

**A Expansão do Direito Penal Colhendo seus Frutos:  
Uma Análise da Delação Premiada no Sistema Jurídico Brasileiro**

Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior\*

**Resumo:** A partir do contexto da globalização e de suas conseqüências para a ciência penal, especialmente no que diz respeito à inflação legislativa, traz o texto uma análise jurídica do instituto da delação premiada no Brasil. Para tanto, aborda-se a conceituação e previsão legal do instituto no Brasil e a ilegalidade da sua respectiva aplicação quando associada às prisões cautelares e ao segredo de justiça. Analisa-se, ainda, a desproporcionalidade da aplicação da pena nos casos em que se efetiva a delação premiada, bem como se conclui que as conseqüências da sua prática no Brasil têm redundado em mais desigualdade, injustiça e déficit operacional do direito penal, que têm sido transmitidas, como historicamente ocorre no Brasil, como a verdadeira eficácia do instituto.

**Abstract:** From the context of the globalization and its consequences for the penal science, specially regarding legislative inflation, the text presents a legal analysis of the instituting of the awarded delation in Brazil. For that purpose, the concept and the legal forecast of the instituting in Brazil, as well as the illegality of its respective application when associated to the precautionary arrests and to the Justice Secret are broached. It is still analysed how disproportional the penalty is in the cases when the awarded delation is brought into effect, as well as one concludes that the consequences of its practice in Brazil have resulted in more inequality, injustice and operational deficit of the penal law – which have been transmitted as it historically occurs in Brazil, like a true efficacy of the instituting.

**Palavras-Chaves:** Direito Penal – Delação Premiada – Sistema Jurídico Brasileiro.

**Key Words:** Criminal Law – Awarded Delation – Brazilian Legal System

### 1 Introdução

*“Senhor, o crime não dorme; e este he de tal natureza que cumpre mais que nunca que o governo o esmague, e não se deixe prender por acanhadas considerações de despesa, ou de politica. O Brazil ameçado reclama justiça e energia”<sup>1</sup>*

A atualidade do editorial do jornal carioca de 1835 é mais uma das várias manifestações que poderíamos nos utilizar para demonstrar a recorrência, em nossa formação, da restrição de garantias individuais e intervenção do direito

\* Professor de Direito Penal na UniBrasil e no Curso de Pós-graduação de Direito Penal e Processual Penal da ABDCONST. Mestre em Direito pela UFPR. Advogado criminal militante.

<sup>1</sup> Jornal Aurora Fluminense, nº 1032. Rio de Janeiro, 27 de março de 1835, pp. 38-24-25.

**A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS:  
UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

penal.<sup>2</sup> De fato, como afirma Vera Malaguti Batista, “*Ao contrário da crônica contemporânea da utopia retrógrada, que imaginava um Rio antigo sereno e bucólico, já se temia a movimentação de homens armados, com especial atenção para negros armados(...)*”,<sup>3</sup> donde podemos ler que imperava, na década de 30 do século XIX, uma profunda inquietação das elites, na capital do Império.

O medo provocado pela ameaça de uma revolta dos escravos, à exemplo da guerra de raças que ocorrera no Haiti,<sup>4</sup> da mesma forma que o medo hoje provocado pelo tráfico de drogas, são combatidos com as mesmas e ineficazes armas: leis criminais e supressão de direitos.

O grande paradoxo aqui é que se hoje é unânime a crítica às penas e aflições impingidas aos negros de então, é árdua a missão de percebermos que outras injustiças e exclusões podem estar ocorrendo na atualidade, e pior, sob o beneplácito do direito oficial, como então ocorria com os açoites em praça pública.

