).

¹²⁶ Ibid., p. 108.

criminal de banalização e ampliação de concessões aos investigados e acusados em geral, restou pacificada no ordenamento jurídico pátrio.¹²⁷

A banalização do instituto denunciada por Bittar deveu-se principalmente ao fato da sua aplicação poder incidir sobre quaisquer dos delitos previstos na Lei n.º 7.492/86 e na Lei n.º 8.137/90, o que significa dizer que a delação premiada passou a ter aplicação sobre delitos com penas de detenção de dois a cinco anos ou multa, como é o caso dos crimes contra as relações de consumo previstos no artigo 7.º da Lei n.º 8.137/90.

Há que se ressaltar que não por acaso o instituto da delação premiada foi tão rapidamente ampliado para ter aplicação nos delitos previstos na Lei n.º 7.492/86 e na Lei n.º 8.137/90. Trata-se de leis penais especiais, cujos delitos previstos são da ordem dos crimes econômicos, portanto, a inserção de um mecanismo que pudesse conferir maior eficiência à investigação de delitos que interferem no bom e regular andamento da economia mostrou-se muito conveniente aos interesses neoliberais.

1.5.3 Lei n.º 9.613/98

A grande inovação do instituto da delação premiada trazida pela Lei n.º 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, foi a ampliação do “catálogo de prêmios” oferecidos ao delator. Assim, em sua redação original, além da redução da pena de um a dois terços, o § 5.º do artigo 1.º previu também a possibilidade de cumprimento inicial da pena em regime aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, finalmente, a isenção de pena para o delator, em havendo colaboração espontânea do coautor ou partícipe prestando esclarecimentos que levassem à apuração de infrações penais e sua autoria ou à localização de bens, direitos ou valores objeto do crime.

Em 9 de julho de 2012, foi sancionada a Lei n.º 12.683, que alterou o § 1.º do artigo 5.º da Lei n.º 9.613/98 e deu mais amplitude ainda ao catálogo dos “prêmios” decorrentes da delação premiada e à possibilidade de sua aplicação, na medida em que passou a prever o benefício do início do cumprimento da pena em regime semiaberto e facultou ao juiz isentar de pena o delator ou substituí-la por pena restritiva de direitos a qualquer tempo, conforme já consignado na subseção 1.1.1.

Na sequência do movimento de expansão do recurso à delação enquanto mecanismo

¹²⁷ BITTAR, 2011, p. 109.

eficiente na investigação de crimes, o Conselho de Atividades Financeiras (COAF), mediante Resolução, regulamentou o § 1.º do artigo 14 da Lei n.º 9.613/98 e tornou obrigatório que empresas de consultoria informem ao respectivo órgão de controle as operações de clientes que apresentem suspeita de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo. A Resolução está em vigor desde 1.º de março de 2013.¹²⁸

É bem verdade que essa última novidade em matéria de delação trazida pela Resolução do COAF não trata da delação objeto do presente estudo – a que concede benefícios ao delator pelas informações prestadas (delação premiada).¹²⁹ Contudo, traz-se à baila a informação com o objetivo de deixar evidente a tendência do poder público, em seus mais diversos campos de atuação, de adotar critérios de eficiência na repressão ao crime, conforme já asseverado em seções precedentes.

1.5.4 Lei n.º 9.807/99

Em resposta às críticas dirigidas à forma como a delação premiada foi concebida no Brasil, já que não havia qualquer previsão de amparo ao delator, a Lei n.º 9.807/99 trouxe normas relativas à proteção dos acusados ou condenados que voluntariamente colaborassem com o procedimento persecutório penal. Ademais, ampliou sobremaneira o campo de aplicação do instituto, deixando de fazer qualquer vinculação a crimes determinados, como até então estava sendo feito. Sobre esse assunto, Bittar observa:

Com a extensão do beneplácito para todo o ordenamento jurídico brasileiro, sem qualquer preocupação com a origem do instituto, o Direito premial tomou por completo a legislação penal ordinária e extraordinária, permitindo que a delação premiada ganhasse mais uma natureza jurídica: causa extintiva de punibilidade (por meio do perdão judicial), causa de liberação de pena e causa de diminuição de pena, desde que presentes os requisitos exigíveis.¹³⁰

Dessa feita, com a solidificação do movimento de expansão da delação premiada por meio da Lei n.º 9.807/99, que possibilitou a aplicação irrestrita do instituto a qualquer delito e previu, além da redução de pena (art. 14), o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade do réu delator (art. 13), entende-se que o primado do eficientismo da persecução

¹²⁸ BEZERRA, Elton. Consultoria deve informar operação suspeita de lavagem. *Revista Consultor Jurídico*, 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/coaf-informado-operacao-suspeita-lavagem-partir-marco>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

¹²⁹ O ato de delatar seus clientes é uma obrigação da empresa de consultoria. De acordo com o artigo 14 da Resolução n.º 21 do Coaf, o não cumprimento dessa obrigação enseja responsabilidade administrativa.

¹³⁰ BITTAR, 2011, p. 146.

penal chegou ao seu ápice, a despeito das graves violações de direitos fundamentais que dele pudessem resultar.

Embora leis posteriores à Lei n.º 9.807/99 também contemplem hipóteses de aplicação da delação premiada, como a Lei n.º 10.149/00 (infrações contra a ordem econômica) e a Lei n.º 11.343/06 (Lei de Drogas), com fundamento no artigo 5.º, XL, da Constituição Federal, tem-se entendido que, atendidos os requisitos e pressupostos da delação premiada, deverá o juiz considerar os benefícios mais favoráveis ao acusado – os disciplinados nos artigos 13 e 14 da Lei n.º 9.807/99, aplicáveis a qualquer delito previsto no ordenamento jurídico brasileiro.¹³¹

1.5.5 Lei n.º 12.850/13

A Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, além de ter atendido a uma antiga demanda jurisprudencial e doutrinária pela definição de organização criminosa, dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser adotado nos casos que envolvam a criminalidade organizada, revogando a Lei n.º 9.034/95.

Entre os meios de obtenção de prova permitidos em qualquer fase da persecução penal, previstos no artigo 3.º da Lei n.º 12.850, a delação premiada, sob a denominação “colaboração premiada”, ganhou disciplina procedimental nos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º da mesma lei. Além dos benefícios já conhecidos, como perdão judicial, redução de pena e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, passou-se a prever a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4.º, § 4.º).

Diante de toda essa nefasta realidade legislativa, que prima pela eficiência do processo penal e permite uma verdadeira negociação de direitos fundamentais, pergunta-se: de que maneira a decisão penal está inserida nesse contexto? Qual modelo de atuação tais decisões expressam? No atual contexto do constitucionalismo contemporâneo, onde estão os princípios nas decisões penais que abordam o instituto da delação premiada? Afinal, onde está o prêmio? São perguntas às quais se pretende responder por meio da análise teórico-filosófica feita nos capítulos seguintes.

¹³¹ BITTAR, 2011, p. 158.

2 DELAÇÃO PREMIADA E DECISÃO PENAL: POR UMA MUDANÇA DE PARADIGMA TEÓRICO-FILOSÓFICO

*Direito é atitude, diz Dworkin. É um contínuo (re)construir, trazendo para o fórum dos princípios toda a discussão e a interpretação, buscando nas práticas sociais e na moralidade política a formação das melhores decisões possíveis, em busca da justiça e da fraternidade.*¹³²

2.1 A Teoria da Decisão na perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED)

Historicamente, Direito e Economia atuavam em campos distintos, relacionando-se apenas quando a especificidade da matéria econômica emergia no direito, quando então se recorria ao economista. Todavia, o pensamento neoliberal economicista, com seu aparente caráter de inevitabilidade¹³³, passou a imprimir condicionantes silenciosas no discurso jurídico, adentrando o Direito “pela brecha normativista e seu vazio fundamental”, conforme enfatiza Alexandre Rosa.¹³⁴ Assim, o discurso economicista encontrou no direito campo fértil para estabelecer-se e desenvolver-se, pois deparou-se com uma legislação deficiente em termos de conteúdo principiológico e de pouco (por vezes nenhum) comprometimento constitucional.

Considerando a magnitude que as questões econômicas ganharam em decorrência da presença do discurso jurídico no ambiente neoliberal, Alexandre Rosa adverte:

Dito diretamente: o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas.¹³⁵

A decisão judicial ganha especial relevo diante da lógica custo vs benefício instalada pelo projeto neoliberal: pode reafirmá-la ou insurgir-se contra seus fundamentos. A insurgência enseja uma análise crítica das próprias leis imantadas de interesses mercadológicos, ao passo que a reafirmação do discurso neoliberal implica uma análise

¹³² PINHO, 2013, p. 92.

¹³³ Destaca Alexandre Rosa: “Assim é que o discurso do desenvolvimento econômico é o principal disfarce do discurso neoliberal, naturalizado como sendo uma das exigências decorrentes da globalização, sem qualquer possibilidade de discussão” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 54).

¹³⁴ ROSA; LINHARES, 2009, p. 7. “Dito de outra forma: o lugar e a função do Direito no modelo neoliberal modifica silenciosamente a maneira como o Estado e suas normas se apresentam simbolicamente, deslocando-se o centro gravitacional do Sistema (estrutura) estatal para o mercado, a nova fonte vazia iluminada do sentido anti-democrático” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 8).

¹³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 135.

econômica de tais leis, com base no novo princípio jurídico *do melhor interesse do mercado*¹³⁶, mediante avaliações de utilidade. Dessa feita, nessa última análise, o cumprimento irrefletido de regras dá-se não pela simples deferência à autoridade do legislador ou por uma questão de aceitação racional, mas porque o produto da atividade legiferante é útil em determinadas circunstâncias. Nesse aspecto é que a AED busca libertar o Direito das amarras positivistas.¹³⁷

Sobre a Análise Econômica do Direito, Alexandre Rosa leciona:

Denomina-se Análise Econômica do Direito (AED) o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, o qual busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito. O movimento, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, tem como precursores e expoentes os professores Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale. *Law and Economics*, contudo, não é um movimento coeso. Apresenta diversas escolas e orientações, com diversas publicações regulares. O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas.¹³⁸

Sob o manto dos princípios do liberalismo econômico, a AED emprega no estudo do Direito os preceitos que vigoram no pensamento econômico, propondo-se a investigar quais são as melhores normas e os seus impactos no comportamento dos sujeitos e das instituições, tudo em prol do “bem-estar social”¹³⁹ (leia-se, da maximização de riqueza¹⁴⁰). Segundo Posner, a economia tem importância para o direito na medida em que economistas preocupam-se em mapear consequências que são centrais para a análise legal pragmática, como os efeitos econômicos de indenização punitiva, penas de prisão etc.¹⁴¹

A AED aplica-se a duas linhas de estudo: a) a estrutura do Direito e do Poder Judiciário (organização e administração da Justiça), “especialmente mediante a destruição das noções de Direito Fundamental e Constituição” (registro Macro)¹⁴²; b) a decisão judicial, “inserida no contexto do discurso jurídico neoliberal, avaliada pelo critério da eficiência” (registro Micro)¹⁴³. Como o foco da análise do presente trabalho está na decisão penal em

¹³⁶ ROSA, 2012, p. 137.

¹³⁷ ROSA; LINHARES, 2009, p. 41 e p. 78.

¹³⁸ ROSA; CARVALHO, 2010, p. 55.

¹³⁹ ROSA; LINHARES, op. cit., p. 57.

¹⁴⁰ No prefácio da edição brasileira, Richard A. Posner explica que utiliza a expressão “maximização da riqueza” para identificar a “doutrina que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial” (POSNER, 2010a, p. XIII-XIV). Assim, os custos e benefícios devem ser levados em consideração para decidir se uma norma ou prática é eficiente ou não.

¹⁴¹ POSNER, 2010b, p. 60.

¹⁴² ROSA; LINHARES, op. cit., p. 61.

¹⁴³ ROSA, op. cit., p. 140.

matéria de delação premiada, os fundamentos do modelo da AED serão aqui explorados basicamente no que tange a essa segunda linha de estudo apontada.

A AED controla o conteúdo das decisões judiciais com base no seu compromisso com as regras do mercado, com o aumento dos lucros e o acúmulo de riquezas. Assim, a análise verifica se a interpretação das leis está sendo conduzida pelo critério da eficiência e condicionada à análise custo *vs* benefício, acrescentando, portanto, um elemento pragmático à decisão judicial que deve ser considerado em primeiro lugar. Nesse sentido, Alexandre Rosa esclarece que “para além da resolução dos ‘conflitos’ (cível) ou ‘caso penal’, percebe-se a colocação da ‘decisão judicial’ numa cadeia de significantes que deve, necessariamente, guardar uma parametricidade com as diretrizes econômicas, transformadas em ‘critério’ do sistema decisório”¹⁴⁴.

Posner salienta que a novidade trazida pelo movimento *Law and Economics* reside na orientação dada aos juízes no sentido de que a decisão a ser tomada, no exercício de sua ampla discricionariedade, deve produzir resultados eficientes.¹⁴⁵ Assim, segundo o modelo da AED, provimento jurisdicional justo é provimento jurisdicional eficiente. A eficiência é o critério medidor da decisão judicial, seu fundamento de validade: será tão mais justa quanto maior for a sua eficiência. A decisão judicial que, ao contrário, parte dos direitos fundamentais, inverte o critério de “justiça” que deve nortear a decisão.¹⁴⁶

Alexandre Rosa adverte que a AED não é um mero método de interpretação eficiente. Sua relevância transcende ao simples método para representar um modelo hermenêutico com argumentos filosóficos assentados no pragmatismo, motivo pelo qual deve ser estudado com seriedade, mas sem perder de vista o paradigma democrático sobre o qual o direito brasileiro está assentado desde a Constituição Federal de 1988.¹⁴⁷

¹⁴⁴ ROSA; LINHARES, 2009, p. 86.

¹⁴⁵ POSNER, 2010a, p. XIV.

¹⁴⁶ ROSA; LINHARES, op. cit., p. 106.

¹⁴⁷ ROSA; LINHARES, op. cit., p. 104. Segundo Alexandre Rosa, “[...] pode-se dizer que o estudo da AED é importante como elemento nas decisões democráticas, dado que proporciona uma leitura das funções que Instituições possuem e podem vir a ocupar, bem assim o impacto econômico das eventuais reformas legais no contexto individual e coletivo. A escassez de recursos para satisfação das necessidades também pode ser levada em consideração, evitando-se o desperdício de recursos. Contudo, a utilização dos pressupostos e finalidades da *Law and Economics* não pode acontecer sem um debate antecedente do modelo de ‘Estado Democrático de Direito’ que se almeja e que não pode se vincular exclusivamente ao mercado, sob pena de se acolher ingenuamente o modelo neoliberal de desprezo ao Direito e à dignidade da pessoa humana (Dussel). Ela é mais uma ferramenta a se manejar no contexto democrático plural” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 139).

2.1.1 Richard Posner e a maximização da riqueza: o lançamento das bases para um conceito de direito

Na obra *El análisis económico del derecho*¹⁴⁸ (*Economic Analysis of Law*, no original de 1973), uma das mais importantes contribuições do autor à teoria do direito, em seção destinada a tratar o direito penal e as sanções penais, Richard Posner desenha um modelo de comportamento do delinquente nos seguintes moldes: uma pessoa comete um delito porque os benefícios esperados do delito para ele superam os custos esperados. Considerando essa relação, os custos de oportunidade (tempo do delinquente e castigo penal) poderiam aumentar, o que reduziria a incidência de delito, se se diminuísse o desemprego, assim como os benefícios do roubo (e sua incidência) poderiam diminuir mediante uma distribuição de riqueza.¹⁴⁹

O autor desenvolve uma análise econômica das penas de prisão e multa, destacando as vantagens da multa em relação à prisão pelo fato de o aprisionamento ser mais custoso para o Estado. Dessa forma, o autor assevera que, se há uma preocupação com a eficiência na prática das sentenças, devem-se esperar sentenças de multa mais pesadas e períodos mais curtos de prisão para os acusados mais ricos, quando a multa for cobrável.¹⁵⁰

Segundo Posner, o que Adam Smith chamava “riqueza de uma nação” (e que o autor chama “eficiência”) sempre foi um valor social importante, especialmente no século XIX, a era do *laissez-faire*, quando o direito adquiriu grande parte de sua forma moderna. Essa é uma das razões que explicam o fato de o direito ter tanto sentido econômico e, da mesma forma, a presença desse valor nas decisões judiciais. Nessa perspectiva, Posner sustenta um caráter instrumental dos princípios, atrelado à questão da eficiência, nos seguintes termos:

Muitos juristas tradicionais não creem que os juízes deveriam ter alguma conexão com as metas sociais; creem que os juízes deveriam aplicar princípios de justiça. Porém uma investigação revela que tais princípios resultam ter ordinariamente um caráter funcional ou instrumental: que são, de fato, uma versão da eficiência ou da política redistributiva.¹⁵¹

¹⁴⁸ POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 349-350.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 350. Segundo Posner, a prisão não só não gera nenhuma arrecadação para o Estado, ao contrário das multas, mas também seus custos sociais superam os da cobrança de multas aos demandados solventes por uma série de razões: gastos com a construção e a manutenção de prisões, perda da produtividade legítima do indivíduo encarcerado, falta de utilidade da prisão para o encarcerado, sem que isso reverta em qualquer benefício correspondente ao Estado, além da debilidade da produtividade do ex-encarcerado, quando em liberdade, causada pelo estigma da condenação. Contudo, o autor ressalta que a prisão tem um benefício que a multa não gera: impede que o delinquente cometa delitos, pelo menos fora da prisão, enquanto estiver preso (POSNER, 2007a, p. 355-356).

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 397-398, tradução livre. No original: “Muchos jurisconsultos tradicionales no creen que los jueces debieran tener ninguna conexión con las metas sociales; creen que los jueces debieran aplicar principios de

Do ponto de vista da análise econômica, Posner distingue dois tipos de eficiência das regras: uma regra é *substancialmente* eficiente quando estabelece um preceito que interioriza uma externalidade ou promove a alocação eficiente dos recursos; de outro lado, uma regra é *processualmente* eficiente quando está projetada para reduzir o custo ou aumentar a correção do uso do sistema legal. Entre as regras processualmente eficientes, o autor menciona aquelas projetadas para reduzir a carga de trabalho judicial, permitindo que certos conflitos sejam resolvidos por meios alternativos.¹⁵²

Em seção destinada à prova, Posner faz uma análise das regras que estruturam o processo de descobrimento dos fatos a partir de relações de custo-benefício. Assim, por meio de fórmulas, o autor desenvolve uma análise matemática dos custos da busca de provas, elaborando equações para que essa busca represente sempre um processo de minimização de custos.¹⁵³

Em meados da década de 70, Posner chegou ao que se pode chamar “apogeu do critério da eficiência” em seus escritos, mediante a formulação de uma teoria que promoveu estreita aproximação entre justiça e eficiência – a teoria da “maximização da riqueza”. A obra *A economia da justiça* (*The Economics of Justice*, no original de 1981) é a mais representativa dessa formulação teórica.¹⁵⁴

Posner fundamenta sua construção teórica sobre a eficiência como critério da decisão judicial na ideia de “maximização da riqueza”, que não se confunde, segundo o autor, com o chamado utilitarismo clássico de Jeremy Bentham, calcado no princípio da “maior felicidade”¹⁵⁵ ou utilidade, cujo objetivo era promover a maior felicidade para o maior número de pessoas. De acordo com o utilitarismo de Bentham, uma conduta, instituição ou lei deveria ser analisada pela sua eficácia na promoção da felicidade.¹⁵⁶

Os dois traços característicos da teoria utilitarista, segundo Posner, estariam situados, de um lado, na moral individual e, de outro, na justiça social. No utilitarismo, portanto, “o homem íntegro é aquele que se esforça por elevar a soma total de felicidade (a sua mais a dos outros), e a sociedade justa é aquela que busca elevar essa soma total a seu valor máximo”.

justicia. Pero una inspección revela que tales principios resultan tener de ordinario un carácter funcional o instrumental: que son, en efecto, una versión de la eficiencia o la política redistributiva.”

