

A (in) constitucionalidade dos Acordos de Delação Premiada em Face do Princípio do Devido Processo Legal.

Priscila Carine de Jesus Santos¹

Paulo Afonso Ribeiro Daher Junior²

Wagner Saraiva Ferreira Lemgruber Boechat³

Mariane Silva Paródia⁴

Malu Maria de Lourdes Mendes Pereira⁵

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo promover uma análise sobre o instituto da delação premiada no Brasil, especialmente no que diz respeito à inconstitucionalidade dos acordos por ofenderem ao princípio constitucional do devido processo legal. Para tanto, foi realizada uma abordagem sobre alguns dos princípios, em especial direito ao silêncio, contraditório, ampla defesa e vedação de provas ilícitas, sob a ótica do instituto da delação premiada, com vistas à realização de um juízo crítico sobre o tema aqui referido.

PALAVRAS-CHAVE: Delação premiada. Princípios constitucionais. Lei 12.850/13. Devido processo legal. Inconstitucionalidade.

¹ Acadêmica do curso de graduação em Direito pela Universidade Vale do Rio Verde- Unincor, Campus de Três Corações- MG.

² Professor Orientador. Professor de Direito na Universidade Vale do Rio Verde; Advogado; Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Direito Público.

³ Advogado, consultor ambiental, professor universitário, pós-graduado em Direito Público, Direito Ambiental e Direito Tributário e mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais. Email: estudosdedireitoaplicado@gmail.com

⁴ Advogada, professora universitária e especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera. Email: estudosdedireitoaplicado@gmail.com

⁵ Auditora Fiscal da Receita Estadual (MG) , pós-graduada e mestre pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: estudosdedireitoaplicado@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise sobre o instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente sobre a (in)constitucionalidade na formulação dos acordos frente à possível lesão a garantias fundamentais.

O assunto aparece com relevância atualmente devido a sua grande utilização na 'operação lava jato' e a ampla divulgação nos meios de comunicação.

Para a análise, optou-se pelo método hipotético dedutivo em uma pesquisa bibliográfica.

2. CONCEITO

A palavra delação deriva do latim *delatio*, que significa acusar ou delatar. Enquanto premiada traduz a ideia de concessão de um prêmio ou recompensa pelas informações que prestar.

Também chamada de confissão delatória, a Delação Premiada é uma expressão utilizada no âmbito jurídico, consistente em uma vantagem oferecida ao criminoso para que este confesse sua autoria e delate outros envolvidos na ação delituosa, bem como preste informações que possam ser fundamentais para as investigações.

Nas palavras de Damásio de Jesus (2006, p.9), delação premiada

(...)é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório, ou outro ato processual. Configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios como redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando, etc.

Para Guilherme de Souza Nucci (2008), a delação premiada pressupõe confissão e ocorre *quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma*, o que significa dizer que somente se configura se o acusado, além de atribuir a conduta delituosa à um terceiro participante da ação criminosa, confessar também ter participado.

Assim, é feito um acordo entre o réu e o Ministério Público ou a Polícia, no qual o delator, de forma voluntária, confessa sua participação no crime e delata outros integrantes da ação delituosa, sendo-lhe, ao final do processo, concedidos benefícios em troca das informações prestadas.

Frise-se que ao aceitar o acordo da delação premiada o delator estará abrindo mão do direito ao silêncio e à ampla defesa, previstos na Constituição Federal, para que possa receber algum benefício no momento da aplicação da pena.

3. ORIGEM DA DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada teve seus primeiros indícios na chamada Ordenação das Filipinas, em seu Livro V, Títulos VI e CXVI. Tal Ordenação foi uma legislação espanhola que teve vigência no Brasil e em Portugal durante os períodos do Brasil-colônia e Império, vigorando de janeiro de 1603 a meados de 1830.

Em seu Título VI o participante que delatasse o chamado “Crime de lesa majestade”⁶, desde que não tivesse o organizado, receberia o perdão, pois suas informações fariam com que os delitos se dissipassem. Enquanto no Título CXVI, o perdão seria concedido ao participante que delatasse a participação de um terceiro com quem se associou para a prática dos crimes efetuados.

Nesta época, devido a sua extensa abrangência, a delação premiada previa, inclusive, o perdão judicial aos eventuais delatores.