É que, tal qual no período monárquico, as exclusões e injustiças são normalmente percebidas pela sociedade que a rodeia, e principalmente, pelos operadores do direito, como ente natural e intrínseco à realidade, da mesma forma que a discriminação da mulher e o voto censitário, também foram percebidos como partes integrantes e inafastáveis da realidade em seus respectivos tempos históricos.<sup>5</sup>

Nossa perspectiva é a de que a análise dos institutos jurídicos na atualidade, e mormente em nosso país, não podem se afastar desse pano de fundo. As injustiças, em qualquer tempo histórico, ao contrário de serem inerentes à realidade, são construções históricas, frutos de determinações sociais, políticas, econômicas, jurídicas, dentre outras causas. Processo ao qual, se não estivermos atentamente conectados, poderá nos conduzir ao deslize ideológico de perceber uma dada construção – datada historicamente – como se fosse um dogma, um elemento da natureza, e que, como tal, não pode ser “desconstruída”.

O objetivo do presente artigo é justamente o de trazer algumas perspectivas para o enfrentamento da questão da delação premiada, que, apesar de ser concebida e adotada por diplomas legislativos pátrios como um apanágio na luta contra a criminalidade, mormente a organizada, pode se mostrar como fonte de inesgotáveis injustiças, como pretendemos demonstrar.

Nossa análise é a de que a visualização do instituto a partir de uma mera interpretação literal dos diplomas legislativos em que se encontra positivado, ou a

<sup>2</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 193.

<sup>3</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...* p. 173.

<sup>4</sup> José Murilo de Carvalho, inclusive, assevera que a postura contra a escravidão tem início com o medo do haitianismo. (CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem – A elite política imperial / Teatro de sombras – A política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 295).

<sup>5</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 20

partir das intenções do legislador que a positivou, não são suficientes para percebermos toda a lógica do direito penal e de como a delação premiada dialoga e ainda é fruto dessa lógica. Da mesma forma, escapar-nos-ia a sua utilização prática, bem como quais as perspectivas que se apontam diante desta. Esse itinerário, praticamente oculto na literatura jurídico brasileira é o que pretendemos percorrer nas próximas páginas.

## - 2 Globalização e Inflação Legislativa

Permanece ainda irresoluta a denominação do Direito na atualidade. Se podemos denominá-lo de globalizado, de pós-moderno, ou de neoliberal, somente a história nos poderá falar.<sup>6</sup> Contudo, antes disso, não se pode deixar de verificar os efeitos que o atual paradigma tem causado ao Direito, num primeiro momento, para, em seguida, verificarmos os efeitos para o Direito penal.

Dentre todos os efeitos que poderiam ser abordados, e que não o são, evidentemente por refugirem aos exíguos objetivos do presente artigo, é de se citar o fenômeno da inflação legislativa. Trata-se do intenso processo de proliferação de leis, que tem conduzido a uma jurisdização de tudo, na mesma proporção em que abala o princípio da presunção de que todos conhecem a lei.<sup>7</sup>

Boaventura de Sousa Santos explica que *"O Estado moderno, não obstante apresentar-se como um Estado minimalista, é, potencialmente, um Estado maximalista, pois a sociedade civil, enquanto o outro do Estado, auto-reproduz-se através de leis e regulações que dimanam do Estado e para as quais não parecem existir limites, desde que as regras democráticas da produção de leis sejam respeitadas"*.<sup>8</sup>

Essa excessiva produção jurídica, que acompanhamos diariamente nos jornais – seja os da imprensa comercial ou oficial – faz com que o direito, somando-se aos valores que encarta, como a liberdade, a igualdade, a autonomia, a justiça, e a solidariedade, carreguem uma sobrecarga simbólica, e um excesso de sentidos, que se transforma em paralisia da eficácia e, portanto, em neutralização.<sup>9</sup> Em suma, temos uma

<sup>6</sup> ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. "Uma Leitura da contemporaneidade jurídica frente à pós-modernidade, à globalização e ao neoliberalismo". In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Porto Alegre: Síntese, v. 35, 2001, pp. 189-204.

<sup>7</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 54. Da mesma forma aqui, poderia ser citado os efeitos dessa situação para questões como a culpabilidade (SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Editora Fórum, 2004) contudo, novamente deixa-se de citar esse aspecto por refugir aos limites propostos pelo artigo.