¹⁵² POSNER, 2007a, p. 410.

¹⁵³ Ibid., p. 921-922.

¹⁵⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Jan. 2012. Acesso em: 12 set. 2013.

¹⁵⁵ POSNER, 2010a, p. 40.

¹⁵⁶ Ibid., p. 59.

Assim, o máximo de felicidade ou utilidade é alcançado quando pessoas ou criaturas podem satisfazer suas preferências (não importa quais sejam elas)¹⁵⁷ no maior grau possível.¹⁵⁸

Apesar de reconhecer a contribuição científica do utilitarismo de Bentham para a análise econômica do direito, Posner afirma que a teoria utilitarista padece de sérias deficiências, entre as quais, segundo ele, a incerteza de seu campo de atuação, isto é, a teoria não define os que deverão ter sua felicidade incluída na elaboração de políticas que maximizem a felicidade.¹⁵⁹

Feitas as críticas à teoria utilitarista, Posner acredita ser possível distinguir utilitarismo e ciência econômica, bem como afirma que a norma econômica (o que chama “maximização da riqueza”) possui bases éticas mais sólidas do que o utilitarismo.¹⁶⁰

Segundo Posner, os impactos da economia sobre a teoria do direito deram-se na década de 60 do século XX, ao passo que o pensamento utilitarista já estava incrustado na imaginação jurídica, com notórios impactos sobre a teoria do direito, desde a publicação das obras de Bentham, no século XVIII.¹⁶¹ O autor insiste em deixar clara a distinção que há entre a “maximização da felicidade” (utilitarismo de Bentham) e a “maximização da riqueza”, sobre a qual repousam as bases de sua abordagem econômica. Maximização da riqueza e utilitarismo teriam em comum o fato de darem significativa importância às preferências, às satisfações, todavia, a maximização da riqueza não representa a soma total dessas preferências, como faz o utilitarismo. Ademais, Posner não admite a ideia que decorre do utilitarismo acerca da possibilidade de invasões da liberdade individual “em nome da felicidade dos animais, da felicidade do ‘monstro utilitário’ de Nozick, ou das especulações de Bentham sobre o que realmente faz as pessoas felizes.”¹⁶²

O que distingue, essencialmente, o eficientismo de Posner do utilitarismo de Bentham é que, para Posner, a medida de justiça é a maximização da riqueza (conotação econômica), enquanto, para Bentham, a medida de justiça é a maximização da felicidade ou utilidade.¹⁶³

¹⁵⁷ Posner alerta para o perigo do instrumentalismo que decorre da teoria utilitarista, na medida em que não faz qualquer distinção moral entre as preferências das pessoas. Nesse sentido, observa, por exemplo, que, se as pessoas se sentissem felizes sob regimes totalitários, o utilitarista coerente teria de apoiar o totalitarismo. É o que chama “aberrações morais” da teoria (POSNER, 2010a, p. 68-70).

¹⁵⁸ Ibid., p. 63.

¹⁵⁹ Exemplificando o problema da incerteza da teoria utilitarista, Posner indaga acerca dos animais e dos estrangeiros. A felicidade dos animais deveria ser levada em consideração na elaboração das políticas? “A política dos Estados Unidos deveria ser a de elevar ao máximo a felicidade dos norte-americanos, atribuindo peso nulo à dos estrangeiros?” (POSNER, 2010a, p. 63-64).

¹⁶⁰ Ibid., p. 59.

¹⁶¹ Ibid., p. XII e p. 60.

¹⁶² Ibid., p. 79.

¹⁶³ SALAMA, 2012.

Por outro lado, Posner também não compartilha da tradição kantiana que insiste na ampla liberdade individual, “a despeito das consequências desta para a felicidade ou utilidade dos membros da sociedade”. Por meio da ética da maximização da riqueza, propõe a mescla da tradição utilitarista com a kantiana.¹⁶⁴

A maximização ou busca da riqueza importa em um elevado respeito às escolhas individuais (mais do que no utilitarismo), visto que se fundamenta no modelo de transação voluntária de mercado. Sobreleva o valor da liberdade econômica, na medida em que é quase unânime o entendimento de que o livre mercado maximiza a riqueza de uma sociedade (mais do que a sua felicidade). Ademais, para Posner, atitudes éticas convencionais também podem decorrer do princípio da maximização da riqueza, tais como o cumprimento de promessas, dizer a verdade etc., na medida em que essas virtudes facilitam as transações e, por consequência, promovem a riqueza. Dessa forma, a maximização da riqueza, segundo Posner, incentiva atitudes éticas ao mesmo tempo que promove o crescimento econômico.¹⁶⁵

Para Posner, a maximização da riqueza lança as bases do conceito de direito, normalmente definido como “uma ordem apoiada no poder coercitivo do Estado”. A essa definição, Posner acrescenta quatro elementos: 1) os destinatários da ordem devem cumpri-la; 2) os que estiverem na mesma posição devem receber tratamento equitativo; 3) a ordem deve ser pública; 4) “deve haver um procedimento de apuração da verdade de quaisquer fatos necessários à aplicação da ordem, em conformidade com suas condições”¹⁶⁶. Tais elementos compõem a teoria econômica do direito.

O presente trabalho relaciona-se estreitamente com o quarto elemento acima mencionado, enquanto um dos elementos do próprio conceito de direito, segundo a abordagem econômica sustentada por Posner. Especificamente sobre esse aspecto, nas palavras de Posner, “a teoria econômica do direito pressupõe que mecanismos de averiguação dos fatos são necessários para a correta aplicação de uma lei”¹⁶⁷. Afirma o autor que o efeito desencorajador de uma lei pode enfraquecer-se caso não haja mecanismos que incentivem as pessoas a cumpri-la.

De acordo com a abordagem econômica de Posner, baseada na maximização da riqueza, a análise de todas as questões leva em consideração seus custos e benefícios, de

¹⁶⁴ POSNER, 2010a, p. 79.

¹⁶⁵ Ibid., p. 79 e p. 81-82.

¹⁶⁶ Ibid., p. 89-90.

¹⁶⁷ Ibid., p. 91.

modo que uma conduta estará justificada para a teoria econômica apenas se for maximizadora da riqueza, independentemente se resultará na felicidade ou não da sociedade.¹⁶⁸

Posner afirma que é deduzido um sistema de direitos da própria meta da maximização da riqueza, de modo que “esses direitos (sobre o próprio corpo, trabalho e assim por diante), uma vez estabelecidos, serão vendidos, locados, ou permutados, provendo renda a seus proprietários.”¹⁶⁹ Dessa forma, quanto às questões morais, para a abordagem da maximização da riqueza de Posner, a compensação é sempre cabível. Dito de outro modo, direitos podem ser vilipendiados se seus possuidores forem compensados pela violação, o que difere do sistema da maximização da riqueza do sistema utilitarista, no qual direitos podem ser vilipendiados unicamente pelo fato de a violação satisfazer o “monstro utilitário”. Nesse sentido, Posner assevera:

Em um sistema utilitarista perfeito, não há restrições orçamentárias para frear a marcha do monstro utilitário. Mas, em um sistema de maximização da riqueza, as atividades do monstro subordinam-se às limitações de sua riqueza, e suas vítimas são protegidas pelo sistema de direitos, que o obriga a compensá-las da forma que exigirem.¹⁷⁰

No conceito de justiça desenvolvido por Posner, fundado na maximização da riqueza, direitos fundamentais não possuem qualquer lugar de destaque. Pelo contrário, estarão sempre subordinados aos fatores econômicos e aos respectivos cálculos de custo e benefício, sempre tendo em vista a maximização da riqueza. Conforme já consignado, de acordo com a abordagem econômica do direito sustentada por Posner, direitos fundamentais podem ser violados desde que se ofereça uma compensação ao seu possuidor, de modo a tornar o negócio vantajoso. Nessa transação, o consentimento¹⁷¹ dos envolvidos justifica eticamente o negócio e demonstra a sua eficiência.

¹⁶⁸ POSNER, 2010a, p. 65. Na questão relativa aos estrangeiros, que, segundo Posner, o utilitarismo não resolve diretamente, a abordagem econômica admite apenas a imigração maximizadora da riqueza, ou seja, quando a renda auferida pelo estrangeiro for superior ao seu próprio sustento, pois só assim poderá aumentar a riqueza da população existente, o que significa dizer que, ainda que provoque a infelicidade dos norte-americanos, a permanência de estrangeiros no país estará permitida, pois promoverá o crescimento econômico (POSNER, 2010a, p. 93-94).

¹⁶⁹ POSNER, 2010a, p. 98.

¹⁷⁰ Ibid., p. 99. “O fato de eu ser capaz de obter tanta satisfação torturando pessoas quanto elevando-me acima da miséria delas na balança da felicidade não faria de mim um homem melhor nem me daria o direito de torturar. Eu teria de *comprar* o consentimento de minhas vítimas [...]” (POSNER, 2010a, p. 99).

¹⁷¹ Para Posner, na “eficiência”, segundo o chamado “princípio de Pareto”, “uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém” (POSNER, 2010a, p. 105). De acordo com o critério de Pareto, prova-se a superioridade de uma determinada alocação de recursos (maior eficiência) por meio da demonstração de que houve o consentimento de todas as pessoas afetadas. Contudo, Posner afirma que esse critério não é aplicável à maioria das questões de política pública em virtude dos seus efeitos sobre terceiros (chamadas “externalidades”). Dessa forma, sendo impossível identificar todas as pessoas afetadas por determinada transação, menos ainda negociar com o consentimento de todas elas, a superioridade de Pareto não oferece uma solução real para o problema da mensuração da utilidade. Assim, a

Estão, portanto, lançadas as bases de uma tentativa de justificar a negociação da pena na delação premiada: o delator consente (autonomia individual) a aplicação do instituto e “renuncia” a direitos fundamentais (violação) em troca da redução de pena, perdão judicial etc. (compensação). Tudo em prol da segurança pública, buscada por meio da maior eficiência do procedimento persecutório penal (maior benefício ao menor custo).

2.1.2 A eficiência como critério da decisão penal

Alexandre Rosa observa que Posner chama a atenção para a necessidade de o Judiciário ajustar-se às necessidades do mercado, que demanda celeridade na resolução dos casos que lhe são apresentados:

Posner sustenta que os problemas da nova economia demandam soluções rápidas e que o Judiciário não está preparado para prover devido à lentidão dos processos, seja pelo princípio do “devido processo legal” – limitador do escopo dos procedimentos sumários –, seja pela atuação de juízes não especializados em questões do campo econômico, ocasionando por estas razões, uma consequência nefasta ao bom andamento do mercado.¹⁷²

A Análise Econômica do Direito insere-se exatamente nesse contexto – traçado pelo neoliberalismo – em que se valoriza a eficiência, “que passa a ser o critério pelo qual as decisões judiciais devem, necessariamente, submeter-se”¹⁷³, conforme pretende a abordagem de Posner, e que tende a promover um sistema de decisões previamente fixadas, destituídas de qualquer fundamentação reflexiva acerca do conteúdo pré-dado. Eis o terreno sobre o qual repousa a atividade jurisdicional em relação à delação premiada e sua eficiência punitiva baseada na negociação da pena; percebe-se aí que a decisão judicial é orientada pela avaliação da relação custo e benefício, no “melhor” estilo de uma abordagem econômica do direito.

Com fundamento no paradigma de maximização da riqueza, Posner eleva a eficiência a um critério ético decisivo para ser aplicado às instituições jurídico-políticas. De acordo com esse critério, são justas tanto as regras jurídicas quanto as interpretações do direito que promovam a eficiência; se não a promovem, são injustas.¹⁷⁴

“eficiência” de Posner aproxima-se mais do critério de Kaldor-Hicks, que, “em vez de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados” (POSNER, 2010a, p. 108). Posner propõe então a compatibilização da abordagem de Kaldor-Hicks, identificada com a maximização da riqueza, com a abordagem de Pareto, mediante a adoção do critério da compensação *ex ante*, ainda que tácita. Partindo dessa ideia, Posner afirma que o consentimento carrega consigo os riscos de não se chegar ao resultado pretendido, desde que não haja fraude ou coação (POSNER, 2010a, p. 112 e p. 117).

¹⁷² ROSA; LINHARES, 2009, p. 62.

¹⁷³ ROSA, 2011, p. 50.

¹⁷⁴ SALAMA, 2012.

Alexandre Rosa explica que os significantes adotados em uma instrução processual servem de referencial para que se verifique a legitimidade democrática da decisão. Com efeito, destaca o autor que “na lógica da AED, a eficiência consome qualquer pretensão de efetivação do ‘Estado Democrático de Direito’ de viés Garantista: de ‘Justiça Social’”¹⁷⁵. Nessa concepção, não se escapa da introdução de impressões pessoais do julgador sobre o que é melhor ou mais eficiente. Basta que a escolha seja, sob a ótica da AED, a mais eficiente, o que dispensa a necessidade de fundamentação, principalmente pelo fato de o juiz pragmático não se sentir constrangido por uma ordem constitucional superior. Não se escapa, pois, da discricionariedade.¹⁷⁶

Do levantamento jurisprudencial realizado na presente pesquisa, depreende-se que a decisão que simplesmente aplica a delação premiada, acolhendo o instituto em todos os seus termos de maneira irrefletida, tem como fundamento de justificação a própria finalidade pretendida com a aplicação do instituto, ou seja, a suposta eficiência que dele decorre para os procedimentos de persecução criminal. Portanto, conforme se verá no próximo tópico deste trabalho, juízes têm lançado mão da delação premiada com base em uma análise essencialmente centrada no grau de colaboração do delator. Dito de outro modo, se o delator efetivamente colaborou, tornando a persecução penal de fato mais eficiente, ao juiz só caberá definir o grau do benefício correspondente.

O que se questiona, portanto, são os critérios utilizados pelos juízes nas decisões penais que aplicam ou deixam de aplicar a delação premiada. Qual o alicerce de tais decisões? Eficiência ou direitos fundamentais? Qual deles melhor se ajusta ao Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988?

Alexandre Rosa adverte que o fascínio do discurso eficientista não deve romper com as regras do jogo democrático “em nome da rapidez/eficiência, a qual não deve ser confundida com efetividade, porque com Direitos Fundamentais não se transige, não se negocia, se defende, ensina a vida e uma dogmática democrática de todos os tempos”¹⁷⁷.

O compromisso primeiro com a eficiência deve ser substituído pelo compromisso com a realização de direitos fundamentais. Diante de uma Constituição Federal dotada de extenso rol de direitos fundamentais, deve-se, isso sim, tomá-los como critérios primordiais da decisão penal, e não como critérios secundários ou sujeitos a uma suposta eficiência no

¹⁷⁵ ROSA; LINHARES, 2009, p. 124.

¹⁷⁶ ROSA; LINHARES, loc. cit., p. 124.

¹⁷⁷ Ibid., p. 47.

procedimento persecutório penal que, no caso da delação premiada, ainda conta com o especial e estratégico auxílio da legislação.

2.1.3 A reviravolta teórica de Richard Posner: da maximização da riqueza ao pragmatismo jurídico

Após debater por alguns anos com os críticos de sua tese efficientista, entre os quais Ronald Dworkin¹⁷⁸, dada a grande polêmica gerada pela teoria da “maximização da riqueza”, Posner, em meados da década de 80, iniciou um processo de reconsideração da sua posição, que culminou com a obra *Problemas de filosofia do direito* (*The Problems of Jurisprudence*, no original de 1990). Essa obra representou uma radical reformulação teórica, com o abandono da teoria da “maximização da riqueza” como fundação ética do direito e o retorno à tradição jurídica americana do pragmatismo jurídico.¹⁷⁹

Na reviravolta teórica de Posner, a eficiência passou a ser um elemento a ser considerado pelo julgador pragmático, ao lado de tantos outros, como a Constituição, a linguagem jurídica, os valores democráticos e a separação de poderes. Agora o foco está basicamente nas possíveis consequências advindas da interpretação do texto, conforme se verá mais adiante.¹⁸⁰

Desde a apresentação do livro, Posner firma sua posição sobre diversas questões, deixando clara sua contraposição às concepções abrangentes de justiça, como a “maximização da riqueza”, mostrando-se favorável a uma teoria consequencialista da interpretação.¹⁸¹

Em capítulo destinado à abordagem econômica do direito, Posner lembra que, de acordo com essa análise, a maximização da riqueza, além de consistir em um guia para o julgamento, seria também um valor social genuíno, o único que os juízes poderiam promover. De acordo com essa concepção, “se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-los a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível”, assim como insistirá em um programa “voltado para a promulgação exclusiva de legislação que se ajuste aos ditames da maximização da riqueza”¹⁸².

¹⁷⁸ Em artigo intitulado *Is Wealth a Value?* (“A riqueza é um valor?”), Dworkin sustentou que a maximização da riqueza não poderia ser um guia para a justiça, pois a eficiência não é um valor, e a justiça demanda valores (apud SALAMA, 2012).

¹⁷⁹ SALAMA, 2012.

¹⁸⁰ SALAMA, 2012.

¹⁸¹ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007b, p. 37.

¹⁸² *Ibid.*, p. 484.

Relembradas as bases da análise econômica do direito, Posner dá início a uma abordagem crítica dessa teoria. Um primeiro problema decorreria da própria maneira como se chega às conclusões sobre o modelo econômico do comportamento humano. Partindo da premissa de que os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações, o economista infere várias hipóteses, que são confirmadas ou contestadas pela investigação do real comportamento econômico. Todavia, Posner afirma que, na prática, os estudos empíricos dão muito mais ênfase à confirmação do que à falsificação, de modo que, pela própria complexidade da teoria, praticamente qualquer hipótese poderia ser levada a ajustar-se a ela. Há uma forte pressão para que economistas empíricos cheguem a resultados positivos. Descobertas negativas colocam em dúvida o próprio trabalho do pesquisador, o que demonstra a fragilidade de uma relação proporcional entre teoria e empiria.¹⁸³

Outro problema apontado por Posner está no pressuposto básico da economia – o de que os indivíduos são maximizadores racionais. Na realidade, explica o autor, grande parte do comportamento humano é impulsivo, emocional, supersticioso, irracional.¹⁸⁴

Segundo Posner, a forma mais forte da teoria econômica do direito – toda regra de *common law* objetiva maximizar a riqueza, e toda lei redistribui a riqueza em favor de algum grupo de interesses – é insustentável e totalmente desacreditada; e a sua forma mais fraca – a teoria descreve a maioria das regras jurídicas ou, no mínimo, exerce influência sobre a sua formação – é insatisfatória porque “deixa de explicar muitos – possivelmente a maioria – dos fenômenos que pretendia explicar, sem fornecer sugestões sobre como se poderia diminuir esse vasto resíduo de ignorância”¹⁸⁵. Dessa forma, Posner passa a entender que a teoria econômica do direito é uma suposição que deve ter o seu lugar na análise do direito do ponto de vista positivo, mas não um lugar de conclusão.¹⁸⁶

Do ponto de vista normativo, Posner tece críticas à teoria da maximização da riqueza, mutilando-a enquanto informadora do conceito de justiça. Nessa abordagem, Posner aborda a questão da escravidão na perspectiva da maximização da riqueza da seguinte forma: considerando-se o fato de que algumas pessoas são mais produtivas como escravos do que como pessoas livres, por serem incapazes de maximizar sua produção, seja de mercado, seja de lazer, relações familiares ou outras fontes de satisfação, a riqueza seria maximizada se tais pessoas fossem escravizadas; contudo, ninguém acharia certo escravizá-las. Por isso, Posner assevera:

¹⁸³ POSNER, 2007b, p. 487-490.