No período compreendido entre 1830 e 1831 a matéria de direito penal e processo penal foi aos poucos sendo revogada e, posteriormente foi editado o Código Criminal do Império do Brasil.

Com a revogação do Livro V das Ordenações Filipinas, o instituto da delação premiada foi abandonado do nosso ordenamento jurídico, apenas retornando em 1990.

⁶ Crime de lesa-majestade remete à atual Delação premiada. Foi um crime introduzido na Ordenação das Filipinas, que caracterizava o crime praticado contra a família real, contra um de seus membros ou o soberano de um Estado. Referido crime abrangia diversas situações e os condenados eram punidos com execução pública por meio de tortura e seus bens passariam para a Coroa Real.

4. DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao adotar a delação premiada, o objetivo principal do legislador brasileiro foi reprimir a criminalidade, não estabelecendo, um padrão a ser seguido quanto as características e o procedimento.

Embora não exista uma lei que prevê especialmente a delação premiada, no ordenamento jurídico brasileiro o instituto é adotado por diversas leis, conforme percebemos por transcrição abaixo:

- **Artigo 159, § 4º do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal Brasileiro)- Extorsão mediante sequestro:** Artigo 159, § 4º: *Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.* (Brasil, 1996)
- **Lei nº 7.492/86, acrescentada pela Lei 9080/95- crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo:** Artigo 25, § 2º: *Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor 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.* (Brasil, 1995)
- **Lei 8072/90- Lei dos Crimes Hediondos:** Artigo 8º, parágrafo único: *O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.* (Brasil, 1995)
- **Lei nº 9.613/98- crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei:** Artigo 1º, § 5º: *A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à*

identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Brasil, 2012)

- **Lei nº 9.807/99- Lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e, acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal:** Artigo 13: *Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: (...) (Brasil, 1999)*
- **Lei nº 11.343/06- Lei de repressão ao tráfico de drogas:** Artigo 41: *O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores 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.* (Brasil, 2006)
- **Lei nº 12.850/13, revogou a Lei nº 9.034/95- Lei de prevenção ao crime organizado:** Artigo 4º: *O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) (Brasil, 2013)*

Por não haver, uma lei que trate exclusivamente sobre a delação, como explicado acima, pode-se verificar que cada norma que a ela aderiu tem sua forma de tratar sobre o assunto, não havendo uma coerência entre elas.

Porém, se fizermos uma análise mais sensível na Lei 12.850/13, verifica-se que seus dispositivos que tratam sobre a delação são suficientes para regulamentação do instituto nas demais leis.

Como requisitos os acordos de delação exigem a voluntariedade do investigado em delatar, a relevância das declarações, a efetividade da colaboração, a personalidade do colaborador, além de observar as regras presentes nas leis que preveem o instituto.

Em geral, para que seja beneficiado o delator deverá contribuir de forma a identificar outros envolvidos no delito, obter documentos e informações que comprovem a infração, contribuir para a localização de vítimas com vida, bens e valores, recuperação de produtos ligados ao crime praticado, bem como revelar a estrutura da organização criminosa.

No tocante aos benefícios, a legislação brasileira prevê diversas formas de beneficiar o réu delator, a depender de prévia análise da legislação aplicada ao caso que está sendo investigado, podendo resultar na diminuição da pena, aplicação de regime de cumprimento da pena mais brando e, até mesmo, no perdão judicial.

5. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal prevê um conjunto de princípios que irão nortear todo o ordenamento jurídico. Esses princípios são essenciais ao indivíduo e lhe darão proteção contra as atitudes arbitrárias praticadas pelo Estado.

Além disso, a Constituição é tida como fundamento de validade das normas previstas na legislação brasileira e, os princípios por ela estabelecidos dão a orientação de como aplicar as normas editadas posteriormente, não sendo permitida sua violação, sob pena de serem consideradas ilegais.

Plácido e Silva (2014) define princípios da seguinte forma:

Princípio. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa.

Princípios. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito

Conclui-se, portanto, que no Direito os princípios são elencados como fontes jurídicas e considerados ferramentas de grande importância, posto que servem de apoio ao legislador e dão garantia de eficácia às normas jurídicas.