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *As tensões da modernidade*. Disponível em <http://www.no.com.br>. Acesso em 15 de dezembro de 2000.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, v. 1, p. 92. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS: UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

intensa produção legislativa, cujo escopo é regular e estabelecer como se darão as relações sociais, mas que colhe o alheamento dessas relações sociais às regras jurídicas, tal qual o som, que, de tão alto, torna-se inaudível, ou a luz, que de tão intensa, ao contrário de facilitar a visão, passa a cegar.

### 3 Inflação Legislativa no Âmbito do Direito Penal: A Expansão do Direito Penal

Luiz Flávio Gomes ao abordar os efeitos da globalização para o direito penal na atualidade,<sup>10</sup> destaca, dentre outros, os seguintes aspectos:<sup>11</sup> a) criminalização ao invés de descriminalização (postula-se a criminalização da microcriminalidade pelas classes conservadoras com expressivo apoio da mídia e da criminalização dos poderosos pela esquerda); b) frequentes e parciais alterações pelo legislador da parte especial do Código Penal ou edição de leis especiais; c) aumento dos marcos penais dos delitos clássicos com exacerbação punitiva; d) produção de leis penais com menosprezo ao princípio da lesividade; e) uso do direito penal como instrumento de política de segurança; e) pouca preocupação com os princípios da igualdade e da proporcionalidade que se demonstram no exagero das penas impostas; e f) mudanças no processo penal principalmente através de corte de garantias e direitos.

Poder-se-ia externar que o fio condutor de todas essas transformações se dão no sentido de que, se existem mudanças penais, essas sempre se darão para instrumentalizar uma maior repressão. E repressão essa que se expressa pelo aumento de crimes e penas ao mesmo tempo em que se diminuem as garantias e direitos do cidadão.

Nesse diapasão, deve-se destacar também o posicionamento de Jesús-María Silva Sánchez que também aborda o que denomina de Expansão do Direito Penal,<sup>12</sup> explicando-a, dentre outras razões pelas seguintes: a) novos interesses penalmente tuteláveis; b) efetivo aparecimento de novos riscos (boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos

<sup>10</sup> GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>11</sup> Os outros aspectos abordados pelo autor na mesma obra seriam: a) preferência por bens jurídicos supraindividuais, forçados de forma vaga e porosa; b) emprego da técnica dos delitos de perigo abstrato: art. 15 da Lei 7802/89 (mera desobediência administrativa); c) erosão do conteúdo da norma de conduta (do que está proibido): deslocamento dos limites do conteúdo do injusto a difusos setores da administração pública; d) transformações funcionalistas de clássicas diferenciações dogmáticas (autoría e participação, consumação e tentativa, dolo e imprudência); e) responsabilidade penal da pessoa jurídica; f) endurecimento da fase executiva da pena; g) privatização ou terceirização da Justiça.

<sup>12</sup> SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

adotam no manejo dos avanços técnicos<sup>13</sup>); c) sensação social de insegurança (que é catapultada pela atuação dos meios de comunicação<sup>14</sup>); d) identificação da maioria com a vítima do delito; e) descrédito de outras instâncias de proteção (como o direito civil e o direito administrativo<sup>15</sup>); f) atitude da esquerda política (que têm assumido o comportamento esquizofrênico de criticar a criminalização dos *powerless* pois não funciona para combater o crime, ao mesmo tempo em que propugnam pela criminalização dos *powerful*<sup>16</sup>) e g) o gerencialismo (o modelo de justiça negociada).

O fato é que todo esse processo redundando num ambiente em que de *ultima ratio*, transforma-se o Direito penal em *prima ratio*, lançando mão o Estado da técnica legislativa-penal para criar a ilusão de que algo está sendo feito, para definitivamente virar as costas para o problema.

O direito penal se transforma num mecanismo ilusório, constituindo-se em uma das expressões cabais daquilo que Marcelo Neves denomina de legislação simbólica,<sup>17</sup> expressão com a qual pretende significar o uso do direito que teria a finalidade não mais de guiar a sociedade, mas sim de confortá-la, no sentido de encobrir as contradições e irracionalidades da realidade, apresentando-a como algo governado pela razão, sem contradições.<sup>18</sup>

Dentro da classificação proposta por Neves para o fenômeno,<sup>19</sup> é de se destacar que o campo penal se definiria como sendo a *legislação-álibi*, que se constituiria “na

<sup>13</sup> SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão...* p. 29.