¹⁸⁴ Ibid., p. 491.

¹⁸⁵ Ibid., p. 498-499.

¹⁸⁶ Ibid., p. 502.

A maximização da riqueza implica que, se a prosperidade da sociedade puder ser promovida por meio da escravização de seus membros menos produtivos, o sacrifício de sua liberdade terá sido válido. Essa implicação, porém, é contrária às inabaláveis instituições morais norte-americanas e, como enfatizei no último capítulo, a conformidade com a intuição é o teste definitivo de uma teoria moral – na verdade, de qualquer teoria.¹⁸⁷

Nas bases da maximização da riqueza, o que importa saber é se o custo de uma ação para o prejudicado é maior do que os benefícios para a sociedade em geral. Nessa perspectiva, até mesmo a confissão sob coação não seria necessariamente excluída, pois poderia gerar maiores benefícios para a sociedade como um todo do que custos para o confitente, apesar de chocar-se com instituições morais.¹⁸⁸

Nesse repensar a teoria da “maximização da riqueza” de Posner, as considerações de liberdade individual transcendem às considerações de natureza meramente instrumental, de modo que “a liberdade parece ser valorizada em si mesma, e não por sua contribuição à prosperidade – ou, pelo menos, parece ser valorizada por razões que escapam ao cálculo econômico”¹⁸⁹.

Posner então abandona a “maximização da riqueza” enquanto conceito de justiça, enquanto princípio abrangente para a decisão judicial, para, segundo o autor, conferir-lhe uma interpretação pragmática.¹⁹⁰

Os fundamentos da abordagem econômica – que, segundo Posner, é a concepção instrumental do direito mais altamente desenvolvida – não perturbam os pragmatistas. Logo, o fato de fundar-se na ética de Kant, Rawls, Bentham, Mill ou Hayek pouco importa; o que é relevante é saber se essa é a melhor abordagem a ser seguida pelo atual sistema jurídico, o que inclui o conhecimento que se tem sobre o mercado, o legislativo, os juízes e os valores do povo. Dessa forma, o pragmatismo não se resume à abordagem econômica, todavia, observa Posner, pode funcionar muito bem quando há uma concordância quanto aos fins almejados.¹⁹¹

No que diz respeito ao instituto da delação premiada, o discurso da política criminal – em defesa da segurança pública, por meio de um processo penal eficiente no combate à criminalidade – é proclamado pelas autoridades públicas e aclamado pela sociedade em geral (senso comum). Da mesma forma, considerando os reflexos da lógica eficientista decorrentes do neoliberalismo na atividade tanto legislativa, quanto judicante – conforme amplamente

¹⁸⁷ POSNER, 2007b, p. 506.

¹⁸⁸ Ibid., p. 506-507.

¹⁸⁹ Ibid., p. 509.

¹⁹⁰ Ibid., p. 520.

¹⁹¹ POSNER, Richard. *Para além do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 426-427.

referenciado no capítulo 1 –, pode-se conceber uma abordagem que sobreleva as consequências da aplicação do instituto no processo penal (eficiência), a despeito dos custos que podem ser infligidos ao campo das liberdades individuais. Pode-se admitir, portanto, a realização de uma adjudicação pragmática, que será a seguir explicitada e aprofundada na seção 2.2 deste trabalho, quando serão apresentados os resultados da pesquisa empírica.

2.1.4 O pragmatismo de Richard Posner e a adjudicação pragmática

Segundo Posner, o pragmatismo é essencialmente “uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de em conceitualismos, generalidades, crenças e *slogans*”¹⁹², consistindo no melhor guia para nortear o desempenho da atividade judicial. O autor dá ênfase especial às consequências reais de uma proposição jurídica, de modo que práticas ou decisões jurídicas passadas devem ser avaliadas tendo em vista suas consequências para o presente e o futuro. Posner supõe que o modo de ver pragmático não deriva do conhecimento da filosofia pragmática, mas antes o precede.¹⁹³

Posner defende a aplicação no direito de um pragmatismo que denominou “pragmatismo cotidiano” – derivado de uma cultura pragmática já presente na sociedade norte-americana e constatada por Tocqueville nos anos 30 do século XIX –, a partir da observação de que, ao lado da democracia, imperava nos Estados Unidos uma nação marcada por valores comerciais e moralmente diversificada (diversidade em termos religiosos e étnicos). As questões de fundamental importância giravam em torno da orientação comercial e da diversidade, na mesma medida em que a democracia conferia uma tendência pragmática ao trato da política, já que os cidadãos tinham “pouco interesse em questões de princípios”. Segundo Posner, essa cultura autoconscientemente pragmática difundiu-se para o direito por intermédio da influente¹⁹⁴ jurisprudência de Holmes, John Chipman Gray, Benjamin Cardozo e os realistas dos anos 20 e 30 do século XX.¹⁹⁵

¹⁹² POSNER, 2010b, p. 1.

¹⁹³ Ibid., p. 2-5 e p. 37.

¹⁹⁴ Para Posner, “ser um juiz influente é mudar a lei e fazer novas leis onde não havia nenhuma antes [...]” (POSNER, 2010b, p. 66).

¹⁹⁵ Posner observa que a diversidade moral (religiosa e étnica) foi de grande relevância para a ascensão do pragmatismo. “Quanto mais diversa e individualista for uma cultura, mais permeável é a influência externa; e quanto mais livre e móvel a população, menores as certezas. [...] O pragmatismo, com sua lição de tentativa e erro [...] floresce num clima de valores heterogêneos” (POSNER, 2010b, p. 7). A “lição de tentativa e erro” a que se refere Posner diz respeito à crença dos pragmatistas de que o método experimental de investigação é o melhor, ou seja, é preciso “tentar uma coisa e depois uma outra num esforço de descobrir meios de melhorar a previsão e o controle de nosso ambiente, tanto físico quanto social” (POSNER, 2010b, p. 26). Assim, para Posner, “só testando coisas diferentes – não apenas ideias diferentes, mas diferentes maneiras de viver – e

Sobre a definição de pragmatismo cotidiano, Posner esclarece:

[...] é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra “pragmático”, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. [...] uma visão enraizada nos usos e atitudes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, materialista filistina, com sua ênfase em trabalhar duro e avançar.¹⁹⁶

Para Posner, o pragmatismo cotidiano não se confunde com o pragmatismo filosófico, apesar de ser compatível com ele. O discurso filosófico pragmático é acadêmico, complexo e tende a ser contemplativo, ao passo que o pragmático cotidiano orienta para a ação e resolve problemas a partir do senso comum, sempre com base nas consequências. Em comum, pragmatismos filosófico e cotidiano têm o fato de não possuírem quaisquer limites morais.¹⁹⁷

Ao traçar algumas diretrizes gerais para a adjudicação pragmática, a fim de adequar o direito ao pragmatismo cotidiano – pragmatismo legal, no que diz respeito à atitude do juiz diante da norma jurídica –, Posner diz que não se trata de obediência cega às normas preexistentes (formalismo legal), em prejuízo da criatividade e da adaptabilidade judicial. Deve o juiz considerar o valor político e social da continuidade, da coerência e da previsibilidade no trato de direitos e deveres legais, porém, no momento de decidir entre aplicar as normas jurídicas preexistentes ou inovar, a escolha deve ser pautada pelas boas consequências de uma ou outra para a solução do caso concreto. É nesse sentido que Posner afirma que, embora o formalismo legal e o pragmatismo legal sejam opostos, em determinadas circunstâncias, um juiz pragmático pode utilizar-se do formalismo como uma estratégia pragmática. Por vezes, no campo judicial, a retórica formalista é utilizada para disfarçar julgamentos pragmáticos.¹⁹⁸

Posner esclarece a diferença que há entre o pragmatismo e o positivismo legal de Hart. De acordo com o positivismo legal, o juiz deve simplesmente aplicar a lei, em regra oriunda do Legislativo, permitindo-se o arbítrio legislativo pragmático somente diante de lacunas na lei, a serem preenchidas pelo julgador. Já no pragmatismo, após o exame das consequências, é permitido ao juiz “desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato”. Assim, na abordagem pragmatista, aplicar a lei ou desconsiderá-la importa em uma decisão de raiz

comparando as consequências aprendemos quais abordagens são melhores para alcançar nossas metas, sejam elas quais forem (o pragmatismo não diz)” (POSNER, 2010b, p. 27).

¹⁹⁶ POSNER, 2010b, p. 67.

¹⁹⁷ Ibid., p. 40-43.

¹⁹⁸ “Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a novar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar” (POSNER, 2010b, p. 14, p. 47-50 e p. 52).

pragmática, visto que a opção por uma ou outra alternativa é sempre posterior ao exame de suas consequências.¹⁹⁹

Para o autor, “as normas jurídicas devem ser vistas em termos instrumentais, implicando a possibilidade de contestação, revisão e mudança”²⁰⁰. O direito deve estar voltado para o futuro e ser entendido como servo das necessidades humanas.

Na interpretação pragmática de uma lei, os pragmatistas perguntarão qual resolução possível do caso tem as melhores consequências, podendo então a resposta ser encontrada em alguma linha do discurso jurídico formalista, na medida em que o interpretacionismo restrito, o livre-arbítrio ou a rigorosa observância da jurisprudência podem consistir na melhor fonte de referência para as decisões judiciais.²⁰¹

Posner adverte que o pragmatismo que defende não é consequencialista, como o é o utilitarismo. Explica que o consequencialismo, em um sentido mais restrito, avalia uma decisão de acordo com a produção das melhores consequências globais. Na adjudicação pragmática, há uma preocupação com as consequências (inclusive de bem-estar), mas não um comprometimento no sentido do utilitarismo, que pode chegar a resultados absurdos. Todavia, reconhece que o pragmatismo “está mais próximo do consequencialismo do que da deontologia (ética baseada no dever em contraposição à ética baseada nas consequências)”²⁰².

Segundo Posner, a noção de justiça, como a de liberdade e de igualdade, é infinitamente maleável e, com frequência, segue poderosas instituições morais ou uma esmagadora opinião pública de forma conclusiva (e não analítica). O autor faz, portanto, objeção a teorizações que se utilizam dos termos “justiça” e “direitos fundamentais”, entre outros, enquanto abstrações comuns nos discursos sobre direito, que não passariam de “vácuos que imploram pelo questionamento”²⁰³.

2.2 A aplicação judicial da delação premiada no Brasil

A investigação dos discursos judiciais em matéria de delação premiada é absolutamente indispensável para a análise do problema apresentado, considerando que o foco

¹⁹⁹ POSNER, 2010b, p. 62-64.

²⁰⁰ POSNER, 2007b, p. 41.

²⁰¹ POSNER, 2009, p. 423-424.

²⁰² POSNER, 2010b, p. 50-51. Bruno Meyerhof Salama explica: “A deontologia é o ramo da ética cujo objeto de estudo reside na discussão dos fundamentos do dever e das normas morais. O ponto central para distinguir a deontologia do consequencialismo reside no fato de que deontologia enxerga a justiça ou injustiça na própria conduta, e não nas suas consequências. Do ponto de vista da deontologia, a justiça depende de um, ou de alguns, princípios de justiça” (SALAMA, 2012).

²⁰³ POSNER, 2010b, p. 52 e p. 61-62.

principal é a decisão penal. Ainda que se disponha de amplas possibilidades legislativas de aplicação do instituto, tal como ficou demonstrado na seção 1.5, a concretização dá-se no âmbito da atividade judicante. Nesse sentido, Salo de Carvalho observa:

Dentre os inúmeros atores que compõem a cena judicial brasileira, a Magistratura criminal adquire importante papel em razão da possibilidade de definição, no caso concreto, dos rumos da política criminal. Conforme destacado anteriormente, qualquer proposta político-criminal, de natureza garantista ou inquisitiva, não subsiste sem a concretização dos seus postulados pelos atores judiciais.²⁰⁴

Dada a importância da análise dos discursos judiciais sobre o instituto da delação premiada no Brasil, realizou-se uma investigação empírica no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e nos Tribunais de Justiça (TJ) dos seguintes Estados: Pará, Acre, Tocantins, Rondônia, Goiás, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Sergipe, Bahia, Paraíba e Rio Grande do Norte, no período compreendido entre 1.º de janeiro de 2011 e 31 de dezembro de 2012 (2 anos), utilizando-se como parâmetro de busca a data do julgamento. As buscas foram efetuadas nos espaços virtuais dos referidos Tribunais, e a coleta dos dados (inteiro teor dos acórdãos) foi realizada a partir das palavras-chave “delação premiada”.²⁰⁵

É importante ressaltar que, no processo de levantamento de dados, não foram analisadas decisões que fizeram mera citação da delação premiada, ou seja, não se consideraram decisões destituídas de mínima abordagem do instituto capaz de subsidiar a análise ora proposta. Ademais, convém salientar que o quantitativo de julgados referidos nesta pesquisa não representa o número exato de acórdãos relacionados ao tema, visto que, conforme já mencionado, o instituto possui outras denominações que, se utilizadas, provavelmente ampliariam os resultados da busca. Contudo, para este trabalho, houve a necessidade de se estabelecer um parâmetro exequível por meio do filtro acima informado, examinando-se, portanto, julgados de referência.

Ressalta-se, ainda, que não se pretende fazer uma análise do quantitativo de julgados encontrados em cada esfera de julgamento, no sentido de perquirir as possíveis causas que explicassem por que, em determinado Estado, somente foram encontradas 3 decisões, enquanto, em outro, chegou-se a 792 resultados. Tal análise demandaria a realização de investigação em campos de pesquisa que escapam aos objetivos e ao problema apresentados.

²⁰⁴ CARVALHO, 2010, p. 115.

²⁰⁵ Embora o instituto também seja conhecido por outras denominações (colaboração processual, chamamento ou imputação de corréu e chamamento ou imputação de cúmplice), neste trabalho adotou-se preferencialmente a designação “delação premiada”.

Foram realizadas buscas nos Tribunais Superiores porque o Superior Tribunal de Justiça é o sistematizador da jurisprudência nacional e o Supremo Tribunal Federal é o regulador ou controlador da constitucionalidade.²⁰⁶ No STJ, foram selecionados 18 (dezoito) acórdãos dos 26 (vinte e seis) localizados, e, no STF, foram selecionados 3 (três) dos 4 (quatro) acórdãos encontrados no período pesquisado.

Considerando a necessidade de se compreender o tratamento judicial da delação premiada, entendeu-se imprescindível o exame da abordagem que se faz do instituto também nos Tribunais Estaduais, os quais foram selecionados de forma a incluir Estados de todas as cinco regiões brasileiras.

Na região Norte, o Pará foi escolhido pelo fato de a pesquisadora ser natural desse Estado. As pesquisas iniciais acerca do tema da delação premiada foram desenvolvidas a partir de consultas às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), o que fomentou ainda mais o aprofundamento do tema. Contudo, em virtude do reduzido número de decisões do TJPA encontradas no período pesquisado, optou-se por realizar pesquisa também nos Tribunais de Justiça do Acre (TJAC), de Rondônia (TJRO) e do Tocantins (TJTO). Dessa forma, foram analisados 2 (dois) acórdãos do TJPA, dos 3 (três) localizados, 8 (oito) do TJAC, 14 (catorze) do TJRO e 5 (cinco) do TJTO.²⁰⁷

Na região Centro-Oeste, dado o excessivo número de acórdãos localizados no Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT) no período pesquisado (231 resultados) – o que demandaria muito tempo para a realização da análise proposta –, bem como o número insuficiente encontrado no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (1 resultado), optou-se por analisar o inteiro teor dos acórdãos sobre a matéria proferidos pelo Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), onde foram localizadas 16 (dezesesseis) decisões.

Na região Sudeste, a pesquisa foi realizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), onde foram selecionados 31 (trinta e um) acórdãos proferidos, dos 47 (quarenta e sete) resultados encontrados no período indicado. Considerando o excessivo número de resultados encontrados para os termos pesquisados nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e de São Paulo (TJSP) – um total de 554 (quinhentos e cinquenta e quatro) e 792 (setecentos e noventa e dois), respectivamente –, tornou-se inviável a realização da análise proposta no âmbito desses Tribunais. Outrossim, em virtude do razoável número de decisões

²⁰⁶ CARVALHO, 2010, p. 120.

²⁰⁷ Os Tribunais de Justiça dos Estados de Roraima, Amazonas e Amapá não foram incluídos na pesquisa pelas seguintes razões: considerando os parâmetros de busca estabelecidos, no TJ de Roraima não foi encontrado nenhum acórdão com abordagem satisfatória acerca da delação premiada, mas meras citações de outros julgados (reprodução de ementas com a expressão “delação premiada”); no TJ do Amazonas, dos 15 resultados, somente 1 (um) fazia uma breve abordagem do instituto; e no TJ do Amapá não foi localizado nenhum acórdão.

localizadas no TJRJ, optou-se por não incluir na presente pesquisa o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES).

Na região Sul, optou-se por realizar a pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) por ser reconhecidamente um Tribunal de referência em matéria de pesquisa jurisprudencial em diversas áreas do Direito, com decisões muitas vezes tidas como modernas, bem como por ter sido a esfera de julgamento em que se constataram, nas decisões, as mais amplas e detalhadas abordagens acerca do instituto em estudo. Dessa forma, foram selecionadas 25 (vinte e cinco) das 27 (vinte e sete) decisões localizadas relacionadas ao tema.

Na região Nordeste, analisaram-se as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça de Sergipe (TJSE), Bahia (TJBA), Paraíba (TJPB) e Rio Grande do Norte (TJRN), tendo sido selecionados para análise, de acordo com os critérios de busca definidos, 7 (sete) acórdãos do TJSE, dos 24 (vinte e quatro) resultados localizados, 8 (oito) acórdãos do TJBA, dos 12 (doze) resultados encontrados, 7 (sete) do TJPB, dos 9 (nove) resultados localizados, e 6 (seis) acórdãos do TJRN, dos 8 (oito) documentos encontrados. Quanto aos demais Estados da região, optou-se por excluí-los em virtude do reduzido número de acórdãos localizados, passíveis de análise.²⁰⁸

Na análise qualitativa dos julgados selecionados, procurou-se investigar a tendência dos discursos nas decisões de cada uma das esferas de julgamento no que diz respeito ao instituto da delação premiada, a fim de verificar os seguintes aspectos: a) alusão às consequências da aplicação do instituto no campo dos direitos fundamentais; b) eventual questionamento acerca de sua (falta de) compatibilidade constitucional; c) análise, ainda que breve, do preenchimento de requisitos legais para a concessão de benefícios ao delator; d) verificação se as decisões expressam um discurso atento à questão da eficiência da delação premiada no combate à criminalidade por meio das informações fornecidas pelo delator.

Ao final do trabalho (Anexo), são encontrados alguns acórdãos representativos das conclusões obtidas com a pesquisa, de acordo com os critérios de análise apontados.