Ainda, os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana também são objetos de proteção acolhidos pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Trata-se o Pacto de São José da Costa Rica de uma Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, tem como objetivo primordial a proteção dos direitos considerados essenciais para pessoa humana.

O referido Pacto, considerando sua indiscutível importância, foi objeto de Emenda Constitucional, a de nº. 45/2004, a qual conferiu aos tratados e convenções de direitos humanos, assinados pelo Brasil, o status de Emenda Constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal que traduz:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

Ressalta-se que seu artigo 1º exige o cumprimento de seus dispositivos da maneira como estão previstos. Vejamos:

Art. 1º: A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apenas por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. (Pacto de São José da Costa Rica, 1969)

Ou seja, nenhuma norma infraconstitucional poderá ser editada, senão em consonância com a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.

5.1. DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Entre os princípios que merecem a devida atenção se encontram o princípio do devido processo legal, que se desdobra nas garantias da ampla defesa, contraditório, direito ao silêncio e vedação das provas ilícitas.

Ressalta-se que esse não é o único princípio previsto pela Constituição, tampouco discutido pelos doutrinadores, mas é o foco do presente trabalho, por ser alvo das maiores críticas sobre a institucionalização da delação premiada, uma vez que os acordos determinam a renúncia a esses direitos.

Previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV, o devido processo legal compreende que *“ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. (BRASIL, 1988)

Tamanha é sua importância, que o princípio do devido processo legal também encontra previsão no artigo 8, inciso 1, do Pacto de São José da Costa Rica com a seguinte redação:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Pacto de São José da Costa Rica, 1969)

O devido processo legal garante a todo indivíduo o direito a um processo com observância de todas as fases estabelecidas pela lei e o respeito por todas as garantias constitucionais, sob pena de nulidade do processo.

O referido princípio preza pela garantia dos direitos fundamentais e assegura que o indivíduo não poderá ter seus bens e sua liberdade restritos sem a observância dessas garantias.

Nesta acepção, determina o limite de atuação do Estado, ou seja, este deve agir vinculado ao que determina a Constituição Federal, assegurando ao indivíduo a proteção aos seus direitos, plenitude de defesa e o respeito a sua liberdade, vedando, assim, qualquer atitude arbitrária de sua parte.

Ao observar os limites constitucionais, o respeito ao devido processo legal assegura que o réu é presumidamente inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impondo à acusação o ônus integral da prova. Garante, também, ao acusado o direito de defender-se da acusação que lhe está sendo imputada, respeitando o contraditório e ampla defesa, além de resguardar sua liberdade individual. Ainda, estabelece limites para a coleta de elementos probatórios, evitando que provas obtidas de forma ilícita entrem no processo e prejudique aquele que está sendo acusado.

Assim, observa-se que o direito ao silêncio, a ampla defesa, o contraditório e a proibição das provas ilícitas, são indispensáveis ao deslinde do processo, assegurando ao investigado o direito à defesa técnica e pessoal, direito de permanecer em silêncio e não produzir provas que lhe sejam prejudiciais, juntar provas nos autos, ser informado sobre os atos praticados no processo, etc.

Entretanto, essas garantias só se fazem efetivas se houver um processo justo, que tramite nos seus exatos termos, ou seja, se houver o devido processo legal.

5.1.1. DA GARANTIA DO DIREITO AO SILÊNCIO E NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO

A Constituição Federal inseriu em seu artigo 5º, inciso LXIII o direito ao silêncio, com a seguinte previsão:

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL, 1988)

Ainda, o direito ao silêncio também encontra previsão no Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 8º, inciso 2, e dispõe que:

toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante todo o processo toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

II- toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada (Pacto de São José da Costa Rica, 1969)

O direito ao silêncio é garantia constitucional que permite ao acusado o direito de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si mesmo, para que não dê ensejo a uma autoincriminação. Da mesma forma assegura que o acusado não poderá ser coagido para produzir provas que lhe prejudique posteriormente na fase probatória.

Neste sentido, a Constituição ainda assegura a inocência do acusado até que seja proferida sentença condenatória e esta tenha transitado em julgado, não permitindo a violação de referido direito, nem que o Estado se utilize de coação para que o indivíduo abra mão de sua garantia.

Ressalta-se que, embora a lei faça menção somente ao preso, é importante destacar que tal princípio deve ser entendido de forma ampla e ser estendido àqueles acusados que se encontram em liberdade.