<sup>14</sup> SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão...* p. 37.

<sup>15</sup> SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão...* pp. 60-61.

<sup>16</sup> SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão...* pp. 66-67.

<sup>17</sup> A aplicabilidade da classificação “simbólica”, ao campo penal, data da própria origem da expressão “para inglês ver”. Segundo Boris Fausto, no ano de 1826, tentando debelar do planeta o tráfico e a escravidão negra, a Inglaterra firmou tratado com o Brasil, no qual se considerava ilegal o tráfico de escravos. Tendo esse tratado entrado em vigor apenas no ano seguinte, começou a ter eficácia somente em 1830, por sua própria disposição legal. Através de lei datada de 07 de novembro de 1831, pretendeu-se regulamentar o citado tratado, prevendo-se aplicação de penas severas aos traficantes e declarando-se livres os cativos que aqui entrassem após aquela data. Ocorre que, logo após esta sucessão legislativa, o fluxo do tráfico para nosso país efetivamente caiu. Não obstante, pouco tempo depois, voltou ao normal. Os traficantes, da mesma forma, não eram malvistas nas camadas dominantes e os júris locais, controlados pelos grandes proprietários, absolviam os poucos acusados que iam a julgamento. Nas palavras de Boris FAUSTO, “A lei de 1831 foi considerada uma lei ‘para inglês ver’. Daí em diante, essa expressão, hoje fora de moda, se tornou comum para indicar alguma atitude que só tem aparência e não é para valer”. (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 6ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, pp. 193-194)

<sup>18</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 28.

<sup>19</sup> As demais classificações são a legislação simbólica para a *confirmação de valores sociais*, a qual revela o posicionamento, ou mesmo a preferência do legislador, dentre os valores e conflitos sociais dos grupos em confronto social e *legislação como fórmula de compromisso dilatatório*, na qual, os grupos envolvidos nos embates legislativos aprovariam, consensualmente, ato legislativo ineficaz, para transferir a solução do conflito para um futuro indeterminado, em que todos nós, os legisladores, já estaremos mortos, e assim, o problema não será mais nosso. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização...* p. 34)

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS: UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

*tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador”*.<sup>20</sup> Esta, além de se mostrar totalmente inócua, deixando os problemas sem solução, seria, além disso, uma obstrução à efetiva resolução dos mesmos.

Assim, vê-se que esse uso simbólico do direito penal tem, historicamente, se constituído em uma das principais maneiras pela qual o Direito tem mostrado, de um lado, seu caráter de indiferença quando não de repressão frente ao cidadão, e de outro, o impedimento da efetiva resolução dos problemas sociais.

### 4 A Análise Jurídica da Delação Premiada no Brasil

Estabelecidos os marcos epistemológicos da nossa abordagem, nossa perspectiva é a de que o mecanismo da delação premiada tem se mostrado, nos mais diferentes sistemas jurídicos em que tem sido aplicado, como um dos mais marcantes exemplos dessa lógica expansionista do direito criminal. Vindo de braços dados ora com a exacerbação da execução das penas (lei dos crimes hediondos) ora com a tipificação de novos bens jurídicos (lei dos crimes de lavagem de dinheiro), constituiu-se de fato, e como passamos a demonstrar, em um dos mais mordazes mecanismos de restrição de direitos fundamentais concebidos pela legislação penal contemporânea.

A análise do instituto que doravante passamos a realizar pretende ultrapassar as críticas de ordem valorativa que tem sido um dos principais obstáculos opostos à delação. Cremos que, não obstante a procedência, bem como a importância desse tipo de críticas,<sup>21</sup> a análise deve cobrir também as mazelas propriamente jurídicas do instituto, sob pena de os seus defensores (os mesmos das restrições dos direitos fundamentais e da expansão de crimes e penas) classificarem as críticas de “filosóficas” ou de “utópicas”, por não apresentarem argumentos que enfrentem as supostas vantagens práticas da delação premiada. Nossa perspectiva é que tanto no âmbito filosófico, quanto no prático-jurídico, o mecanismo é criticável, como se passa a verificar.