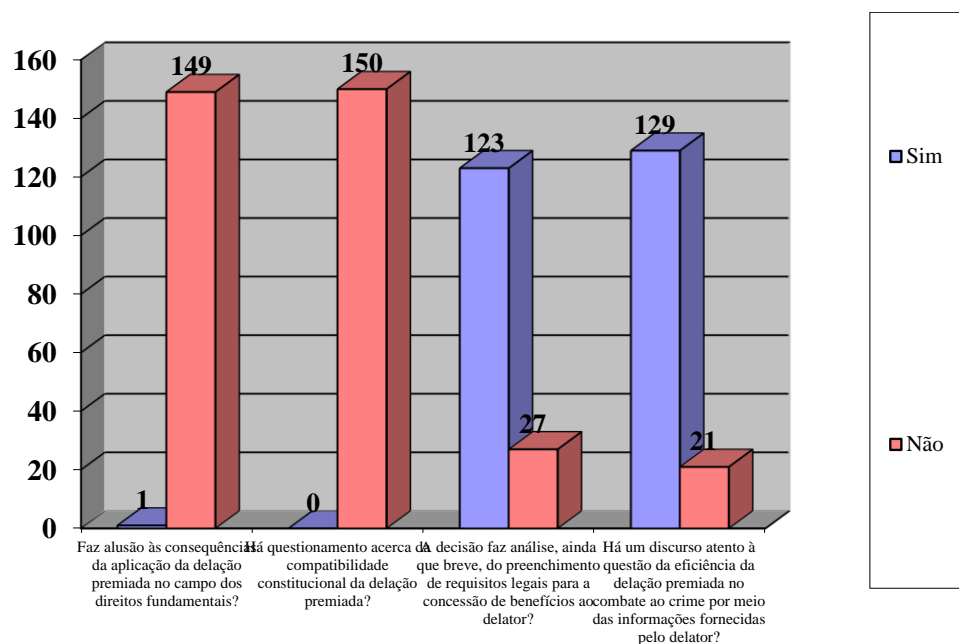
2.2.1. Levantamento jurisprudencial: o primado da eficiência e o (não) discurso dos direitos fundamentais na decisão penal

²⁰⁸ De acordo com os parâmetros de busca estabelecidos, foram localizados 2 (dois) acórdãos do Tribunal de Justiça do Maranhão, 1 (um) do Tribunal de Justiça de Alagoas, 2 (dois) do Tribunal de Justiça do Piauí e 4 (quatro) do Tribunal de Justiça do Ceará. Não foi possível realizar pesquisa no Tribunal de Justiça de Pernambuco porque seu portal encontra-se em manutenção, o serviço de consulta de jurisprudência não estando disponível no momento da busca.

Tendo por base os parâmetros de busca estabelecidos, conforme já mencionado, foram selecionados 150 (cento e cinquenta) acórdãos proferidos pelos Tribunais indicados na subseção precedente, nos quais o exame do instituto da delação premiada foi realizado segundo os critérios de análise especificados. Dessa forma, considerando os objetivos da pesquisa, procedeu-se à elaboração de um formulário para cada decisão, com as seguintes indagações (ver Gráfico 1):

- a) Faz alusão às consequências da aplicação da delação premiada no campo dos direitos fundamentais?
- b) Há questionamento acerca da (falta de) compatibilidade constitucional da delação premiada?
- c) A decisão faz análise, ainda que breve, do preenchimento de requisitos legais para a concessão de benefícios ao delator?
- d) Há um discurso atento à questão da eficiência da delação premiada para o combate ao crime por meio das informações fornecidas pelo delator?

Gráfico 1 – Universo final da análise.



Fonte: Elaboração da própria autora.

Apresentado o resultado geral ao qual se chegou com a pesquisa, seguindo-se os critérios de análise adotados, conforme o gráfico acima, passa-se a expor as conclusões

parciais alcançadas com o exame dos discursos presentes nos acórdãos, Indica-se, inicialmente, o que ficou evidente na quase totalidade das decisões; seguem-se observações destacadas de alguns dos tribunais, especialmente quanto aos aspectos que auxiliarão o desenvolvimento da análise proposta no presente trabalho.

Ressalta-se que os comentários que serão feitos em relação a alguns tribunais correspondem aos aspectos de maior evidência na maioria dos julgados analisados em determinada esfera de julgamento, o que não significa dizer que tais aspectos estão ausentes nas demais decisões.

Conforme se pode depreender do resultado geral representado pelo gráfico acima, os discursos dos Tribunais analisados, em matéria de delação premiada, não demonstram posicionamentos contraditórios de forma significativa. Pelo contrário, constatou-se que as abordagens seguem a tendência dos discursos de eficiência no combate ao crime, sem qualquer preocupação com as consequências que decorrem da aplicação do instituto no campo dos direitos fundamentais.

Em nenhuma das decisões analisadas, houve qualquer menção a uma eventual incompatibilidade constitucional da delação premiada. Na mesma esteira, somente 1 (uma) decisão fez alusão às consequências da aplicação do instituto no campo dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

Ademais, para configurar-se a delação premiada carece o sujeito imputar inclusive a si mesmo a autoria ou participação nos fatos delituosos objetos da *persecutio criminis*, posto que a redação do aludido dispositivo legal já pressupõe a sua responsabilidade penal. Assim, o indiciado ou acusado colaborando voluntária e efetivamente para a identificação dos demais coautores ou partícipes de um delito abdica do direito constitucional de não se incriminar. (TJRJ – Quinta Câmara Criminal – Apelação n.º 0000689-36.1998.8.19.0058 – Rel. Des. Roberto Távora – Julgamento: 28/07/2011)

Verificou-se que, em geral, quando há o reconhecimento da aplicação da delação premiada, a preocupação do julgador passa a concentrar-se no nível de colaboração do agente ou delator. Assim, quanto mais efetiva e produtiva a delação para as investigações e o processo criminal, maior será a “premiação”.

Já nos acórdãos que não reconheceram a aplicação do instituto, a fundamentação está basicamente atrelada ao não preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício, notadamente a confissão, a delação de coautores ou partícipes, mediante a identificação precisa e a revelação de toda a prática delituosa, demonstrando efetivo auxílio às investigações. *Grosso modo*, para fazer jus ao “prêmio”, o delator deve fornecer uma informação fundamental para a condenação de terceiros supostamente envolvidos no crime.

Nesse sentido, remete-se à leitura do acórdão proferido pela 2.^a Câmara Criminal do TJGO no julgamento da Apelação n.º 511610-02.2007.8.09.0109 (Anexo), do qual se extrai o seguinte excerto:

A colaboração do processado para o alcance do benefício da delação premiada deve ser determinante, concorrendo decisivamente para a resolução do crime, se revelando insuficiente a mera confissão judicial, narrando a prática delitiva e incriminando coautores identificados durante o inquérito policial e a instrução criminal, impossibilitando a aplicação da causa especial de diminuição de pena.

Das 3 (três) decisões selecionadas proferidas pelo STF, apenas uma demonstrou a tendência do discurso naquele tribunal, visto que nas demais não houve explanação suficiente sobre o instituto da delação premiada. Destarte, no acórdão proferido pela Primeira Turma no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 820.480 AGR/RJ, em 3 de abril de 2012, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, houve a confirmação das motivações da decisão proferida pela Turma no Agravo de Instrumento quanto à não tão eficaz colaboração da ré para a identificação de coautores, o que enseja não o perdão judicial, mas a redução da pena.²⁰⁹

Na análise das decisões proferidas pelo STJ, verificou-se que, em grande parte dos julgados, apesar de haver o reconhecimento da confissão do réu e da delação de terceiros envolvidos no crime, os benefícios legais não são concedidos quando não se constata que tais

²⁰⁹ Apesar de estar fora do período de busca da pesquisa, não se poderia deixar de destacar a análise inserta no acórdão proferido pela Primeira Turma do STF no julgamento do HC 99736/DF, datado de 27 de abril de 2010, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto: “EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELAÇÃO PREMIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELO JUÍZO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A garantia de fundamentação dos provimentos judiciais decisórios (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. A necessidade de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebida na reforma penal de 1984. Tanto que a ela o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao tratar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade. 3. Na concreta situação dos autos, o magistrado não examinou o relevo da colaboração do paciente com a investigação policial e com o equacionamento jurídico do processo-crime. Exame, esse, que se faz necessário para determinar o percentual de redução da reprimenda. Noutros termos: apesar da extrema gravidade da conduta protagonizada pelo acionante, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais fundamentos para embasar a escolha do percentual de 1/3 de redução da pena. 4. A partir do momento em que *o Direito admite a figura da delação premiada* (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena *e como forma de buscar a eficácia do processo criminal*, reconhece que *o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento*, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para *lhe sonegar a sanção premial* da causa de diminuição da pena, *o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal*. Em *contrapasso*, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de *moralidade*. 5. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada.” (grifos do autor).

informações foram eficazes a ponto de serem decisivas para as investigações e a resolução do crime.²¹⁰

Percebe-se que o aparelho judiciário exige “entrega total” por parte do delator (ainda que não seja sabedor de maiores detalhes do crime e dos demais agentes). Para receber o “prêmio”, suas informações devem ser absolutamente elucidativas, além de efetivamente propiciarem a identificação e a localização de coautores. Esse aspecto também foi constatado nas demais esferas de julgamento de forma bastante evidente. No STJ, os julgados, em sua quase totalidade, ressaltam que o aprofundamento da análise das circunstâncias ensejadoras da concessão do benefício legal (requisitos), a ponto de modificar a decisão das instâncias ordinárias, demanda o revolvimento do conteúdo fático-probatório, o que é inviável na via do *habeas corpus* e não cabível em sede de recurso especial (Súmula 7 STJ).

No TJTO, da análise dos discursos presentes nos julgados, infere-se que se busca, com o teor da delação, não apenas a identificação de coautores, mas principalmente que essa identificação venha acompanhada de informações suficientes para permitir a condenação dos sujeitos delatados.

De outra parte, no TJRO, destaca-se o entendimento de que o completo teor das informações deve manter-se em todos os momentos da persecução penal – inquérito e processo penal (notadamente nos crimes de tráfico ilícito de drogas) –, o que também foi verificado em julgados de outras esferas de julgamento. No acórdão proferido pela 2.^a Câmara Criminal no julgamento da Apelação n.º 0003213-34.2010.8.22.0015, em 5 de outubro de 2011, sob a relatoria da Des.^a Marialva Henriques Bueno, ficou expressamente consignada a finalidade do instituto da delação premiada enquanto simplificador do juízo valorativo das provas e da rápida entrega da prestação jurisdicional (Anexo).

Assim como nas demais esferas de julgamento, no exame dos acórdãos proferidos pelo TJRJ, pode-se constatar que o efetivo e decisivo auxílio às investigações é o principal fator analisado na abordagem judicial do instituto em estudo. Para a concessão dos benefícios legais, é necessário que o delator preste informações até então desconhecidas pelos órgãos de persecução penal, que não apenas identifiquem coautores, mas permitam a sua captura.

No TJRS, na mesma esteira, a escolha do benefício a ser concedido ao delator dependerá da análise do julgador quanto aos efeitos e à relevância das suas declarações para o desvelamento do crime e a revelação de envolvidos.²¹¹

²¹⁰ Sobre esse aspecto, remete-se à leitura do acórdão proferido no Habeas Corpus n.º 174. 286-DF (Anexo).

²¹¹ Sobre esse aspecto, remete-se à leitura do teor do acórdão proferido pelo Segundo Grupo Criminal do TJRS no julgamento da Revisão Criminal n.º 70041365883 (Anexo).

Da análise da universalidade dos julgados, foi possível chegar à conclusão parcial de que a busca de informações por meio da delação premiada, em última instância, objetiva a rápida obtenção de elementos para a formação de juízos condenatórios (consequências advindas da aplicação do instituto), até porque não interessam informações que inocentam, mas tão somente as que incriminam terceiros, além da autoincriminação do próprio delator, quando confessa o delito.

A despeito dos resultados finais obtidos com a análise qualitativa dos julgados, entende-se que uma correta compreensão do caráter, do propósito, do possível fundamento teórico e das consequências da aplicação do instituto da delação premiada é de inestimável importância para o Judiciário brasileiro, pois, especialmente nos casos em que a realidade expressa uma clara falta de integridade legislativa, no sentido dworkiniano, não se pode prescindir da integridade jurisdicional. Com apoio em Alexandre Rosa, constata-se a instalação de uma crise de referência, tendo a Constituição Federal perdido sua força de constrangimento, na medida em que “deixa de ocupar o patamar superior, passando a ser mais uma norma que deve atender – sempre – à eficiência”²¹².

A análise dos discursos presentes nos julgados deixou claro que a eficiência é o significante primeiro (por vezes o único) considerado pelo julgador, condicionando a leitura e a interpretação dos textos legislativos em matéria de delação premiada. Previsão legal e prestação jurisdicional parecem falar a mesma língua, parecem seguir a mesma direção: a da rápida resposta penal (condenatória) ao menor custo probatório possível. A análise do instituto com base em considerações sobre direitos fundamentais é absolutamente inexistente.

Dessa forma, não foi possível analisar o discurso de direitos fundamentais nas decisões selecionadas, simplesmente porque ele não existe na abordagem judicial do instituto. Essa relação é completamente tangenciada pelo julgador. O que ficou evidente é que, quando o assunto é delação premiada, apenas a legislação infraconstitucional é referenciada, como se ela fosse seu próprio fundamento de validade.

É necessário, portanto, que se exija uma argumentação principiológica nas decisões penais que abordam o instituto da delação premiada²¹³, com base em significantes caros ao

²¹² ROSA, 2012, p. 142.

²¹³ Segundo Lenio Streck, “a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática”. E mais, Streck afirma que “as regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam *como determinantes* para a concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para a determinação da resposta adequada. *As regras constituem modalidades objetivas de solução de conflitos*. Elas ‘regram’ o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os princípios autorizam

sistema acusatório e, por isso mesmo, adequados à Constituição da República. Está-se de acordo com Rosivaldo Toscano, que propõe a resignificação da eficiência no Estado Democrático de Direito, afirmando que, sob a ótica da dignidade da pessoa humana, “o processo deve ser ágil não porque precisa ser eficiente, mas porque o acusado merece uma decisão em tempo razoável para pôr fim ao martírio da incerteza de se estar réu e também porque a vítima merece ser respeitada e tratada com a atenção devida”²¹⁴. Essa concepção não prescinde do respeito aos direitos fundamentais e não toma a eficiência dos procedimentos de persecução penal como um fim em si mesma, a ser alcançado por qualquer meio, mas conserva-a atrelada a uma concepção adequada à Constituição Federal (art. 5.º, LXXVIII). Todavia, não se trata do significante adotado pela prática jurídica no Brasil, o que pode ser atestado pela maneira como essa prática acolhe o instituto da delação premiada.

2.2.2 O delator e a “liberdade” para negociar direitos fundamentais

Baseado no projeto neoliberal, que prima pela liberdade e pela propriedade, o discurso jurídico é proferido no sentido de que cada um tem autonomia para buscar aquilo que lhe é mais benéfico, mais vantajoso. É nesse sentido que a AED analisa comportamentos sociais, de modo que, se as Instituições e a legislação caminham nos trilhos dessa “liberdade”, estarão justificadas. Nesse sentido, Alexandre Rosa adverte que “a aceitação sem maiores reflexões de que todos são iguais para contrair obrigações aponta para uma miopia ideológica. Dito de outra forma, em nome da Liberdade se esquece das forças reais de poder. Cynicamente, é claro”²¹⁵.

De acordo com uma análise (irrefletida) nos moldes da AED, além da utilidade que a delação premiada tem para o processo penal, imprimindo-lhe maior eficiência ao menor custo, a “opção” do réu por aceitar as condições impostas para a obtenção dos benefícios legais – ou seja, por aceitar confessar o crime e delatar terceiros em troca de redução de pena, perdão judicial etc. – está no campo de sua “liberdade” de sempre buscar o que lhe é mais interessante, ainda que se trate da “liberdade” para negociar direitos fundamentais com o Estado. E não é só isso. Deixar o réu livre para negociar seus direitos (autonomia contratual), nessa perspectiva, é dever do Estado. Nisso residiria o limite “democrático” que a AED, fixada nas bases do discurso neoliberal, impõe ao poder punitivo estatal.

esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da *legitimidade*.” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 68).

²¹⁴ SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 362.

²¹⁵ ROSA; LINHARES, 2009, p. 53.

Segundo a AED, direitos fundamentais são tão transigíveis quanto direitos patrimoniais, não havendo mais um campo “indecidível” no direito: “Pode-se negociar tudo, em nome da liberdade”²¹⁶.

No caso do instituto da delação premiada, o que se percebe é que o direito fundamental de não produzir prova contra si é transformado em mercadoria, que pode ser comprável, vendável e permutável.²¹⁷ Trata-se de um direito fundamental transmudado em direito patrimonial, pois não?

Os custos democráticos são evidentes em uma decisão penal inserida no modelo da AED, quando essa abordagem concorre com direitos fundamentais, e eles perdem a disputa. Não se pretende aqui fazer uma crítica genérica a toda e qualquer análise econômica do direito, mas tão somente a sua verificação no trato judicial do objeto em estudo (delação premiada) que, conforme ressaltado no capítulo 1, não apenas não se destina à proteção de direitos fundamentais, mas é com ela incompatível. Questiona-se, isso sim, a atuação judicial que só enxerga as “boas” consequências do instituto no combate à criminalidade, sendo os benefícios coletivos, visados e supostamente alcançados, superiores aos custos individuais que decorrem de sua aplicação.

Os direitos fundamentais, sob a ótica consequencialista da AED, devem ser sacrificados, ignorados ou negociados, caso constituam obstáculos à eficiência. Assim, de acordo com os discursos apreendidos nas decisões analisadas, a despeito de violar direitos fundamentais (isso nem sequer é mencionado nos julgados), o direito de negociar sua pena sob as condições colocadas pelo instituto (confessar e delatar) é “direito subjetivo do réu”, não devendo o Estado deixar de observá-lo, sob pena de incorrer inclusive em afronta ao princípio da moralidade inculcado no artigo 37 da Constituição Federal, conforme já decidiu o STF.²¹⁸ Afinal, feitos os cálculos e as devidas análises de custo-benefício, “todos saem ganhando”. Como diria Agostinho Ramalho Neto: “quem nos salva da bondade dos bons?”²¹⁹

²¹⁶ ROSA; LINHARES, 2009, p. 88. Explicitando as diferenças entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais segundo a Teoria do Direito, entre outras, Alexandre Rosa lembra: “Os Direitos Fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, intransigíveis e personalíssimos. Ao contrário, os Direitos Patrimoniais são disponíveis por sua definição, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam e aqueles permanecem invariáveis. Os bens se adquirem, trocam-se e se vendem. As liberdades não se trocam nem se acumulam” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 18).

²¹⁷ ROSA, 2012, p. 140-141.

²¹⁸ Remete-se o leitor à nota de rodapé n.º 210, acerca do acórdão proferido pela Primeira Turma do STF no julgamento do HC 99736/DF, datado de 27 de abril de 2010, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto.

²¹⁹ Apud ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 11, n. 2, jul./dez. 2006, p. 225. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/434/376>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

Afinal, o que o Judiciário deve garantir: a eficiência do processo penal ou direitos fundamentais? A escolha está fatalmente condicionada à concepção de direito do julgador.

2.3 A crítica de Dworkin ao pragmatismo

Segundo Dworkin, o pragmatismo é uma concepção cética do direito no que diz respeito às decisões políticas tomadas no passado (legislativas e judiciais), já que não reconhece em tais decisões qualquer justificativa para, por si sós, acionarem o poder de coerção do Estado. A justificativa está, entre outras virtudes contemporâneas, na eficiência, que permitirá o progresso da comunidade.²²⁰ Tal concepção é claramente verificável no pragmatismo de Richard Posner (conforme observado na subseção 2.1.4), para quem a aplicação da lei, por exemplo, deve ser precedida de uma análise das boas consequências para a solução do caso concreto. Caso a desconsideração da norma seja mais eficiente, então assim o pragmático deverá proceder.