5.1.2. DA GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Estes princípios estão previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988),

O princípio do contraditório pode ser definido como a participação das partes no processo para impugnar as alegações que vão de encontro ao seu interesse, de forma a contribuir no para o convencimento do juiz.

Pode-se dizer que o contraditório é uma ferramenta da defesa. Por ele, o acusado terá conhecimento do que lhe está sendo imputado e irá confrontar as provas e a acusação que lhe estão sendo direcionadas.

Em relação às provas a serem produzidas, o contraditório é considerado um dos requisitos de validade do processo e sua não observância, se acarretar prejuízo ao acusado, poderá ocasionar nulidade do processo.

Para Aury Lopes Jr. (2012) “o contraditório tem dois momentos: informação e reação. É, essencialmente, o direito de ser informado e de participar do processo com igualdade de armas”.

Já a ampla defesa garante ao acusado o direito de juntar aos autos todos os meios de provas que julgue necessários e pertinentes ao deslinde da ação e

elucidação dos fatos, para contrariar a acusação que lhe é imputada. Para tanto, será assegurada a defesa técnica em que será assistido por um advogado e, defesa pessoal, em que o próprio réu exercerá sua defesa, por meio de depoimento, provas, acareação ou até mesmo o silêncio.

O Pacto de São José da Costa também regula o direito da ampla defesa, em seu artigo 8º, inciso 1, nos seguintes termos:

I- Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
(Pacto de São José da Costa Rica, 1969)

Observa-se então que ambos os princípios estão interligados e são ferramentas imprescindíveis para o processo, não permitindo que dela se disponha.

5.1.3. DA GARANTIA DA PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

O princípio da vedação das provas ilícitas tem como finalidade estabelecer limites ao direito de provas, não permitindo a colheita de provas em desconformidade com o ordenamento jurídico.

As provas são consideradas meios de demonstrar tudo o que for alegado no processo, buscando se a verdade dos fatos e no final irá contribuir para o convencimento do juiz no momento da prolação da sentença.

Mediante o disposto no artigo 5º, inciso LVI, a Constituição Federal Brasileira prevê que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (BRASIL, 1988), ou seja, a própria Constituição proíbe que as provas obtidas por meios ilícitos, na fase de inquérito ou processual, sejam utilizadas no âmbito processual, devendo referido princípio ser observado em todos os momentos de obtenção de provas.

Segundo o professor Humberto Theodoro Junior (THEODORO JÚNIOR, 2014):

quando veda a prova obtida ilicitamente, o que tem em mira o preceito constitucional não é o fato processual em si mesmo, mas a necessidade do coibir e desestimular a violação às garantias que a Carta Magna e o ordenamento jurídico que a complementa instituíram como regras indispensáveis à dignidade humana e à manutenção do império da lei.

Vale destacar que são consideradas ilícitas todas as provas que forem obtidas com violação a alguma norma de direito material, a própria Constituição Federal, aos costumes e princípios, motivando a sua inadmissibilidade no processo. Caso as provas ilícitas sejam juntadas ao processo, não terão qualquer efeito probatório, tampouco poderão influenciar na decisão do magistrado.

6. A INCONSTITUCIONALIDADE NOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada vem sendo muito utilizada no âmbito processual, principalmente na chamada “Operação Lava Jato”, porém o instituto ainda divide opiniões acerca da sua aplicabilidade.

Como delineado acima, a delação não tem uma lei exclusiva que estabeleça seu procedimento, porém com a edição da Lei 12.850/13, foi dado um norte para a aplicação do instituto.

A Lei 12.850/13 legisla sobre a delação nos artigos 4º ao 7º, cujo título recebeu o nome de Colaboração Premiada e dispõe sobre o procedimento, acordo, colaboração do investigado e como serão concedidos os benefícios.

Embora a delação seja o instrumento de combate à criminalidade que vem sendo utilizado com frequência atualmente, uma das grandes discussões gira em torno da manifesta inconstitucionalidade dos acordos assinados pelas ofensas aos direitos e garantias fundamentais que conteriam.

Ao analisarmos rigorosamente o artigo 4º da Lei 12.850/13, verificamos as inúmeras irregularidades na formulação dos acordos de delação que compõem a lei, isso porque os dispositivos preveem a renúncia aos direitos e garantias constitucionais, em especial, seu parágrafo 14, por ser o assunto principal do trabalho em questão. Por isso, merece transcrição:

nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso de dizer a verdade. (BRASIL, 2013).