<sup>20</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização...* p. 39.

<sup>21</sup> A procedência e a importância podem ser facilmente constáveis na análise de Raphael Boldt, que assevera: Prova irrefutável da estreita ligação entre a delação e o espírito antidemocrático reside por exemplo nos acontecimentos pertinentes a Alemanha nazista, quando os alemães recebiam de 2 a 3 mil delações por dia, destinadas a expor a origem judaica de compatriotas e os hábitos subversivos dos indivíduos socialmente indesejáveis, bem como durante o governo ditatorial do Brasil, marcado pela prisão de várias pessoas em virtude de denúncias – muitas vezes infundadas – feitas ao DOPS (Departamento de Ordem Política e Social). (BOLDT, Raphael. *Delação premiada: o dilema ético*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n° 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>. Acesso em: 14/09/2005).

#### 4.1 Conceituação e previsão legal no Brasil

A delação premiada se constitui em uma oferta de premiações (que variam, dentro do marco legal, da redução de pena até o perdão judicial, e nada além disso, frise-se) aos que revelam seus cúmplices e mecanismos do cometimento do delito, com o que se torna possível o desmantelamento da trama delituosa, o esclarecimento das infrações penais, bem como a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.<sup>22</sup>

Como nos aduz Clara Roman Borges constitui-se a delação num mecanismo novel no direito criminal brasileiro, importado do *common law*, inicialmente para auxiliar no combate aos Crimes Hediondos,<sup>23</sup> como dispõe o parágrafo único do art. 8º, da Lei 8.072/1990.<sup>24</sup>

Dessa lei, e no citado ambiente de expansão penal que temos vivenciado, o expediente legal foi se espargindo para inúmeros outros diplomas normativos. Destarte, depara-se com o mesmo na Lei nº 8.137/90,<sup>25</sup> que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo bem como na Lei dos delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86<sup>26</sup>), a partir do incremento em suas respectivas redações que esses dois diplomas normativos receberam em 1995, com a Lei 9080. Também se verifica a delação premiada nos delitos praticados por organizações criminosas, conforme estabelecido na Lei nº 9.034/95;<sup>27</sup> nos crimes de lavagem de dinheiro, tipificados na Lei nº 9.613/98;<sup>28</sup> na Lei que dispõe sobre a proteção

<sup>22</sup> Faz-se mister nesse ponto esclarecer que estas conseqüências da delação acima citas não são simplesmente exemplificação do que dela pode advir, mas imperativos legais, eis que a delação só se aperfeiçoa se ocorrer uma ou algumas destes desdobramentos.

<sup>23</sup> BORGES, Clara Roman. *Jurisdição e normalização: uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. Tese de Doutorado defendida em 12.05.05, perante o Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR, p. 158.

<sup>24</sup> Art. 8. (...) Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

<sup>25</sup> "Art. 16. (...) Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)." (Este parágrafo foi acrescentado à Lei nº 8.137/90 pela Lei nº 9.080/95).

<sup>26</sup> "Art. 25. (...) §2º. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, 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 1 (um) a 2/3 (dois terços)." (Este parágrafo foi acrescentado à Lei nº 8.137/90 pela Lei nº 9.080/95).

<sup>27</sup> "Art. 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria."

<sup>28</sup> "Art. 1º. (...) §5º. A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto de crime."

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS: UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal (Lei nº 9.807/99<sup>29</sup>); e mais recentemente, há sua respectiva previsão legal nos chamados crimes de tóxicos, nos termos da Lei nº 10.409/02.<sup>30</sup> Finalmente, depara-se com alteração do Código Penal brasileiro, que prevê, atualmente, a delação no crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159, § 4º).