Na medida em que o pragmatismo não estabelece qualquer elemento que norteie a atividade do juiz no momento de definir qual decisão que visa o progresso da comunidade é bem fundada, essa concepção “estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista”²²¹, diz Dworkin. A decisão pragmática não reconhece direitos precedentes, se não representarem as melhores consequências para a solução do caso concreto (critério da eficiência). Direitos são reconhecidos quando esse reconhecimento é estratégico para “aperfeiçoar o direito”, o que significa também dizer que é provisório, pois está sujeito a novos cálculos de utilidade para a comunidade, que eventualmente exijam sua revisão.²²² Nesses termos, conforme já consignado, Posner deixa clara a possibilidade de um juiz pragmático observar as normas jurídicas como uma estratégia, disfarçando, dessa forma, um julgamento que, na sua raiz, continua sendo pragmático, pois, no caso, o respeito à lei traria os melhores resultados.

A não estipulação de uma teoria sobre o que seria o melhor para a comunidade permite que o juiz pragmático faça a escolha, o que, na perspectiva da Análise Econômica do Direito, implica decidir por aquilo que se mostra mais eficiente ou maximizador de riqueza. Todavia, em outro tipo de análise, a escolha poderia ser por aquilo que torna a comunidade mais feliz,

²²⁰ DWORKIN, 2007, p. 185.

²²¹ Ibid., p. 186.

²²² Ibid., p. 186-188.

mais poderosa ou com menos injustiça. É nesse sentido que Dworkin afirma que a forma de pragmatismo defendida por Posner é vazia, “não dá em nada”²²³.

No pragmatismo, a avaliação de princípios morais só deve ocorrer em contraposição a um critério prático, ou seja, deve-se avaliar se adotar este ou aquele princípio auxilia a tornar as coisas melhores, ainda que não se diga o que significa tornar as coisas melhores. Nisso reside, portanto, o vazio da teoria que, segundo Dworkin, “estimula os esforços voltados para o futuro em busca de um futuro que se recusa a descrever”²²⁴.

Dworkin afirma que Posner, apesar de rejeitar o utilitarismo, esforçando-se para que não seja confundido com o pragmatismo que defende, não indicou qualquer teoria moral para colocar em seu lugar. Segundo Dworkin, Posner simplesmente sustenta que os juízes “concordam o suficiente quanto aos melhores objetivos para sua sociedade, o que torna desnecessária qualquer definição ou discussão acadêmica desses objetivos”²²⁵. A esse respeito, Dworkin revela que os juízes norte-americanos divergem profundamente sobre importantes questões políticas, tal como a própria importância da eficiência econômica para o direito.²²⁶

Para Dworkin, considerações sobre as consequências da decisão devem ser feitas pelos juízes; no entanto, tais considerações devem ser guiadas por princípios norteadores do sistema jurídico, “princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas”²²⁷. No pragmatismo, a partir do momento em que é permitido ao juiz fazer a escolha de quais consequências reputa as melhores para a sociedade, as portas para decisões com base em política (e não em princípios) estarão abertas.

A coerência com princípios consagrados no ordenamento jurídico e o respeito a pretensões juridicamente tuteladas são sempre fatores secundários e dependentes da escolha do juiz pragmático sobre o que melhor serve aos interesses da comunidade. Sobre esse aspecto, Dworkin observa:

[O pragmatismo] Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são

²²³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

²²⁴ *Ibid.*, p. 130.

²²⁵ *Ibid.*, p. 36-37.

²²⁶ *Ibid.*, p. 37.

²²⁷ *Ibid.*, p. 148.

apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes.²²⁸

Na perspectiva do pragmatismo, normas jurídicas e precedentes judiciais deverão ser rejeitados se, após os devidos cálculos de custo e benefício, forem considerados ineficientes (na hipótese do critério eficiência apresentar as melhores consequências). Nesse sentido, a exemplo do que ocorre na aplicação do instituto da delação premiada, a observância do princípio da presunção de inocência e o respeito ao direito de não produzir prova contra si são considerados obstáculos à eficiência do processo penal e, por esse motivo, devem ser ignorados pelo juiz pragmático, que optou por decidir pelo que melhor atende aos interesses da sociedade (de acordo com o senso comum) e do Estado: segurança pública por meio da maior eficiência no combate à criminalidade e do menor esforço investigativo e probatório.

Essa incessante busca da máxima eficiência nos procedimentos de persecução criminal e, por consequência, na atividade jurisdicional – já que procedimentos mais céleres reduzem o tempo que um juiz levaria para decidir, caso o caminho probatório não fosse “abreviado” – encontra na concepção pragmatista do direito uma possível base teórica sobre a qual se assenta a decisão judicial que persegue determinados fins, que por si sós justificam os meios estrategicamente empregados. Por isso, Dworkin critica a versão mais influente do pragmatismo, menos filosófica e mais prática, tal como a de Posner:

[...] não faz nenhum exame da natureza do conceito doutrinário de direito, nem do modo como as práticas contemporâneas do direito encontram sua melhor justificação, nem das condições de veracidade das proposições jurídicas. Toda a parafernália da teoria do direito tradicional é levada de roldão pelos novos ventos dos cálculos instrumentais que se voltam para o futuro e para os quais os meios justificam os fins.²²⁹

Se, por um lado, os princípios que norteiam o sistema jurídico representam um empecilho para decisões pragmáticas – razão pela qual, em regra, são ignorados –, por outro, leis e decisões jurisprudenciais que se mostrem em conformidade com a análise da eficiência são estrategicamente acolhidas e aplicadas de forma reiterada e irrefletida por juízes que expressam uma concepção pragmática do direito, tal como se pode perceber na seção 2.2 deste trabalho, que trata das decisões penais na jurisprudência brasileira em matéria de delação premiada.

2.3.1 O caminho do direito como integridade para a resolução do problema

²²⁸ DWORKIN, 2007, p. 195.

²²⁹ DWORKIN, 2010, p. 35-36.

O recurso à delação premiada no Brasil tem gradualmente ganhado espaço na prática jurídica mediante a, cada vez mais ampla, previsão legislativa, seguida da aplicação judicial do instituto. A crescente utilização desse recurso, tanto na base da legislação, quanto na aplicação, como já exaustivamente observado neste trabalho, tem sido impulsionada pela busca de maior eficiência nos procedimentos de persecução penal. Por outras palavras, a utilização da delação premiada está calcada em um modelo efficientista, construído e desenvolvido pela conjugação de diferentes matrizes, tais como o Estado comandado pela lógica do neoliberalismo, as influências exercidas na política criminal pelas campanhas do movimento de Lei e Ordem e concepções do direito fundamentadas nas “boas” consequências que o recurso à delação premiada traz para o combate à criminalidade e a rápida resolução de processos.

A opção pela aplicação da delação premiada no Brasil tem demonstrado o caminho que está sendo trilhado pelos atores judiciais: a busca da rápida resposta penal, ao menor custo investigativo possível. Contudo, entende-se não ser esse o caminho apontado pela Constituição Federal de 1988. Neste trabalho, o direito como integridade de Dworkin é o fundamento teórico escolhido para a condução a caminhos alternativos ao modelo efficientista. Não se pretende aqui sustentar que é a única via para a resolução do problema, mas é uma das alternativas capazes de levar ao estabelecimento de uma comunidade calcada em um modelo de princípios, como o pretendido pelo legislador constituinte.

Na doutrina consultada, destaca-se o trabalho de Frederico Valdez Pereira no que diz respeito à proposta de resolução dos problemas que suscitam o instituto ora em estudo, notadamente a sua compatibilização constitucional, com base na “metodologia da ponderação de bens”. O autor debruça-se sobre o tema da delação premiada, desenvolvendo, com apoio na doutrina alemã, um argumento favorável à colaboração processual baseado, fundamentalmente, na noção de “estado de necessidade de investigação” ou de “emergência investigativa”²³⁰, encontrado principalmente na criminalidade organizada ou difusa, “tendo em vista as reconhecidas dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar alguma eficiência diante do fenômeno criminal organizado”²³¹.

Para Frederico Valdez Pereira, a utilização de dispositivos de reforço investigativo capazes de intensificar as técnicas de apuração, tal como a delação premiada, justifica-se pela quase impossibilidade de enfrentar determinados crimes de maneira diversa. Expressões delituosas da criminalidade organizada, como o tráfico internacional de drogas, a

²³⁰ PEREIRA, 2013b, p. 69.

²³¹ PEREIRA, 2013b, p. 70.

criminalidade financeira, a corrupção do aparelho estatal e o terrorismo, reclamariam a utilização de mecanismos como a delação premiada, ainda que considerados autoritários, por causa da existência de um bloqueio investigativo pelos métodos tradicionais.²³²

Nessa perspectiva, considerando a existência de um dever de proteção do Estado, Frederico Valdez Pereira desenvolve seus argumentos reportando-se à máxima da proporcionalidade, a fim de perquirir se a previsão legal da delação premiada para alguns crimes atende às três máximas parciais: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.²³³ Em síntese, no que diz respeito à compatibilização constitucional da delação premiada, o autor defende a exclusão do recurso ao instituto como instrumento ordinário de política criminal, o que não significaria eliminá-lo por completo do ordenamento jurídico. O recurso à colaboração processual estaria legitimado quando utilizado como “instrumento investigativo restrito apenas ao enfrentamento de crimes graves cometidos no bojo de organizações criminosas estáveis e estruturadas, em relação às quais se agregue a conclusão da existência de emergência investigativa”²³⁴ (necessidade e adequação). Ademais, atendendo à proporcionalidade em sentido estrito, impor-se-ia a realização de um juízo de ponderação nos seguintes termos:

[...] juízo de proporção entre os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais investigados e os crimes cometidos pelo arrependido, no sentido de que os delitos que se deixam de punir, ou sofrem redução de pena em face da colaboração, não podem ser de maior gravidade do que os crimes que se pretendem esclarecer a partir do recurso ao arrependido.²³⁵

Frederico Valdez Pereira não ignora a inclinação inquisitória do instituto da delação premiada, contudo, argumenta que se trata do “preço a ser pago” diante da evolução dos fenômenos sociais na sociedade pós-industrial.²³⁶ Preocupa-se, portanto, em tornar a sua aplicação menos gravosa à tradição jurídica liberal, “buscando equacionar racionalmente os custos e benefícios”²³⁷.

²³² PEREIRA, 2013b, p. 74.

²³³ Como não integra o objetivo deste trabalho a realização de um debate teórico sobre a aplicação do método da ponderação e o direito como integridade no âmbito da delação premiada, para maiores detalhes sobre a análise do instituto com base na máxima da proporcionalidade, consultar: PEREIRA, 2013b, p. 83 *et seq.*

²³⁴ *Ibid.*, p. 98.

²³⁵ *Ibid.*, p. 98-99.

²³⁶ Segundo o autor, “Atualmente convive-se em uma sociedade pós-industrial, de ampla produção econômica empresarial e financeira, com técnicas avançadas de comunicação e de informatização, que, de algum modo, trouxe também repercussão sobre os fenômenos delituosos, seu aperfeiçoamento e a forma de enfrentá-los. Aos avanços que decorrem do progresso e das transformações sociais e econômicas acompanham também ônus, custos que se refletem no direito positivo e nos mecanismos estatais para lidar com os novos eventos, muitas vezes em detrimento de direitos individuais” (PEREIRA, 2013b, p. 100-101).

²³⁷ PEREIRA, 2013b, p. 105.

Embora o objeto central de estudo do presente trabalho não seja a previsão legal do instituto da delação premiada, mas antes a sua aplicação judicial, por tudo o que já foi exposto nas seções precedentes, defende-se aqui raciocínio diverso, não sustentável pelo recurso ao método da ponderação de bens.

Admitir-se a utilização de mecanismos de caráter inquisitório, como a delação premiada, para um determinado público-alvo, equivale a dizer que as pessoas que praticam determinado(s) crime(s) podem ter seus direitos fundamentais violados, enquanto as outras, não: em relação ao autor de crime cometido no bojo de organização criminosa, não seriam respeitados os princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência, estando legitimado o recurso a procedimentos tipicamente inquisitórios; para os autores de crimes cometidos fora desse contexto, aplicar-se-iam procedimentos mais afetos ao modelo acusatório.

Ora, não há como negar que tal raciocínio, em última instância, terminaria por reforçar a seletividade no Direito Penal, mediante o discurso declarado do interesse público no combate à criminalidade organizada. Hoje o público-alvo é a criminalidade organizada, outrora eram as bruxas e hereges. Amanhã, quem será?

Considerando os contornos da política criminal delineados pelo neoliberalismo, uma das matrizes que concorrem para a expansão do modelo efficientista, Gamil Föppel observa: “o discurso declarado é o melhor possível: está havendo violações aos direitos e garantias fundamentais em nome da segurança coletiva. Cada um cede um pouco de sua liberdade em nome da coletividade. Mentira!”²³⁸.

Em tempos de constitucionalismo contemporâneo, não há como “pagar” com direitos fundamentais os custos da sofisticação da criminalidade, aliada à ineficiência do Estado em enfrentá-la por meios não lesivos a direitos individuais. Ao contrário, se por meios não violadores de direitos fundamentais o Estado não consegue combater a criminalidade, deverá empreender esforços para que assim possa um dia proceder. Esse sim é o “preço” que se deve pagar para viver em um Estado Democrático de Direito e, por isso, o caminho que se optou por seguir neste trabalho foi o do direito como integridade, de Ronald Dworkin.

²³⁸ EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio: manifestação do Direito Penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25-26.

3 A DELAÇÃO PREMIADA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

*[O direito] É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância.*²³⁹

3.1 Entre eficiência e integridade: a necessidade democrática de um modelo de princípios

Nas sociedades contemporâneas, a adoção do critério da eficiência, segundo o qual a avaliação das ações dá-se mediante cálculos de custo-benefício, tem alcançado nos últimos tempos a atividade judicante de maneira avassaladora. A importância reside nos números, na quantidade de processos julgados por mês, no cumprimento de metas para diminuir a quantidade de processos em tramitação, entre tantas outras exigências quantitativas, sendo a qualidade dos julgamentos um fator meramente circunstancial. Todavia, Alexandre Rosa adverte: “A compreensão do processo como procedimento em contraditório, nos moldes de Fazzallari, possui um custo de tempo, dinheiro, incompatível com a lógica da eficiência”²⁴⁰.

Conforme salienta Ana Cláudia Pinho, embora a construção teórica de Ronald Dworkin²⁴¹ tenha sido erigida sobre as bases da *common law*, “a propriedade de suas formulações e a abrangência de suas ideias são tais que permitem uma aproximação com os sistemas romano-germânicos, o brasileiro, em especial”²⁴². Destarte, neste trabalho, objetiva-se justamente fazer essa aproximação, propondo uma leitura do instituto da delação premiada com base nos aportes teóricos do direito como integridade, naquilo que lhe for pertinente.

No direito como integridade, Dworkin defende a construção de um argumento geral, e não estratégico (como o faz o pragmatismo), para o reconhecimento de direitos. Assim, sustenta que ideais políticos, como equidade, justiça e devido processo legal adjetivo, devem ser tratados a partir das exigências da integridade política:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de

²³⁹ DWORKIN, 2007, p. 492.

²⁴⁰ ROSA; LINHARES, 2009, p. 63-64.

²⁴¹ Ronald Dworkin é norte-americano, nascido em 11 de dezembro de 1931, em Worcester, Massachusetts. Faleceu em 14 de fevereiro de 2013, aos 81 anos, em Londres, Inglaterra. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ronald_Dworkin#cite_note-4>. Acesso em: 8 out. 2013.

²⁴² PINHO, 2013, p. 75.

princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.²⁴³

Segundo Dworkin, o devido processo legal adjetivo refere-se ao “respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos”²⁴⁴; a equidade, *grosso modo*, diz respeito ao processo de tomada de decisões de forma democrática; a justiça, já com um sentido substancial, “diz respeito às decisões em si, que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade, e objetiva garantir um resultado moralmente justificável”, explica Ana Cláudia Pinho²⁴⁵. Por sua vez, a integridade implementa a exigência da moralidade política, equilibrando as demais virtudes políticas anteriores. A integridade das concepções de equidade e justiça exige que sejam tratadas de forma compromissada com a coerência de princípios que norteiam determinado sistema jurídico²⁴⁶, o que de pronto já representa um grande diferencial em relação à abordagem pragmática, na qual a coerência de princípios só é observada se se mostrar eficiente para o alcance das consequências almejadas pelo julgador.

No caso da delação premiada, como o texto que prevê o instituto passa por todo o processo legislativo democrático, poder-se-ia entender que a equidade estaria atendida. Alguns poderiam defender que o instituto conta com procedimentos corretos para a obtenção de provas, em especial após a Lei n.º 12.850/2013. Quando a Lei n.º 9.807/99 passou a possibilitar a aplicação irrestrita do instituto a qualquer tipo penal, poder-se-ia achar que a justiça também estaria sendo observada, já que se passou a conferir o “benefício” a qualquer pessoa que cometesse qualquer delito, desde que preenchidos os requisitos legais. Se parássemos por aqui, uma decisão penal que aplicasse a delação premiada com base na lei, observando seus procedimentos e com o objetivo de imprimir maior eficiência à apuração de todo e qualquer delito, sem distinguir autores e vítimas, se preenchidos os requisitos legais, poderia ser defensável como justa, equitativa e conforme o devido processo legal adjetivo. Escapam dessa análise, contudo, os custos para os direitos fundamentais.

A integridade exige mais. Justiça, equidade e devido processo legal, tal qual mostrados na leitura acima, não são suficientes, pois há que se ter também integridade, e é aí que reside o problema da abordagem judicial do instituto da delação premiada no Brasil. Dworkin alerta para o fato de que a solução de um caso pode demandar do juiz que inclua em sua análise

²⁴³ Dworkin afirma que seus argumentos estarão voltados para a equidade e a justiça, “praticamente ignorando o devido processo legal adjetivo” (DWORKIN, 2007, p. 202).

²⁴⁴ DWORKIN, 2007, p. 200.

²⁴⁵ PINHO, 2013, p. 85.

²⁴⁶ DWORKIN, op. cit., p. 203.

princípios de uma ordem mais elevada, pois terá consciência de que suas decisões devem respeitar a opinião da maioria (equidade), mas ainda assim acreditará que “essa exigência se torna menos rígida, e inclusive desaparece, quando estão em jogo sérios direitos constitucionais”²⁴⁷.

O tratamento judicial que tem sido conferido à delação premiada demonstra que o compromisso com os princípios constitucionais que norteiam o sistema jurídico brasileiro está sendo nitidamente desprezado ante o primado da eficiência. A legislação que alberga o instituto é estrategicamente observada por juízes por apresentar as melhores consequências para a “solução” do caso concreto: eficiência na repressão criminal mediante a celeridade processual, redução do esforço investigativo e abreviação da instrução probatória. Para essa concepção, o caráter inquisitorial do instituto e todas as suas graves repercussões no campo dos direitos fundamentais são de menor ou nenhuma importância.

A Constituição Federal de 1988 trouxe de maneira muito expressiva, no próprio texto, a pretensão da construção de uma verdadeira comunidade de princípios, tal qual a pensada e elaborada por Dworkin. Nessa comunidade, os seus membros reconhecem que direitos e deveres não são apenas aquilo que instituições políticas decidem que são, mas que também há direitos e deveres que decorrem do sistema de princípios que norteia o ordenamento jurídico da comunidade. Dworkin ressalta o papel das pessoas nessa comunidade:

[...] aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível.²⁴⁸

No modelo de princípios, ninguém pode ser sacrificado ou excluído. A exigência de integridade que há nesse modelo “pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa.”²⁴⁹ Contudo, Dworkin reconhece que essa comunidade não está imune às injustiças, pois a concepção de interesse pode acarretar violações a direitos fundamentais, entretanto é o melhor modelo de comunidade para uma sociedade moralmente pluralista.²⁵⁰

²⁴⁷ DWORKIN, 2007, p. 307.