Neste sentido, muitos doutrinadores fazem uma forte crítica quanto a aplicação do instituto no direito brasileiro por entenderem que sua aplicação violaria a Constituição Federal.

Nos acordos de delação premiada, extrair a confissão do réu é objetivo primordial dos órgãos responsáveis pela investigação e condução do processo. Para isto, utilizam de todas as manobras que estiverem a sua disposição para obtê-la, obrigando indiretamente o investigado a confessar e prestar informações que sejam interessantes às investigações, sob o pretexto de colaborar com a Justiça.

Para isso, a autoridade policial ou ministerial vem se valendo dos termos do acordo, da prisão preventiva, provisória ou em flagrante como meio de obtenção da confissão. Assim, observa-se que ao optar pela delação, esta decisão não está isenta de coação por parte dos responsáveis pela acusação.

Neste caso, aquele que está sendo investigado, quando não estiver preso preventivamente, já tem conhecimento da acusação que lhe está sendo imposta e prevê uma condenação com possível excesso praticado pelo julgador, dentre outros fatores que causam determinada pressão e o leva a aceitar a delação.

Além disso, embora possa ser absolvido ao final do devido processo legal, o réu imagina o tempo da prisão ou do encarceramento que estará sujeito, aceitando de maneira forçada colaborar com a justiça, objetivando diminuir sua pena com a aplicação da atenuante da confissão.

Nesse aspecto, não pode-se deixar de descartar a hipótese de que o investigado sofre tortura psicológica pela maneira como as investigações são conduzidas. Ao prender o acusado para obter a confissão, as autoridades não praticam a tortura física, mas não afastam a tortura psicológica.

Qualquer tipo de sofrimento mental, humilhações e xingamentos, caracterizam tortura psicológica. Aquele que está sendo investigado fica submisso às autoridades responsáveis pela investigação e ao ser preso será submetido à tratamentos capazes de causar um desequilíbrio mental, atingindo, conseqüentemente, sua integridade psíquica e moral. Assim, o investigado se desespera e fica mais fácil obter a “verdade” dos fatos.

Importante salientar que os métodos utilizados para manipulação psicológica causam danos da mesma forma que os utilizados para a tortura física.

Para Cezar Bitencourt (2014):

prende-se para desgastar, subjugar, ameaçar e forçar a “colaboração premiada”! Aliás, a própria autoridade repressora reconhece, oficialmente, em seu parecer, que esse é o objetivo maior das prisões e tem sido exitoso: arrancar a confissão e forçar a “delação”! Retornamos à Idade Média, quando às ordalhas e a tortura também tinham objetivo de arrancar a confissão, e também eram cem por cento exitosas! Só falta torturar fisicamente, por que psicologicamente já está correndo!

Também entendendo pela configuração de tortura psicológica, Cândido Furtado assevera que:

A delação no direito penal moderno é pessoal e espontânea; mas não está livre de pressão psicológica; posto que o réu se encontra pressionado pelos termos da investigação, da prisão preventiva, da imputação generalizada ou exacerbada, e de condenação antecipada, em base à severidade das penas cominadas aos crimes que lhe são anunciados.

(...)

Hoje, não mais se admite a “tortura física” para fins de confissão ou delação, sendo crime de lesa humanidade e contra o sistema acusatório democrático em base aos Direitos Humanos. Mas vigora de maneira velada a “tortura psíquica”, na forma de “delação premiada”. (MAIA NETO, 2012)

Ainda, ao considerar-se o direito ao silêncio, nos esbarra-se com o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado de decisão condenatória, uma vez que o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, assegura nos seguintes termos que: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. (BRASIL, 1988)

Qualquer pessoa, acusada de algum crime, tem direito ao silêncio. Ao assegurá-lo, a Constituição garante que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, para que não haja uma autoincriminação, atribuindo ao órgão responsável pela acusação o ônus de produzir a prova.