### 4.2 Delação e prisão cautelar: a ilegal restrição de direitos fundamentais

O fato é que a lógica que tem embalado essa incessante reiteração do instituto em diversos textos legais é o recorrente pretexto de combate a criminalidade, no sentido de se *"desmantelar conluíus criminosos e restaurar a ordem, no mais conhecido estilo do movimento de "Lei e ordem", para o qual os fins justificam os meios"*.<sup>31</sup> E os meios, é de se advertir, têm sido os mais gravosos possíveis para as liberdades e direitos fundamentais, como nos alertava o defensor público norte-americano Arthur W. Ruthenbeck.<sup>32</sup> Expliquemo-nos.

Não obstante o fato de nenhum desses diplomas legais estabelecer a concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão cautelar para aqueles que realizam a delação premiada, a prática, como tem apontado diversos casos, tem sido exatamente esta: oferecimento de delações cuja premiação é a revogação da prisão cautelar a que está submetido o delator.

<sup>29</sup> "Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente 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: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade dos beneficiados e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso." "Art. 14. 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, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)."

<sup>30</sup> "Art. 32. (...) §2º. O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da justiça. §3º. Se o oferecimento de denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo ou organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a penal, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando qualquer decisão."

<sup>31</sup> BORGES, Clara Roman. *Jurisdição...*, pp. 160-161.

<sup>32</sup> Para o autor "Uma sociedade que se propõe a trocar sua liberdade por sua segurança, em última instância, não terá e não merecerá nenhuma das duas". (*É preciso despolitizar as questões criminais*, trad. de Maria Alice Capocchi. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, p. 38, nº 19, 1996, RT-SP).

Isso é o que se verificou, por exemplo, com Rogério Tadeu Buratti,<sup>33</sup> que, preso no dia 17 de agosto deste ano pelo suposto cometimento do crime de lavagem de dinheiro, aceitou no dia 18 do mesmo mês, a delação premiada oferecida pelo Ministério Público. É absolutamente elucidativo, vídeo sobre o caso que pode ser encontrado no site <http://tv.terra.com.br/jornaldoterra/interna/0,,O157741-15212,00.html>.<sup>34</sup> Neste vídeo que leva o esclarecedor título de "Para falar tudo o que sabe, ex-assessor de Palocci pode ter pena reduzida e prisão preventiva suspensa", deparamo-nos com afirmação do jornalista Evandro Spinelli que dá conta de que "o que Buratti quer é sua liberdade". Muito significativo para os propósitos que posteriormente iremos externar neste artigo é o fato de que afirma ainda o jornalista que participaram da referida negociação "um delegado e quatro promotores".

Outro caso do qual podemos nos socorrer é o do empresário Marcos Valério. Tão logo se suscitou a sua prisão cautelar, seus advogados imediatamente protocolaram, em 01º de agosto do corrente, na Procuradoria Geral da República (PGR), o pedido de delação premiada.<sup>35</sup> O fato é que até o momento não houve prisão de Valério.

Já no mês de setembro deste mesmo ano, e para que não possa se levantar a hipótese de que estamos pinçando casos isolados, pode-se citar o caso do árbitro Edilson Pereira de Carvalho, que também fez a delação premiada,<sup>36</sup> e que com isso, também obteve a sua liberdade<sup>37</sup> no dia 29 de setembro (cinco dias após sua prisão).

Outros casos ainda poderiam ser lembrados, não obstante, somente a partir da análise dos mais recentes (todos famosos, e ocorridos no último semestre), podemos traçar algumas análises.

A primeira indagação que deve ser lançada a este inusitado procedimento que tem sido utilizado para a efetivação da delação premiada é a inidônea associação com a concessão ou manutenção de liberdade. Ora, se a prisão pôde ser revogada, como no exemplo de Buratti e de Carvalho, depois da delação premiada, isso significa que não existiam os pressupostos para sua decretação. Sim, pois se fosse a prisão cautelar absolutamente imprescindível para as investigações (prisão temporária<sup>38</sup>) ou

<sup>33</sup> In: <http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,O1634342-E15297,00.html>

<sup>34</sup> Acesso no dia 14 de setembro de 2005.