²⁴⁸ Ibid., p. 254-255.

²⁴⁹ Ibid., p. 257.

²⁵⁰ DWORKIN., loc. cit.

Com efeito, se podemos compreender que a Constituição Federal de 1988 demonstra a pretensão de estabelecer uma comunidade baseada no modelo de princípios, os institutos e práticas jurídicas devem ser interpretados nessa direção.²⁵¹ Dito de outro modo, há que se desenvolver na prática jurídica uma concepção do direito que seja guiada pelos princípios constitucionais que norteiam o sistema jurídico. Há que se ter maior comprometimento constitucional. Há que se ter integridade no direito.

3.2 Decisão penal e delação premiada: do pragmatismo ao direito como integridade

O que torna uma proposição jurídica verdadeira ou falsa? O que nos faz afirmar que uma decisão que aplica a delação premiada está correta ou não? Ou melhor, refinando a pergunta, com apoio em Dworkin: qual a maneira adequada de raciocinar e argumentar sobre a veracidade ou não de uma proposição jurídica que aplica o instituto? A resposta dependerá da abordagem que se faz da questão.²⁵²

Segundo Dworkin, há duas maneiras de se raciocinar e argumentar: a primeira, por meio de uma “abordagem teórica”, e a segunda, mediante uma “abordagem prática”. Na teórica, o raciocínio em termos jurídicos dá-se por meio da aplicação de uma ampla rede de princípios de moralidade política a problemas jurídicos específicos. Já na abordagem “prática”, juízes estão preocupados com problemas práticos imediatos, de modo que a decisão será balizada pelo que for considerado gerador das melhores consequências, o que dispensaria a necessidade de conhecimentos filosóficos. Para Dworkin, a abordagem teórica é simplesmente inevitável, enquanto a prática não tem “absolutamente nada de prática”²⁵³.

A adoção de uma abordagem teórica é a assunção de uma (indispensável) “postura argumentativa” perante o direito; por meio da concepção do direito como integridade, Dworkin fornece *insights* originais de como o entendimento do direito em um nível teórico é fundamental para a elaboração de bons argumentos.²⁵⁴

Ana Cláudia Pinho observa que o pragmatismo dispensa a teoria, porque só as consequências práticas das decisões interessam. O juiz pragmático não se preocupa com formulações teóricas, mas, antes, em “resolver da melhor maneira possível, ponderando as consequências de sua decisão. Fazer justiça, enfim. O que fará a comunidade melhor? Onde

²⁵¹ DWORKIN, 2007, p. 258.

²⁵² DWORKIN, 2010, p. 72.

²⁵³ Ibid., p. 72-73.

²⁵⁴ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1.

haverá mais ganho? Qual a decisão mais útil, num determinado contexto?”²⁵⁵. Dworkin, ao contrário, sustenta que a validade do discurso interpretativo está condicionada à adoção de uma “boa teoria que suporte toda a argumentação moral”²⁵⁶.

De acordo com a concepção teórica defendida por Dworkin, os juristas poderiam discordar sobre o conjunto de princípios que oferece a melhor justificação para uma alegação de direito, para algum aspecto da prática jurídica. A questão clarificadora, todavia, está em se buscar o melhor sentido interpretativo, ou seja, aquele que melhor se ajusta à prática jurídica, colocando-a sob a sua melhor luz, o que pode demandar o exercício do que Dworkin chama “ascensão justificadora”. Nesse exercício, distanciamos-nos um pouco do imediatismo do caso concreto para tentar buscar a melhor luz da prática jurídica, aquela que melhor se ajusta ao Estado Democrático de Direito, quando então podemos descobrir que o princípio sobre o qual assentávamos nossa alegação “é incompatível ou não se harmoniza, em alguns outros sentidos, com outro princípio com o qual devemos contar para justificar alguma outra esfera mais ampla do direito”²⁵⁷. Ainda que um princípio moral esteja totalmente inserido em nossa cultura e prática jurídicas, diz Dworkin, pode ser falso.²⁵⁸

Dworkin observa que há muitas pessoas pouco receptivas à reflexão moral: “elas sabem o que pensam e não querem ser perturbadas por dúvidas ou insinuações de que carecem de coerência ou de princípios. Elas não querem nenhuma ‘teoria’ antes de marcharem ou votarem em defesa da guerra, e ridicularizam os que assim fazem”²⁵⁹. É sobre esse trilho que caminham posições pragmáticas, tal como a de Richard Posner, afirma Dworkin. Contudo, Dworkin observa que as pessoas reflexivas, antes de tentar convencer as outras sobre sua posição, desejam convencer a si mesmas. Elas agiram com integridade, pondo suas posições à prova, e por isso querem convencer as outras pessoas que são afetadas por suas convicções, fruto de reflexão, sinceridade e coerência.²⁶⁰

A reflexão que Dworkin propõe não requer a criação de todo um sistema de filosofia moral ou política, o que não quer dizer que diante de grandes responsabilidades o intérprete não tenha de fazer o teste de suas reflexões com base em análises filosóficas. A busca por uma orientação teórica mais abrangente será determinada pelo próprio senso de responsabilidade intelectual, moral e profissional do intérprete, quando, por exemplo, achar

²⁵⁵ PINHO, 2013, p. 177.

²⁵⁶ Ibid., p. 178.

²⁵⁷ DWORKIN, 2010, p. 75-76.

²⁵⁸ Ibid., p. 108.

²⁵⁹ Ibid., p. 113.

²⁶⁰ Ibid., p. 113-114.

que suas convicções precisam de reparos; nesse momento, buscará a teoria para reconfigurá-las, tornando-as mais exatas e bem fundamentadas.²⁶¹

Neste trabalho, a pretensão, portanto, é fazer surgir a pergunta, o questionamento, suscitar dúvidas, instigar a reflexão crítica, enfim. E, com supedâneo na integridade, propor uma resposta sincera, coerente e mais bem fundamentada ao problema apresentado.

Diante do que já foi apresentado nos capítulos precedentes, onde situar a decisão penal que aborda a delação premiada, tal como demonstrado na seção 2.2? Trata-se de um raciocínio conduzido por uma abordagem “prática”, que só enxerga as consequências imediatas que advêm da aplicação do instituto, ou de uma abordagem teórica, que se utiliza do princípio da eficiência (e apenas dele) para justificar a proposição jurídica que acolhe o instituto, muito embora esteja ausente qualquer recurso à reflexão crítica?

Talvez alguns juízes admitissem a abordagem “prática”, mas a maioria, se indagada, provavelmente sustentaria, como se depreende das decisões analisadas na pesquisa empírica, que está aplicando o princípio da eficiência, tal como estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal. Mas Alexandre Rosa adverte: “O discurso neoliberal resgata – e muitos embarcam nisto ingenuamente ou por estar na moda – o discurso aparentemente libertador dos princípios – com relevo ao da *eficiência* – para destruir qualquer regularidade imposta pelo Estado”²⁶². Estabelece-se um ambiente em que a legitimidade normativa é flutuante, flexível conforme as necessidades mercadológicas, de modo que a Constituição e sua hermenêutica só valem se forem eficientes.²⁶³

Considerando a advertência de Alexandre Rosa, diante de uma alegação teórica nos termos acima mencionados, no âmbito de aplicação do instituto da delação premiada, será o princípio da eficiência, no sentido e no contexto em que está sendo aplicado, o que melhor se ajusta ao Estado Democrático de Direito? De onde esse discurso da eficiência vem e para onde ele nos leva? Não estaria essa abordagem baseada na eficiência, na forma como é utilizada, ameaçada por algum outro conjunto de princípios, tal como o princípio da presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si, entre outros tão caros ao sistema acusatório? Diante de um caso concreto em que a aplicação da delação premiada é uma possibilidade, o exercício da ascensão justificadora é absolutamente imprescindível.

²⁶¹ DWORKIN, 2010, p. 114.

²⁶² ROSA, 2012, p. 143.

²⁶³ Ibid., p. 145.

3.3 A necessidade do desenvolvimento de uma atitude interpretativa diante do instituto da delação premiada

A partir do exemplo fictício relacionado às “regras de cortesia”, Dworkin chama a atenção para a necessidade da adoção de uma atitude interpretativa em relação a essas regras. Pois bem, nesse exemplo imaginado por Dworkin, os membros de uma determinada comunidade obedecem a um conjunto de “regras de cortesia”, entre as quais está a exigência que se faz aos camponeses para que tirem seu chapéu diante dos nobres. Essa regra há muito tempo é observada pelos membros da comunidade, sem nunca ter sido questionada, até que, paulatinamente, as pessoas começam a assumir uma atitude interpretativa em relação a tais regras, que possuem dois componentes independentes entre si: o cumprimento da regra deixa de ser mecânico e passa-se então a questionar sua finalidade, seus propósitos (1.º componente); compreendido o real significado da regra, as pessoas irão aplicá-la, ampliá-la, modificá-la, atenuá-la ou limitá-la, segundo a sua finalidade (2.º componente).²⁶⁴

Segundo Dworkin, após o desenvolvimento de uma atitude interpretativa, “as pessoas passarão a ver a finalidade da cortesia quase o inverso daquilo que era no começo [...]”²⁶⁵.

Reportando-se a Dworkin, Ana Cláudia Pinho observa:

*A atitude interpretativa é a reflexão crítica, é a pergunta, o questionamento em relação a determinada prática social. É a pergunta sobre o valor, o propósito, o objetivo de determinada prática que tem sido repassada, geração após geração, em determinada comunidade. É uma espécie de estranhamento com algo que, tradicionalmente, é transmitido. A consequência da prática interpretativa é, portanto, a possibilidade de mudança. O estranhamento com a prática tradicional pode gerar a alteração daquela determinada prática.*²⁶⁶

Para Dworkin, o direito é um conceito interpretativo, e a análise que faz da interpretação do direito é construtiva, ou seja, “é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”²⁶⁷, o que não significa dizer que o intérprete está livre para dar à prática ou ao objeto o sentido que bem entender; pelo contrário, há que se ter legítimos constrangimentos.

Conforme se depreende dos resultados da pesquisa empírica objeto da seção 2.2, a atitude em relação às regras que preveem o instituto da delação premiada parece assemelhar-se à atitude dos camponeses diante das “regras de cortesia”. É uma prática que simplesmente

²⁶⁴ DWORKIN, 2007, p. 57-58.

²⁶⁵ Ibid., p. 59.

²⁶⁶ PINHO, 2013, p. 82.

²⁶⁷ DWORKIN, op. cit., p. 63-64.

está aí, e ninguém parece estar preocupado em questioná-la. Ninguém parece querer mudá-la. Vigora uma observância mecânica de seus postulados, principalmente porque auxilia no atingimento das metas (im)postas à (e pela) atividade judicante no ambiente neoliberal. Mas, diz Dworkin, “talvez lentamente, tudo isso muda”²⁶⁸.

Dworkin expõe um modo de interpretação construtiva mais refinado, que segue um percurso de três etapas, a fim de que a interpretação esteja adequada ao estudo do direito enquanto prática social. Na primeira etapa, chamada “pré-interpretativa”, serão identificadas as regras ou os padrões válidos, cujas hipóteses são ao menos aproximadamente compartilhadas pelos membros da comunidade. Trata-se da regra cuja existência é afirmada pela sociedade, sem referência ao seu sentido.²⁶⁹ Na segunda etapa, a interpretativa, o intérprete concentra-se na justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na primeira etapa; dá início a um processo de elaboração de perguntas sobre essa prática e a razão para conformar-se a ela. Por fim, na terceira etapa, a pós-interpretativa ou reformuladora, o intérprete ajusta “sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa”²⁷⁰, o que pode resultar tanto em reparos a serem feitos na prática, quanto na conclusão de que a regra inteira é um erro, considerando a justificativa obtida na segunda etapa²⁷¹.

Essa refinada estrutura analítica de interpretação nem sempre será necessária. Na sociedade imaginária que adota as “regras de cortesia”, por exemplo, a verdadeira interpretação dispensa esse refinamento. Nesse caso, segundo Dworkin, “os juízos interpretativos das pessoas seriam mais uma questão de ‘ver’ de imediato as dimensões de sua prática, um propósito ou objetivo nessa prática, e a consequência pós-interpretativa desse propósito”²⁷². Dworkin ressalta, no entanto, que inevitavelmente haverá uma controvérsia entre os intérpretes sobre as dimensões da prática, e uma maior ainda quanto à melhor justificativa para a prática. Ao final, o intérprete deverá dispor de convicções mais substantivas sobre as justificativas que, de fato, mostram a prática sob a sua melhor luz, o que não se confunde com a justificativa encontrada na segunda etapa (propósito ou objetivo da prática). A partir dessas convicções, formará juízos sobre se a prática é desejável ou deplorável.²⁷³

²⁶⁸ DWORKIN, 2007, p. 57.

²⁶⁹ GUEST, 2010, p. 34.

²⁷⁰ DWORKIN, op. cit., p. 82

²⁷¹ Ibid., p. 81-83.

²⁷² Ibid., p. 82.

²⁷³ Ibid., p. 82-83.

Considerando o referencial teórico adotado, a proposta da presente pesquisa, portanto, é alertar juízes e juristas para a necessidade de adotar uma atitude interpretativa de forma construtiva em relação ao instituto da delação premiada, tal como Dworkin propõe em relação às “regras de cortesia”. Não se está pretendendo que juízes e juristas realizem uma complexa e estruturada exposição analítica do instituto. Propõe-se simplesmente que estejam dispostos a buscar o conhecimento das dimensões da prática jurídica relativa ao instituto, passando à compreensão de sua finalidade – tarefa de que se ocuparam os capítulos iniciais deste trabalho. Em seguida, com fundamento em uma base teórica coerente com os paradigmas que derivam do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988 (convicções mais substantivas) – esse deve ser o constrangimento –, cumpre verificar as consequências pós-interpretativas da finalidade identificada, o que, no caso da delação premiada, considerando os estudos realizados, dá início a uma mudança de direção no trato judicial do instituto – e aqui a proposta é que isso se dê a partir da decisão penal.

Dworkin alerta que as convicções substantivas não precisam ser tão compartilhadas pela comunidade. No caso da delação premiada, considerando as convicções substantivas adotadas neste trabalho para tentar mostrar a prática sob sua melhor luz, parece ter ficado claro que, de fato, não são tão compartilhadas, quando cotejadas com o que foi demonstrado na primeira parte (capítulo 1) e nos resultados da pesquisa empírica (capítulo 2). Ficou evidente o paradigma sobre o qual essa prática está assentada (eficiência) e o baixo comprometimento com os princípios constitucionais caros ao sistema acusatório. Dworkin observa que “os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”²⁷⁴.

Dessa feita, se podemos afirmar que as decisões judiciais que abordam o instituto da delação premiada estão assentadas no paradigma que privilegia a eficiência do procedimento persecutório penal em detrimento dos direitos fundamentais, um juiz comprometido com os princípios constitucionais, cuja observância é indispensável para a realização do Estado Democrático de Direito, se estiver disposto a fazer florescer uma atitude interpretativa consciente diante do instituto, chegará à conclusão de que sua aplicação não se coaduna com o paradigma que deriva desse Estado – a proteção dos direitos fundamentais, com fundamento nos princípios que norteiam o sistema jurídico. Em relação à delação premiada, o

²⁷⁴ DWORKIN, 2007, p. 89.

compromisso com a integridade requer uma expressiva mudança de direção na deliberação judicial.

3.4 O déficit de compromisso com a moralidade política na abordagem da delação premiada

De acordo com o argumento jurídico de cunho moral de Dworkin, em uma decisão, deve-se identificar o conjunto de princípios que oferece a melhor justificação para o caso concreto. Assim, Dworkin observa que a teoria para identificar o direito está baseada em uma interpretação da prática jurídica, que necessariamente inclui aspectos morais e éticos (juízos de valor), e neles fundamenta-se.²⁷⁵

Em uma concepção pragmatista do direito, a responsabilidade política do julgador está atrelada a princípios de moralidade comuns, que expressam pontos de vista pessoais.²⁷⁶ No direito como integridade, por sua vez, decisão judicial “não é decidir de acordo com concepções morais subjetivas, mas de acordo com a ideia, mais ampla e complexa, de princípios de moralidade política que vigoram num determinado tempo e espaço”²⁷⁷.

A fim de refutar as bases do pragmatismo, Dworkin afirma que, para saber se uma teoria oferece o melhor argumento, a análise deve considerar duas dimensões (testes da integridade): adequação e justificação. De acordo com a adequação, uma teoria fornecerá uma justificativa melhor que outra se, *grosso modo*, aplica mais o que está estabelecido do que a outra. Já a dimensão da justificação supõe que, se duas teorias são adequadas, uma delas deve oferecer uma justificativa melhor que a outra quando superior enquanto teoria moral, ou seja, quando apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm.²⁷⁸ Justificada, portanto, será a decisão que obedecer aos princípios que norteiam determinado sistema jurídico, demonstrando “maior coerência no trato da moralidade política, obediência ao ideal de justiça em vigor na comunidade, ainda que, para isso, seja necessário romper amarras com o passado”, conforme explica Ana Cláudia Pinho.²⁷⁹ Segundo Dworkin, “uma interpretação bem-sucedida não deve apenas adequar-se à prática que interpreta; deve, também, justificá-la”²⁸⁰.

²⁷⁵ DWORKIN, 2010, p. 204-206.

²⁷⁶ DWORKIN, 2007, p. 227.

²⁷⁷ PINHO, 2013, p. 89.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 213.

²⁷⁹ PINHO, 2013, p. 85.

²⁸⁰ DWORKIN, 2007, p. 344.

Conferir justificativa ao direito é interpretá-lo de modo a extrair-lhe o melhor sentido de moralidade possível. A moralidade é o princípio fundamental da teoria moral e política de Dworkin, segundo a qual “as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito. Quando estamos construindo um sentido para o direito, devemos assumir que o seu melhor sentido expressa igual consideração pelas pessoas”²⁸¹.

Em uma análise com base na integridade, a decisão penal que aborda o instituto da delação premiada não parece ter problemas com a adequação, visto que expressa exatamente o que está estabelecido tanto no campo judicial (precedentes), quanto no legislativo.²⁸² Todavia, a decisão esbarra na dimensão da moralidade política, uma vez que não exprime consideração e respeito pelas pessoas. Dissimulando a realização de um “bom negócio” para ambas as partes, o Estado, ao oferecer “incentivos” ao acusado para que confesse o crime e delate terceiros, adota uma postura de permanente estímulo à autoincriminação, conforme observado na subseção 1.3.3 deste trabalho. Assim, não há como sustentar que esse tipo de postura demonstra qualquer indício de respeito e consideração com os cidadãos de uma comunidade.

O que dizer, ainda, do postulado trazido pela Lei n.º 12.850/2013, colocado à disposição da aplicação judicial, quando expressamente enuncia que “o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade” (art. 4.º, § 14)? Ora, jamais o legislador infraconstitucional poderia restringir o direito do réu ao silêncio e ainda obrigá-lo a dizer a verdade, sob pena de configuração do crime de falso testemunho ou daquele previsto no artigo 19 da mesma lei.²⁸³

Ao aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto *San Jose da Costa Rica*), o Estado brasileiro obrigou-se a garantir o direito do réu de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, conforme dispõe o art. 8º, 2.g do mencionado tratado internacional. Ora, não há como se sustentar qualquer argumento no sentido de que o enunciado trazido pela Lei nº 12.850/2013 possa estar de acordo com um sistema processual acusatório, que respeita as garantias penais e processuais do réu. *Ipsa facto*, a deliberação judicial que o aplicar também não estará.