Inconstitucional também exigir que um investigado seja obrigado a dizer a verdade. Ora, num acordo colaboração premiada, ao assumir o compromisso legal de dizer a verdade, se o julgador entender que a confissão do acusado não foi válida, este terá produzido provas contra sua própria pessoa, o que lhe seria totalmente prejudicial, além de incorrer em crime de falso testemunho. Não se pode, portanto, exigir o compromisso legal de um delator.

Levando em consideração o próprio conceito e as características do instituto, necessário se faz para sua caracterização, que o delator, além de incriminar terceiros, confesse sua prática na ação delituosa. Seria o mesmo dizer que para que o delator receba os benefícios do instituto, ele estará “obrigado” a abrir mão de se defender do fato, atribuindo a si mesmo uma conduta criminosa.

Ademais, com a delação premiada, as provas colhidas vão de encontro com a Constituição, pois, se o réu confessa, a própria lei que traduz o instituto determina que ele deverá renunciar o direito ao silêncio, fazendo com que a confissão seja obtida sem que lhe sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório, confrontando norma constitucional.

Isso ocorre, pois, o colaborador, passa a ser a principal fonte de prova no processo, uma vez que a confissão se torna uma prova suficiente a ensejar sua condenação. Nesse passo, ao confeccionar o referido artigo e seu parágrafo, determinando que o delator abra mão do seu silêncio, não deixa de ser uma forma indireta de o legislador desrespeitar a garantia constitucional de o indivíduo não produzir prova contra si mesmo, bem como, tira do advogado todos os mecanismos de defesa, não oportunizando o contraditório e a ampla defesa ao delatado.

Assim, resta demonstrado que basta a confissão feita para considerar todas as outras provas ilícitas. Isto porque, a confissão já retira do acusado o direito do devido processo legal.

E mais, embora o artigo 4º, parágrafo 16, da Lei 12.850/13 expõe a previsão de que *“nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”* (BRASIL, 2013), não pode-se descartar a ilicitude das demais provas.

Se, além da confissão necessária, o próprio artigo 4º em seu parágrafo 1º elenca as informações que o delator deverá prestar, bem como as provas que deverão ser apresentadas para confirmação das suas declarações, por exemplo, o número da conta bancária, o número de celular dos outros envolvidos, etc. estas provas também estariam contaminadas pela ilicitude, pois derivam da primeira prova obtida por meio ilícito: a confissão.

Portanto, estar-se-ia diante da chamada Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados.

Por essa teoria uma prova será contaminada quando for obtida por meio de uma prova ilícita, mesmo que obtida de forma lícita, uma vez que a prova contaminada só teve origem pela prática da prova ilícita produzida anteriormente.

De acordo com o advogado Alexandre de Moraes (2014):

A inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas não tem o condão de gerar a nulidade de todo o processo, pois, a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos (HC 69.912/RS, HC 74.152/SP, RHC 74.807-4/MT, HC 75.8926/RJ, HC 76.231/RJ); entretanto, a consequência da ilicitude da prova é sua imediata nulidade e imprestabilidade como meio de prova, além da contaminação de todas as provas que dela derivarem.

Verifica-se assim, que a violação desse direito torna ilícita a prova obtida, devendo esta ser desentranhada dos autos.

Outro ponto a ser observado é que a delação premiada exige como requisito a voluntariedade da confissão, afastando a renúncia à direitos, porém, com a coação psíquica a essencialidade deste requisito fica estremecida, pois o investigado não vê outra alternativa a não ser delatar.

Partindo deste ponto, se está diante de uma delação involuntária e, uma vez descaracterizado este requisito, pode se afirmar que se estará diante de uma prova ilícita.

A voluntariedade exigida como um dos requisitos da delação premiada deve ser livre de qualquer coação que incite o acusado a delatar, sob pena de considerar a confissão ilícita.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. explica que o acordo de delação “é firmado sob coação e fere a autonomia da vontade, além de violar garantias fundamentais como o direito ao silêncio”. (LOPES JR., 2015)

Ainda critica, que “nos acordos criminais, como os de aplicação consensual da pena e de delação premiada, o acusado é sempre coagido pelo Ministério Público para aceitar a proposta oferecida pelo órgão, pois está sob a pena de receber uma punição maior caso recuse a oferta e decida se submeter a julgamento. Com isso, o

compromisso fica viciado, já que não se dá por livre escolha. Outro vício deste tipo de transação diz respeito ao seu objeto, a liberdade do acusado, um direito indisponível, portanto, inegociável”. (LOPES JR., 2015)

Deste modo, não pode o Estado utilizar-se da arbitrariedade para que o investigado renuncie ao seu direito, tornando inconstitucional o acordo de delação premiada, vez que prende o delator para obter a confissão e o obriga a renunciar direitos que lhe são assegurados constitucionalmente.

Assim, apesar do Estado não praticar a tortura física, ele pratica a tortura psíquica. Com isso, o investigado não vê outra opção a não ser escolher se exercerá seus direitos constitucionais e sofrer uma rígida punição estatal, ou se arrisca a confessar, abrindo mão de seus direitos e receber um suposto prêmio ao final, como redução na pena, regime de cumprimento da pena mais brando ou até mesmo o perdão judicial.

Ora, não há espaço para que o investigado rejeite a proposta feita por parte da acusação. Com isso, as autoridades conseguem atingir seus interesses.

Passa-se a ter então um direito que visa as políticas do Estado e não os objetivos da sociedade, uma vez que os órgãos investigadores e acusadores passam por cima da Constituição para conseguir atingir seus objetivos.

Para o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

É evidente que há abuso e excesso. A delação premiada não é um instituto que existe para coagir. Você prende uma pessoa e a mantém presa até que faça uma delação? Isso é coação. Delação deveria ser espontânea. (MELO, 2015).

Além disso, não pode-se deixar de observar que, na formulação dos acordos, o legislador faz com que delatores abram mão de seus direitos fundamentais condicionados a um benefício incerto, pois sendo o acordo formulado entre o Ministério Público e o réu, sem a presença do juiz, pode não ser por este homologado, caso discorde dos termos constantes, conforme dispõe o parágrafo 8º, do artigo 4º da Lei 12.850/13.

Não se descarta também, a possibilidade de o delator abrir mão de suas garantias ao prestar as informações à acusação e esta se recusar a assinar o

acordo. Ocorre que, antes de assinarem o acordo, são feitas as negociações, momento em que a autoridade responsável pela investigação tem acesso às informações que o delator tem a prestar e pode não querer assinar o acordo depois, por achar que as informações não serão satisfatórias e compensatórias à acusação e, restando- se insuficientes para ensejar o benefício.

Para a criminalista Maíra Beauchamp Salomi (Apud Vasconcellos e Rover, 2014), a delação premiada configura insegurança jurídica ao delator, pois, *“a lei não traz critérios claros e quem negocia é o MP. Ele precisa primeiro saber quais são os fatos que você tem para relatar, para depois analisar quais seriam os benefícios que poderia dar. E mesmo assim, quem decide se os benefícios serão mesmo dados é só o juiz, que inclusive pode discordar de tudo e te tratar como um acusado qualquer”*.

Claro que será mais atraente para uma pessoa que está na iminência de receber uma condenação procurar meios de ter uma punição menos severa. Com isso, os investigados são seduzidos pelas faces da delação premiada e aceitam colaborar com as autoridades.

Porém, cumpre salientar que, ao investigado é muito mais benéfica uma possível sentença absolutória, do que a aplicação dos benefícios decorrentes da confissão, principalmente quando o legislador decide passar por cima da Constituição.

Patente que um delator não está obrigado a aceitar o acordo de delação, mas a partir do momento que o Estado se utiliza da prisão para obter a confissão, a voluntariedade fica comprometida pela coação.

Portanto, por considerar que a confissão foi obtida violando preceitos da Constituição, a delação torna se ilícita e inadmissível no processo.

Ora, verifica-se então, que os acordos de colaboração premiada são manifestamente inconstitucionais, enquanto o Estado prende o investigado para fragiliza-lo e força-lo a optar pela colaboração premiada.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das abordagens, foi possível verificar que, embora a Delação premiada venha sendo muito utilizada no Brasil, sob o argumento de combate à criminalidade, sua aplicabilidade ainda é muito criticada, pois, é evidente que os acordos da colaboração premiada são eivados de inconstitucionalidade em alguns aspectos.

Na grande maioria dos acordos celebrados, senão em todos, as autoridades responsáveis pela investigação e acusação vem se valendo da prisão e promessas de prêmios para obterem as provas que precisam. Após obterem as informações necessárias, de forma imediata, restituem a liberdade do investigado, ou seja, condicionam a liberdade do indivíduo à delação que prestar.