²⁸¹ GUEST, 2010, p. 17.

²⁸² Ressalte-se que, em determinadas circunstâncias, um juiz pragmático pode utilizar-se do formalismo como uma estratégia pragmática, conforme consignado na subseção 2.1.4.

²⁸³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado*: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei n.º 12.850/2013). Salvador: Juspodivm, 2013, p. 76.

Nesse sentido, o caminho que a delação premiada sugere para a busca de uma suposta “verdade real”²⁸⁴, em hipótese nenhuma, protege os direitos que as pessoas realmente têm. Não respeita seus direitos de não produzirem provas contra si e de serem consideradas presumidamente inocentes. Ao contrário, tais direitos são ignorados em atenção à boa estratégia que o uso da delação premiada representa para o combate à criminalidade. Nessas razões, a (falta de) coerência de princípio com os paradigmas constitucionais não é algo importante em si mesmo.²⁸⁵

A prática jurídica em matéria de delação premiada carece de moralidade política ou de justificação porque não leva em consideração os princípios mais fundamentais do sistema jurídico brasileiro. Não leva a sério o modelo acusatório presente na Constituição da República. Demonstra que a busca de objetivos da comunidade está prevalecendo sobre o respeito e a consideração que se devem ter com as pessoas. Não coloca em primeiro plano os direitos de todos e de cada um dos cidadãos.

Por outro lado, a integridade exige que o Estado aja com argumentos gerais, “segundo um conjunto único e coerente de princípios”, e não com argumentos estratégicos, diz Dworkin. A coerência de princípio deve ser valorizada por si mesma.²⁸⁶

Não se pretende aqui sustentar que o princípio da eficiência, que está na base das decisões que abordam a delação premiada, não integra esse conjunto único e coerente de princípios ao qual se está referindo, até porque possui expressa previsão constitucional no artigo 37 da Constituição Federal, bem como está consubstanciado no artigo 5.º, LXXVIII, conforme mencionado na subseção 2.2.1 deste trabalho. O que se ressalta é o significado que esse princípio tomou na prática jurídica, amplamente influenciada pelo ambiente neoliberal instalado nas sociedades contemporâneas. Recorre-se à delação premiada para dar uma rápida resposta penal (condenatória) mediante o menor esforço investigativo e probatório possível, a despeito de ser um mecanismo violador de direitos fundamentais. Nessa prática, a eficiência neoliberal está em primeiro plano.

Entende-se que a moralidade política não rejeita a eficiência, desde que essa eficiência seja coerente com o conjunto de princípios constitucionais relativos às garantias penais e processuais do réu. Ninguém defenderia a ideia de que é correto um processo arrastar-se por longos anos no Judiciário. Trata-se de algo compartilhado pelos membros da nossa comunidade e é perfeitamente coerente com os paradigmas estabelecidos pelo legislador

²⁸⁴ Sobre o assunto, remete-se o leitor ao capítulo 1, subseção 1.3.3.

²⁸⁵ DWORKIN, 2007, p. 197.

²⁸⁶ Ibid., p. 202.

constituinte. Contudo, a eficiência a qualquer custo, que não encontra barreiras nos princípios caros ao sistema acusatório e que é buscada como um fim em si mesma, e não como um meio para efetivar direitos fundamentais, não está, definitivamente, compromissada com os princípios de moralidade política que devem reger a comunidade pretendida a partir da Constituição da República de 1988.

Segundo Dworkin, a integridade na deliberação judicial requer que juízes tratem o atual sistema de normas como se ele expressasse um conjunto coerente de princípios, conferindo-lhe, portanto, uma interpretação voltada para a busca do respeito a essa coerência, “como se o Estado tivesse uma única voz”²⁸⁷. Faz-se aqui uma importante ressalva em relação a essa necessidade de se observar a coerência com o sistema: não se trata de coerência estrita, ou seja, de mera reiteração de decisões anteriores, decidindo-se de determinada maneira unicamente pelo fato de que é assim que se está decidindo há algum tempo. Dworkin ensina que a integridade é mais dinâmica, não se confunde com a coerência estrita, “pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental”²⁸⁸. Dessa forma, uma instituição que aceite a integridade, às vezes terá de afastar-se da linha das decisões anteriores, “em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”²⁸⁹, o que se dá de forma mais clara no campo da deliberação judicial.

A concepção do direito erigida sobre as bases da integridade exige, portanto, a coerência primeira com direitos constitucionais substantivos, que não podem sucumbir diante de argumentos práticos porventura existentes na legislação e que com aqueles sejam incompatíveis.²⁹⁰

Ao Estado é imposto o dever de observar o direito a não autoincriminação e de respeitar o princípio da presunção de inocência (inquestionavelmente princípios fundamentais) em todas as suas formas de atuação, seja legislativa, seja judicial, de modo que todos tenham uma única voz. No entanto, isso nem sempre ocorre, razão pela qual se ressalta aqui o princípio de integridade na deliberação judicial, pois, ainda que não haja coerência na legislação, a deliberação judicial, conforme menciona Dworkin, tem a primeira palavra sobre o modo de usar o poder de coerção do Estado, “e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz”²⁹¹.

²⁸⁷ DWORKIN, 2007, p. 261.

²⁸⁸ Ibid., p. 265.

²⁸⁹ Ibid., p. 264.

²⁹⁰ Ibid., p. 265-266.

²⁹¹ Ibid., p. 263.

Em matéria de delação premiada, a legislação demonstra clara falta de coerência com os princípios mais fundamentais do sistema jurídico. Os legítimos constrangimentos constitucionais ao poder punitivo estão sendo colocados “entre parênteses” para que seja alcançado o objetivo de garantir a segurança pública (discurso oficial), imprimindo maior celeridade aos procedimentos de persecução penal e viabilizando a condenação de “culpados” (argumento prático). Não há demonstração de qualquer coerência com a voz que soa da Constituição.

Com apoio nas lições de Dworkin, pode-se afirmar que a busca de tais objetivos é própria de um governo comprometido com uma concepção utilitária, que “visa a estratégias legislativas que, em conjunto e a longo prazo, aumentem o bem-estar médio mais do que o fariam quaisquer outras estratégias”²⁹². A decisão de adotar essas estratégias é uma questão de política²⁹³, não de princípio, diz Dworkin. Stephen Guest, reportando-se ao jusfilósofo, esclarece: “Em linhas gerais, princípios descrevem direitos, e políticas descrevem metas”²⁹⁴. Ressalte-se, contudo, que a maioria das teorias políticas reconhece direitos individuais que o governo é obrigado a respeitar. Nesse caso, esses direitos podem ser essenciais, “mesmo quando a violação de tais direitos pudesse contribuir para o bem-estar geral.”²⁹⁵ Essa, sim, é uma questão de princípio sobre a qual a integridade detém seu olhar. Ao governo não é dado o direito de negar tais direitos individuais essenciais a ninguém em momento algum. As razões políticas (*policies*) não podem sobrepor-se às razões de princípio (*politics*).²⁹⁶

3.5 Da necessidade de romper as amarras com as decisões passadas

Dworkin afirma que a integridade no direito exige coerência de princípio em um sentido vasto, que ultrapassa o conteúdo explícito das decisões tomadas no passado, de modo que esse sistema de princípios em vigor na comunidade deverá justificar as decisões anteriores. Dessa forma, “o direito como integridade [...] começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine”²⁹⁷. Segundo Dworkin, não há qualquer pretensão de recuperar os objetivos práticos dos políticos

²⁹² DWORKIN, 2007, p. 267.

²⁹³ Ana Cláudia Pinho ressalta a distinção que Dworkin faz entre decidir politicamente e decidir sobre políticas: “O primeiro sentido é o que Dworkin utiliza na tese (decisões políticas são decisões de moralidade, de princípio – *politic*). O segundo corresponderia a decisões sobre estratégias de governo, políticas públicas, administração do bem comum (*policies*). Para Dworkin, o juiz jamais pode tomar decisões dessa segunda linha” (PINHO, 2013, p. 91).

²⁹⁴ GUEST, 2010, p. 64.

²⁹⁵ DWORKIN, 2007, p. 268.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 267-268.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 274.

que primeiro criaram o direito. O que se pretende com a integridade é conferir, se for o caso, uma justificativa ao que eles fizeram, como uma história “digna de ser contada aqui [...]: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado”²⁹⁸.

Com base nos resultados da pesquisa empírica realizada neste trabalho (seção 2.2) e com fundamento no direito como integridade, entende-se que não há nada de atraente nas justificativas da prática atual em matéria de delação premiada. Nada que nos faça afirmar que ela oferece um futuro honrado aos membros de nossa comunidade.

A partir da criação de um gênero literário artificial que denominou “romance em cadeia”, Dworkin ressalta o importante papel exercido pelos juízes enquanto autores e críticos de suas obras. Em síntese, o romance em cadeia é descrito por Dworkin da seguinte maneira:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.²⁹⁹

A ideia é a criação conjunta de um só romance, da melhor qualidade possível. Ao recebê-lo para acrescentar-lhe novo capítulo, o romancista deve tentar fazê-lo o melhor que puder, como se fosse só obra sua, e não, como de fato é, produto de vários autores. Dworkin observa que essa tarefa exige uma avaliação geral por parte do romancista ao escrever e reescrever o romance, baseando-se em alguma teoria que lhe permita trabalhar os elementos que compõem a obra, para que possa decidir sobre dar continuidade ao que já foi escrito ou propor um novo começo, o que requer a consideração de várias perspectivas, e não apenas de uma.³⁰⁰

Dworkin propõe duas dimensões para colocar à prova a interpretação do romancista: adequação e justificação (ou moralidade política), conforme já referido na seção 3.4, e agora aplicadas ao romance em cadeia. São os chamados testes da integridade. Destaca-se, para os fins da presente análise, a segunda dimensão, a qual demanda do romancista que faça, das leituras possíveis, a que melhor se ajusta à obra como um todo, após a consideração de todas as perspectivas pertinentes ao caso.³⁰¹

²⁹⁸ Ibid., p. 274.

²⁹⁹ DWORKIN, 2007, p. 275-276.

³⁰⁰ Ibid., p. 276-277.

³⁰¹ Para Dworkin, a distinção entre as duas dimensões não é tão profunda ou crucial quanto pode parecer, já que “as considerações formais e estruturais que dominam a primeira dimensão também estão presentes na segunda, pois, mesmo quando nenhuma das duas interpretações é desqualificada por explicar muito pouco, pode-se

Ao escrever seu capítulo, o romancista pode eventualmente descobrir uma interpretação não apenas diferente, mas radicalmente diferente daquela que já havia escrito em outro momento. Segundo Dworkin, ele pode ainda passar a achar “impossível escrever de acordo com o tom ou o tema que escolheu da primeira vez, o que o levaria a reconsiderar outras interpretações que num primeiro momento rejeitou”³⁰². Trata-se de possibilidades resultantes do exercício de uma interpretação construtiva da prática jurídica, considerando a coerência com o conjunto de princípios que estruturam o direito.

A possibilidade de rompimento com o passado é bem explorada por Dworkin quando se refere ao caso *Brown vs. Board of Education* (1954), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos quebrou precedente antigo, que norteava as decisões do Tribunal desde 1896, e passou a entender que a segregação racial nas escolas violava a Décima Quarta Emenda (igual proteção). Nesse caso, paradigmas foram quebrados sem desarmonizar o Direito, pois, nas palavras de Ana Cláudia Pinho, “a moralidade política é um conceito dinâmico. Não se deixa aprisionar”³⁰³. Segundo Dworkin, no caso *Brown*, ficou demonstrado que “uma parte importante daquilo que se acreditava ser a lei é incompatível com princípios mais fundamentais, necessários à justificativa do direito como um todo”³⁰⁴.

Dworkin observa que os legisladores podem justificar suas decisões sobre criar direitos ao mostrar de que modo contribuirão para o bem-estar geral da comunidade, tal como uma boa política (a exemplo dos discursos de segurança pública), apesar de haver limites para essas justificativas, conforme asseverado na seção precedente. Contudo, a situação dos juízes é muito diversa daquela dos legisladores, pois devem tomar suas decisões com base em princípios, não em política (*policies*), diz Dworkin. Esse argumento desqualifica uma interpretação da prática jurídica cujos únicos fundamentos são de natureza política.³⁰⁵

Segundo Stephen Guest, Dworkin opõe-se a uma versão do utilitarismo que prioriza os argumentos de política em detrimento dos argumentos de direito. Nessa versão, males feitos a indivíduos são barganhados por melhorias no bem-estar geral, invocando-se o seguinte argumento: prefere-se a condenação de um inocente à instauração de uma desordem civil generalizada. Ora, compartilha-se a intuição de que há algo de muito errado nesse caso. Sobre essa percepção, Stephen Guest enuncia:

mostrar o texto sob uma melhor luz, pois se ajusta a uma parte maior do texto ou permite uma integração mais interessante de estilo e conteúdo” (DWORKIN, 2007, p. 278).

³⁰² DWORKIN, 2007, p. 279.

³⁰³ PINHO, 2013, p. 92.

³⁰⁴ DWORKIN, op. cit., p. 266.

³⁰⁵ Ibid., p. 292-293.

Intuímos que há uma violação de algo relacionado com as pessoas envolvidas e que é simplesmente parte do fato de que elas são pessoas. Podemos chamá-la de ataque ao direito à humanidade ou dignidade, ou seja o que for. O ponto é que essa versão amplamente entendida de utilitarismo realmente não tem nenhuma concepção de pessoa que não a de um “receptáculo” de bem-estar.³⁰⁶

No direito como integridade, o juiz deve colocar à prova “sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”³⁰⁷. A tarefa é ampliar os limites aos quais a interpretação da prática jurídica deve ajustar-se, a fim de obter a melhor leitura da questão. Segundo Dworkin, o direito como integridade exige que os problemas sejam enfrentados pelo juiz como uma questão de princípio, e não somente de política.³⁰⁸ A ideia neste trabalho é, portanto, a partir da concepção do direito como integridade, apresentar à decisão penal que aborda o instituto da delação premiada um caminho mais coerente com os direitos fundamentais do imputado.

3.5.1 Exercitando a atitude interpretativa

Com apoio na concepção do direito como integridade, de Ronald Dworkin, naquilo que se entende pertinente ao presente estudo, propõe-se uma análise da interpretação conferida ao instituto da delação premiada em duas decisões, a primeira do TJRO e a segunda do TJRS.

No acórdão proferido pela 2.^a Câmara Criminal do TJRO, no julgamento da Apelação n.º 0003213-34.2010.8.22.0015, datado de 5 de outubro de 2011, a relatora, Des.^a Marialva Henriques Bueno, expressa-se nos seguintes termos:

Mesmo não sendo causa de inconformismo, em se tratando de matéria de ordem pública, verifico que, não fosse a efetiva colaboração da apelante que, voluntariamente, apontou o corréu (ELDON), este dificilmente seria descoberto pela polícia. Depreende-se ainda dos autos que a magistrada a quo considerou a delação (fls. 123/124), na condenação do corréu, e, no entanto, não aplicou a redução de pena prevista no artigo 41 da Lei de Tóxicos “*O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços*”.

Por outro lado, no caso presente, embora a delação tenha sido fundamental para a identificação do recorrente ELDON, em juízo a recorrente tentou

³⁰⁶ GUEST, 2010, p. 67-68.

³⁰⁷ DWORKIN, 2007, p. 294.

³⁰⁸ Ibid., p. 308.

anular seus efeitos, exigindo do magistrado uma incursão probatória mais analítica em relação à segurança da condenação de ELDON. Este quadro impõe o seguinte questionamento: o fato de a recorrente ter retratado a delação, embora de forma inócua, deve influenciar o fracionamento da causa especial de diminuição de pena?

Estou convencida de que a resposta deve ser SIM. É que o reconhecimento do próprio direito não pode ser confundido com os critérios de sua aplicação. Ou seja, o reconhecimento da causa de diminuição de pena não obriga o magistrado ao seu fracionamento máximo.

A outorga do direito subjetivo alcança o próprio direito, o instituto penal, mas não os seus critérios de aplicação, que devem ser valorados, caso a caso, pelo magistrado.

Admitir de forma contrária significa privilegiar quem retratou a delação em detrimento daqueles que a mantiveram em toda a extensão processual, simplificando o juízo valorativo das provas e a consequente célere entrega da prestação jurisdicional. E foi justamente esta a finalidade da instituição da referida causa de diminuição.

Com isso, reconheço a delação e sua relevância (tanto para a identificação quanto para a condenação do corréu ELDON), porém, em face da retratação feita em juízo, cujos conseqüências já ponderei, bem como a natureza e a grande quantidade de droga apreendida, cujas diretrizes também subsidiam o fracionamento da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, hei por bem fracionar a minorante especial do art. 41, do mesmo regramento, em 2/5 (dois quintos).

Vê-se que, na decisão, ficou consignado que a recorrente efetivamente colaborou com os procedimentos de persecução penal, na medida em que suas informações foram relevantes “tanto para a identificação quanto para a condenação do corréu”. Contudo, a decisão também deixa claro que houve retratação, *em juízo*, acerca do teor das informações (incriminadoras) prestadas pela recorrente em relação ao corréu ou delatado. A Relatora afirma que a magistrada *a quo* considerou a delação na condenação do corréu, contudo, o fato da retratação exigiu-lhe uma incursão probatória mais analítica em relação a essa condenação. Diante desse quadro, é feito o seguinte questionamento: “o fato de a recorrente ter retratado a delação, embora de forma inócua, deve influenciar o fracionamento da causa especial de diminuição de pena?”. Segue resposta afirmativa, no sentido de que se deve valorizar mais a delação quando ocorre em toda a extensão processual, pois só assim estará atendida a *finalidade* do instituto: simplificação do juízo valorativo das provas e a consequente célere entrega da prestação jurisdicional.

Em uma interpretação construtiva, nas bases da teoria do direito como integridade, a abordagem deve consistir mais em perguntas que em respostas.³⁰⁹ Porém, partindo-se dessa concepção, entende-se que uma questão primordial na análise de um caso não é apenas fazer perguntas, mas fazer as perguntas corretas (perguntas interpretativas), considerando toda a

³⁰⁹ DWORKIN, 2007, p. 287.

coerência com os princípios fundamentais que regem o nosso sistema jurídico, cujas balizas obviamente são fixadas pelas normas constitucionais.

Dessa feita, constatando-se que houve retratação por parte da recorrente, *em juízo*, das informações incriminadoras em relação ao corréu ou delatado, a primeira pergunta que se reputa correta e necessária é: por que a magistrada *a quo* considerou o teor da delação na condenação do corréu? Se, em contraditório, não houve incriminação, como ainda assim condenar alguém considerando as informações colhidas na fase inquisitorial? Por que a Relatora afirmou ter sido inócua a retratação da delação? Essa interpretação ajusta-se aos princípios caros ao sistema acusatório, em especial à presunção de inocência, à ampla defesa e ao contraditório? Trata-se da melhor interpretação?

A busca de respostas a essas perguntas fatalmente mudaria a abordagem contida na decisão. As balizas estabelecidas para o processo penal pelo sistema acusatório não permitem a formação de um juízo condenatório (ou mesmo de parte dele) com base em elementos colhidos na fase inquisitorial, não confirmados em juízo, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (CPP, art. 155, parte final). A afirmação (e a confirmação) de que para a condenação foram consideradas informações não ratificadas em juízo pela parte representa a explícita adoção de um sistema processual inquisitório. Esse é um primeiro ponto. O reconhecimento da delação premiada é apenas mais uma expressão dessa concepção.