Embora aplicada em forma de benefício, a delação deixa de ser considerada válida e passa a ser inconstitucional, já que leis infraconstitucionais violam princípios previstos pela Constituição e pelo Pacto de São José da Costa Rica, retirando do investigado suas garantias e, este entra em confronto com a acusação despido de seus direitos e, o Estado, valendo de seu poder de superioridade, se utiliza da prisão para obter a confissão.

É inadmissível o uso de coação em face de um denunciado para que este renuncie as suas garantias constitucionais e preste informações necessárias a um órgão acusador, com a promessa de um prêmio ao final. Mesmo porque, cabe à acusação o ônus de provar os fatos alegados na peça investigativa ou acusatória.

Veja-se, portanto, que, uma vez pressionado a confessar, o delator perde todas suas chances de defesa.

Nesse sentido, vale repisar que a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica asseguram a todo indivíduo o direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, garantindo até o final do devido processo legal a presunção de inocência do investigado.

Ainda, no que diz respeito às provas obtidas, com ofensa aos outros princípios e obtidas por meio de coação estatal, é indiscutível a carga de ilicitude que nelas contem, não podendo assim, serem admitidas no processo, tampouco em consonância com outras provas.

Embora a própria lei determine que a condenação não será baseada apenas na delação, esta mesma lei determina as informações que deverão ser prestadas pelo delator, ou seja, estas já serão suficientes para convencimento do julgador.

Além disso, não se pode descartar a hipótese de que negociações e confissões precoces poderão dar ensejo a prejuízo ao investigado, que perderá todas as chances de uma possível absolvição ao final do processo.

Assim, não se pode deixar de observar nos acordos de delação premiada pautados no artigo 4º, parágrafo 14 da Lei 12.850/13, que sua inconstitucionalidade está escancarada.

As garantias constitucionais não podem ser renunciadas, principalmente em se tratando de delação premiada. Essas garantias, previstas não apenas na Constituição, mas, também ratificadas pelos Pactos internacionais, são consideradas armas de defesa do acusado contra as arbitrariedades do Estado.

O Estado deve buscar maneiras de combater a criminalidade, sem que ofenda os dispositivos fundamentais previstos na Constituição e que são essenciais a qualquer pessoa, em especial àquele que está sendo acusado.

As garantias previstas constitucionalmente devem ser observadas e respeitadas a todo tempo, sem a necessidade de suplicar por elas sempre que delas necessitar, posto que, asseguram juridicamente toda sociedade.

REFERÊNCIAS

AMERICANOS, Organização dos Estados. **PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04/11/2015.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 2.848, de 07/12/1940. Código Penal**. 39 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. **Lei 7.492 de 1986**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L7492.htm>>. Acesso em: 04/11/2015.

BRASIL, **Lei 8.072 de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 04/11/2015.

BRASIL, **Lei 9.613 de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613>. Acesso em: 04/11/2015.

BRASIL, **Lei 9.807 de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm>. Acesso em: 04/11/2015.

BRASIL, **Lei 11.343 de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 04/11/2015.

BRASIL, **Lei 12.850 de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 04/11/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04/11/2015.

MORAES, Alexandre de. **O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas>>. Acesso em: 04/11/2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada na "lava jato" está eivada de inconstitucionalidades. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 08/11/2015.

MELLO, Celso Antônio de. **Jurista critica atuação de Moro e coação com prisões na Lava Jato**. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/jurista-critica-atuacao-de-moro-e-coacao-com-prisoas-na-lava-jato/>>. Acesso em: 09/11/2015.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MAIA NETO, Cândido Furtado, in **“Promotor de Justiça e Direitos Humanos”**, 3ª ed. Juruá, Curitiba, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **A gravação de conversa telefônica como meio de prova**. www.oab-mg.org.br. Disponível em: <<http://frederickvitilio.blogspot.com.br/2011/03/prova-ilicita-nos-processos-judiciais.html>>. Acesso em 12/11/2015.

VASCONCELLOS, Marcos de. ROVER, Tadeu. **Delação premiada é usada até para "esquentar" prova ilícita, acusam advogados**. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2014-set-20/delacao-premiada-usada-esquentar-prova-ilicita>>. Acesso em 12/11/2015.