A Relatora ressalta, com um evidente tom de lamentação, que a retratação exigiu uma “incursão probatória mais analítica em relação à segurança da condenação” do corréu ou delatado. Dessa afirmação depreende-se o lugar de destaque que a delação premiada está ocupando na resolução dos casos penais enquanto meio de prova, o que comprova a observação de Marco Antonio de Barros³¹⁰, para quem o conteúdo da delação acaba sendo transformado no “coração do processo”, não obstante todos os problemas que subjazem ao seu reconhecimento e à sua aplicação, o que já foi amplamente discutido e questionado neste trabalho.

A *contrario sensu*, a afirmação da Relatora não estaria indicando que, se não houvesse retratação, não haveria necessidade de um esforço na análise das provas para a condenação do corréu? Por que se ressalta a importância de o réu manter-se fiel ao cumprimento dos pressupostos da delação premiada (confissão e delação) durante toda a extensão processual?

Na mesma linha interpretativa da decisão proferida pelo TJRO (primeira decisão), em decisão proferida pela Quinta Câmara Criminal do TJRS, em 25 de janeiro de 2012, no

³¹⁰ Vide subseção 1.3.2.

juízo da Apelação n.º 70044742120, sob a relatoria do Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, a relevância da confissão, enquanto pressuposto da delação premiada, foi assim revelada:

Quanto à confissão espontânea, tal instituto merece um pouco de digressão. Pode parecer que a lei exija que a confissão deva ser realizada de modo claro e cristalino, no sentido de o acusado dizer que admite a prática do fato tal como consta da peça acusatória, inclusive fornecendo maiores detalhes da ocorrência. Não é assim, todavia. *A melhor interpretação, no meu entendimento, é a que conclui no sentido de que, se o réu, minimamente, no seu relato, permite o convencimento de que praticou o fato, assim facilitando a sentença condenatória,* deve ser atenuada a pena. Com efeito, *uma vez que o réu simplesmente negue a prática do fato, fica, certamente, mais difícil ao Estado/Jurisdição aplicar a lei, pois deve se valer de todos os elementos probatórios existentes nos autos, muitas vezes superar alguma dificuldade da prova, mediante interpretação por vezes complexa.* Entretanto, *se o réu possibilita, de modo mais fácil, a sentença condenatória, produzindo um relato que nas entrelinhas significa admissão,* ainda que informe pretensão de participar de fato menos grave, ou que foi induzido a estar presente no local, sem saber o que iria ocorrer, assim tentando eximir-se, mas deixando margem a extensas dúvidas sobre essa alegação, é possível, sim, acolher a atenuante. (grifos nossos)

Na decisão proferida pelo TJRS (segunda decisão), novamente o valor da confissão é destacado, tendo em vista o seu condão de facilitar a sentença condenatória. O Relator afirma, pasme-se, que a negativa de autoria do réu torna mais difícil a aplicação da lei pelo Estado ou pela jurisdição. Sobre essa assertiva caberia a seguinte pergunta: aplicar a lei equivale a condenar? Pelo que se depreende da interpretação contida na decisão, a resposta só pode ser afirmativa. Mas será essa uma interpretação ajustável aos paradigmas de um Estado Democrático de Direito, que tem a justiça como uma de suas virtudes? A resposta, sem dúvida, é não.

A decisão procura, expressamente, uma admissão de culpa do réu nas *entrelinhas* de seu relato; quando assim o faz, tenta convencer todos de que está atuando em benefício daquele, pois, somente se achar um mínimo de confissão em suas declarações, poderá conceder-lhe uma redução de pena, embora tenha deixado bem claro que essa mesma confissão (que lhe concedeu um “benefício”) também facilitou a sua condenação!

Assim como ficou claro na primeira decisão, aqui também o Relator revela um certo pesar, pois, quando não se consegue extrair a confissão do réu, o juiz “deve se valer de todos os elementos probatórios existentes nos autos, muitas vezes superar alguma dificuldade da prova, mediante interpretação por vezes complexa”. Ora, não se aboliu ainda a ideia da confissão como a “rainha das provas”, típica do sistema inquisitório? Não se aprende logo nas primeiras lições de Direito Processual Penal que o juiz deve valer-se de todos os elementos

probatórios existentes no processo, produzidos em contraditório, para formar sua convicção? Por que o trabalho de analisar o conjunto probatório contido no processo parece representar um grande peso para a atividade judicante?

Diante de tal análise, qual o lugar do estado de inocência e do direito a não autoincriminação em uma deliberação judicial que expressamente valoriza a confissão e a delação (de preferência em todos os atos do processo), pois isso “facilita” o trabalho do juiz? A resposta a essa e às outras perguntas anteriormente formuladas pode ser encontrada nos capítulos iniciais deste trabalho e aqui é sintetizada da seguinte forma: trata-se de decisão conduzida por uma concepção baseada na busca da maior eficiência punitiva do Estado, ao menor custo possível.

Por entendê-las absolutamente apropriadas aos casos em análise, utilizam-se as seguintes perguntas interpretativas elaboradas por Ana Cláudia Pinho na análise de uma decisão penal:

Mas essas razões realmente são dadas pela tradição democrática inaugurada no Brasil pós-64? Pode-se extrair da comunidade de princípios essa justificativa? Ou o ideal de fraternidade não nos levaria a concluir que os princípios que instituem a relação cidadão-Estado, no que toca à intervenção penal, são os da liberdade e do processo justo?³¹¹

Se o julgador adotasse uma atitude interpretativa, mediante a adesão à concepção do direito como integridade, certamente daria outro rumo à análise dos casos, pois tomaria os direitos fundamentais dos réus como o fio condutor de toda a interpretação, o que não lhe permitiria entender a confissão e a delação como deveres do cidadão para com o Estado. A facilitação da atividade judicante não pode justificar (e não justifica) a adoção de mecanismos legais de caráter inquisitório, violadores de direitos fundamentais. A concessão de “prêmio” ao delator não lhes retira essa característica em nenhum aspecto.

Segundo a decisão do TJRO (primeira decisão), somente quando a efetiva colaboração dá-se por toda a extensão processual é que está atendida a *finalidade* do instituto da delação premiada – simplificar o juízo valorativo das provas e favorecer a consequente célere entrega da prestação jurisdicional. Fica evidente que a preocupação primeira (e talvez única) é com a utilidade que decorre da aplicação da delação premiada no processo penal, ou seja, suas consequências práticas.

³¹¹ PINHO, 2013, p. 169. Os questionamentos são feitos pela autora em análise da decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferida no HC 155596/SP, julgado em 12 de agosto de 2010, no qual o tribunal denegou a ordem e não concedeu liberdade provisória em crime de tráfico ilícito de entorpecentes pelo único fato de haver “vedação legal”. Para maiores detalhes sobre os argumentos desenvolvidos pela autora, conferir: PINHO, 2013, p. 169.

No direito como integridade, o intérprete deve buscar as finalidades e os propósitos da prática jurídica para, na fase pós-interpretativa ou reformuladora, com fundamento em uma base teórica coerente com os paradigmas que derivam do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988, verificar as consequências pós-interpretativas da finalidade identificada. Considerando isso, entende-se que a finalidade do instituto, bem expressa não somente nas decisões em análise, mas também na quase totalidade dos julgados examinados nesta pesquisa, leva a consequências que não se ajustam aos princípios concebidos como mais fundamentais no sistema jurídico vigente. Busca-se a rápida prestação jurisdicional (condenatória, reprise-se), mediante o recurso a mecanismos inquisitórios simplificadores da instrução probatória.

Sob o olhar da integridade, entende-se pertinente que se pergunte: vigora um “vale-tudo” jurídico para o alcance dessa finalidade? A entrega de uma rápida resposta penal justifica o uso de mecanismos inquisitórios violadores de direitos fundamentais? Nosso sistema não exige que se imponham filtros de legitimidade constitucional aos institutos jurídicos e a seus propósitos? Onde estão as razões de princípio na abordagem judicial do instituto da delação premiada?

Conforme já mencionado, talvez algum intérprete sustentasse que há razões de princípio no instituto, já que da sua finalidade depreende-se a preocupação com o princípio da eficiência na prestação jurisdicional. Contudo, com base na integridade, não se observa qualquer relação do instituto com o princípio *constitucional* da eficiência, nos moldes como já foi abordado neste trabalho (subseção 2.2.1). Trata-se, antes, da busca de uma eficiência ao estilo neoliberal, de uma abordagem prática que em nada parece assemelhar-se ao paradigma de eficiência que se pode extrair da Constituição da República. Assim como ao réu é assegurado o direito a um prazo razoável de duração do processo, são-lhe também assegurados os direitos à não autoincriminação e à presunção de inocência, entre outros tão fundamentais. Na interpretação que se propõe, considerando a coerência do (e com o) sistema, tais princípios convivem confortavelmente e consubstanciam direitos que os cidadãos realmente têm, e que não podem sucumbir diante de razões práticas.

Tomando em consideração tais argumentos e tendo em vista o objetivo de tentar “salvar” o instituto, algum intérprete poderia então propor algum tipo de mudança em sua finalidade e seus propósitos, já que neles reside o problema ora apontado. Acredita-se que ainda assim não lograria êxito em sua empreitada, pois legitimar o instituto mediante a dissimulação de uma finalidade mais “adequada” redundaria em considerá-lo como um fim em si mesmo, desconsiderando os seus pressupostos amplamente violadores de direitos

fundamentais, conforme demonstrado no capítulo 1. A finalidade adequada deve ser buscada por meios adequados (à Constituição Federal). No caso da delação premiada, não se vislumbra qualquer possibilidade dessa conjugação, pois, da prática jurídica, tal como está sendo concebida, depreende-se que nem fins, nem meios justificam-se.

Entende-se que uma interpretação que efetivamente buscasse razões de princípio no instituto, a partir da adesão à ideia de interpretação construtiva, chegaria a destinos totalmente distintos daqueles aos quais chegaram as decisões analisadas, que trilharam os caminhos de uma (re)afirmação estratégica dos pressupostos, finalidades e consequências práticas do instituto da delação premiada para a deliberação judicial. De fato, uma leitura da prática através das lentes teóricas do direito como integridade rejeitaria a delação premiada e, por consequência, todos os seus efeitos sobre a incriminação e a condenação de réus e corréus, pois não apenas não assegura aos cidadãos os direitos mais fundamentais que realmente têm, mas antes os viola.

Ana Cláudia Pinho observa que “uma decisão que respeite a integridade pode (e deve) afastar-se de decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios da comunidade”³¹². Em matéria de delação premiada, uma decisão que respeitasse a integridade, haveria de romper as amarras com as decisões passadas³¹³ e introduzir uma nova substância no romance.

³¹² PINHO, 2013, p. 85.

³¹³ Ibid., p. 88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na obra *Na colônia penal*, Franz Kafka³¹⁴ apresenta a prática de procedimentos de tortura para a execução da sentença penal. Um observador estrangeiro, identificado como “explorador”, acompanha os atos do oficial, que é juiz na colônia penal e também responsável pela operacionalização da máquina à qual será submetido o condenado. O objetivo é fazer com que o condenado sinta na própria carne o enunciado de sua sentença, pois o mandamento que infringiu é gravado em seu corpo.

Na novela de Kafka, o oficial explica ao explorador que toma suas decisões segundo o princípio de que “a culpa é sempre indubitável” e que todo o procedimento de execução da sentença penal por meio da máquina foi concebido pelo “antigo comandante” da colônia penal, que reunia em si as funções de soldado, juiz, construtor, químico e desenhista. O oficial demonstra total e irrestrita adesão aos procedimentos criados pelo “antigo comandante”.

O oficial diz que está conseguindo rechaçar as tentativas do “novo comandante” de intrometer-se em seu tribunal.

Após receber as informações sobre o procedimento judicial, o explorador não fica satisfeito com o que observa, mas deposita alguma esperança no “novo comandante”, que pretendia, lentamente, introduzir um novo procedimento.

De outra parte, o oficial mostra-se indignado com o “novo comandante”, para quem tudo serve de pretexto para combater as velhas instituições. O “antigo comandante”, ao contrário, não lhe impunha restrições; dava-lhe livre acesso a tudo o que fosse necessário para o bom funcionamento da máquina. Indignado, o oficial questiona: por causa do “novo comandante” e daqueles que o influenciam, deve perecer a obra de toda uma vida, como aquela máquina?

O oficial ressentia-se por ser o único defensor declarado dos procedimentos criados pelo “antigo comandante”; quando era vivo o “antigo comandante”, a colônia era cheia de adeptos seus, mas, após a sua morte, seus adeptos esconderam-se; “existem muitos ainda, mas nenhum o admite”.

Neste trabalho, viu-se que o processo penal brasileiro, mesmo diante da Constituição Federal de 1988, cujo extenso rol de direitos fundamentais demonstra séria preocupação com o respeito às garantias penais e processuais dos réus, continua sendo conduzido por institutos

³¹⁴ KAFKA, Franz. *O veredicto e na colônia penal*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

e procedimentos de caráter inquisitório, estabelecidos no bojo de uma política criminal focada no discurso de que a promoção da segurança pública dá-se pelo combate à criminalidade. Segundo esse discurso falacioso, é válida a utilização de todos os recursos que se mostrem eficientes para alcançar aquele fim, sem qualquer séria e bem fundamentada discussão acerca de uma possível incompatibilidade constitucional dos instrumentos colocados à disposição do julgador.

Constata-se, portanto, que os princípios constitucionais não integram o conjunto de paradigmas que norteiam a atividade legislativa, o que é claramente identificado na forma como o legislador infraconstitucional tem expandido o amparo legal do instituto da delação premiada no direito brasileiro. Não há constrangimento constitucional na produção legislativa relativa ao objeto do presente estudo. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, são tidos como obstáculos que devem ser ultrapassados para que se possa atender às demandas que exsurtem em um Estado comandado pela lógica neoliberal, cujo efeito “eficiência” ecoa nas mais diversas formas de atuação estatal, inclusive a jurisdicional, conforme restou consignado.

Os resultados obtidos na pesquisa empírica (seção 2.2) demonstram que o processo penal está sendo conduzido por oficiais cujas concepções permitem a adesão a procedimentos estabelecidos pelo “antigo comandante”, marcados pelo autoritarismo e pelo desrespeito às liberdades individuais. Segundo essas concepções, não há restrições, nem limites ao “bom” funcionamento da máquina kafkaniana. O oficial possui livre acesso aos recursos que a fazem funcionar de forma eficiente, entre os quais a delação premiada.

Mas, afinal, no contexto do pós-64 e, mais ainda, nos paradigmas fixados no pós-88, cabem ainda concepções do direito abertas aos comandos do “antigo comandante”? Ajustam-se ao atual Estado Democrático de Direito concepções em que direitos fundamentais só são observados se não conflitam com a ideia de eficiência estabelecida no ambiente neoliberal?

No modelo acusatório, há a figura do juiz garante. O problema é que se tem compreendido essa figura como o garante da eficiência *neoliberal*, e não de um processo penal democrático, que deve desenvolver-se sem ranhuras em direitos fundamentais.³¹⁵ Em tempos de constitucionalismo contemporâneo, o compromisso do julgador deve ser com os direitos fundamentais do réu, entre os quais está a eficiência *constitucional* do processo penal. Nessa perspectiva, não há qualquer conflito.

³¹⁵ COUTINHO, 2009, p. 255.

O “novo comandante” impõe restrições, legítimos constrangimentos ao oficial e, com isso, demanda a introdução de novos procedimentos. Não admite que se tomem decisões com base no “princípio” de que a culpa é indubitável e combate a submissão do condenado à máquina kafkaniana, ainda que se trate de uma obra de toda uma vida. Ainda assim, deve perecer.

No estudo da delação premiada, uma concepção que siga os comandos do “novo comandante” – portanto, uma concepção do direito como integridade – não prescinde de uma abordagem teórica do instituto. Nessa abordagem, a postura interpretativa assumida pelo juiz colocará à prova sua interpretação da prática jurídica por meio do questionamento e terá como parâmetro a coerência do (e com o) sistema jurídico vigente.

Os pressupostos da delação premiada, assim como seus propósitos e finalidades identificados na prática jurídica, não passam no teste da integridade, tal como propõe a teoria do direito como integridade, de Dworkin. As graves consequências que o instituto gera no campo dos direitos fundamentais não sobrevivem à interpretação pautada pelos princípios mais fundamentais, que devem nortear a atividade do intérprete. Logo, ao adotar uma atitude interpretativa diante do instituto, o intérprete chegará à conclusão de que essa prática, longe de ser desejável, mostra-se deplorável e em nenhum aspecto contribui para o estabelecimento da comunidade de princípios pretendida pela Constituição da República de 1988.

O reconhecimento e a aplicação da delação premiada expressam uma concepção do direito que permite a adesão a procedimentos típicos de um modelo inquisitorial, criados pelo “antigo comandante”, os quais, definitivamente, não se ajustam ao Estado Democrático de Direito do pós-88. O primeiro passo que se reputa fundamental é, portanto, a mudança da concepção do direito do intérprete. Uma concepção que olhe a prática como uma questão de princípio. O ponto de chegada, nesse caso, dependerá do ponto de partida, e os caminhos podem trilhar a integridade no direito ou a sua margem. A escolha é nossa.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico? *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 59, p. 161-192, dez. 2009.
- _____. O controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 829-842.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BEZERRA, Elton. Consultoria deve informar operação suspeita de lavagem. *Revista Consultor Jurídico*, 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-22/coaf-informado-operacao-suspeita-lavagem-partir-marco>>. Acesso em: 28 jan. 2013.
- BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas sobre a teoria da ação*. Campinas: Papirus, 2011.
- BREDA, Juliano. A busca da verdade no processo penal e a delação premiada. In: BITENCOURT, Cézár Roberto (Coord.). *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.
- _____. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 277-297, nov./dez. 2010b.
- CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. Delação premiada e confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 239-253.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal “de emergência”: avaliação nos 20 anos de vigência da Constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1. p. 209-225.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; MALAN, Diogo Rudge (Coord.). *Processo penal e democracia: estudos em*

homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei n.º 12.850/2013)*. Salvador: Juspodivm, 2013

DEUS, Jardel Sabino de. A sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do Direito Penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 99, v. 891, p. 477-494, jan. 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio: manifestação do Direito Penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 203-228, mar./abr. 2013.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários de Francisco Peña. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 147-183.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação premiada: no combate ao crime organizado*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, jul. 2005. Relatório final de pesquisa.

KAFKA, Franz. *O veredicto e na colônia penal*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O estrangeiro: a justiça absurda. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Direito e Psicanálise: interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1-27.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. *Lavagem de dinheiro: os mecanismos de controle penal na justiça federal no combate à criminalidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação no direito brasileiro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 19, p. 25-29, abr./maio 2003.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 929, p. 319-360, mar. 2013a.

_____. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013b.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: FCE, 2007a.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. *Para além do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a.

_____. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010b.

PRADO, Geraldo. Poder negocial (sobre a pena), Common Law e processo penal brasileiro: Meta XXI, em busca de um milhão de presos!? In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 299-316.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório: diálogo com Elio Fazzalari. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 11, n. 2, p. 219-233, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/434/376>>. Acesso em: 4 abr. 2013.

_____. O *semblant* da eficiência do Poder Judiciário: o que aprendi com o *Captain* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 47-56.

_____. Constitucionalismo garantista: notas lógicas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 133-146.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law e Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner*. Jan. 2012. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em: 12 set. 2013.

SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar et al. *Ordenações Filipinas on-line*. Set. 1998. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Sobre o fio da navalha: a justiça criminal entre a eficiência e os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 103, p. 353- 382, jul./ago. 2013.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à delação premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.