<sup>35</sup> In: <http://noticias.terra.com.br/brasil/crisenogoverno/interna/0,,O1613039-E15297,00.html>. O protocolo do pedido de delação premiada se deu no dia 01 de agosto de 2005.

<sup>36</sup> In: <http://www.netsite.com.br/esportes/mostraconteudo.asp?codconteudo=32318>, acesso em 30 de setembro de 2005.

<sup>37</sup> In: [http://www.superesportes.com.br/ed\\_esportes/011/template\\_esportes\\_011\\_18588.html](http://www.superesportes.com.br/ed_esportes/011/template_esportes_011_18588.html), acesso em 30 de setembro de 2005.

<sup>38</sup> Art. 1º da Lei 7960/1989: Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS: UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

se estivesse o acusado obstruindo a marcha processual ou se evadindo do distrito da culpa (prisão preventiva<sup>39</sup>), o fato de ter sido realizada uma delação não significaria que as razões da prisão deixariam de existir.

Se a prisão era necessária para as investigações, continua sendo, independente de delação. E ainda, se o acusado estava obstruindo a marcha processual, da mesma forma, não deixará de assim proceder porque realizou a delação. E diante disso, raciocinemos: se a prisão foi negociada, isso significa que não havia pressupostos para sua respectiva decretação. Ora, se não havia pressupostos, isso quer dizer, por seu turno, que a prisão era ilegal, o que, finalmente nos leva à constatação de que tem sido utilizado o expediente de prisões ilegais para se forçar a delação premiada!! Impossível não nos recordarmos neste ponto das palavras de Louis Proal, citado por Antonio Evaristo de Moraes Filho:<sup>40</sup> *“A perseguição legal é mais odiosa do que a violência bruta, porque ela reúne a hipocrisia à iniquidade. Os juizes que conferem à perseguição a aparência de legalidade são mais perversos do que os carrascos”*.

### 4.3 Prisão temporária: necessidade de investigar ou de pressionar a delação premiada?

A venalidade do instituto se verifica especialmente nos casos referentes às prisões temporárias, segregação, como antes afirmado, que estaria legitimada – legalmente – no caso de ser imprescindível para as investigações do inquérito policial. É que por se tratar de uma prisão antecipada com prazo de validade de 5 (cinco) dias, renováveis por outros 5 (cinco),<sup>41</sup> a sua respectiva revogação, através de Habeas Corpus, tem se mostrado absolutamente ineficaz.

(art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) raptio violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

<sup>39</sup> Art. 312 do Código de Processo Penal: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

<sup>40</sup> Conferência na PUC-PR, em 12 de agosto de 1994, publicada na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 09, pp. 104-114, RT, SP.

<sup>41</sup> Art. 2º da Lei 7960/1989: A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Sim, pois da decretação da prisão, até a apreciação do pedido de liminar em Habeas Corpus no respectivo Tribunal, em grande parte dos casos, já terá se passado mais do que os cinco dias estabelecidos. Se passam os cinco dias, a Ação Constitucional é julgada prejudicada em virtude da superveniência de outro título que fundamenta a prisão, que é a nova decisão de sua respectiva extensão para os outros cinco dias – é de se lembrar que, evidentemente, essa nova prisão tem que estar fundamentada, e assim sendo, o Habeas Corpus deve se dirigir a estes novos fundamentos, e não aos da prisão originária.

Em suma: a prisão temporária tem se mostrado na prática como um mecanismo que possibilita ao Estado-acusador, sem qualquer culpa formada, e pior, sem os requisitos da prisão preventiva, a segregação de indiciado em inquérito policial, por 10 (dez) dias.

Sem nos adentrarmos às críticas a essa modalidade de prisão, deve-se, neste ponto, analisar, quais as suas implicações para a delação premiada, objeto principal da discussão que ora se trava no presente artigo. O mais excêntrico, quando se realiza tal análise, é o fato de que caso a defesa tenha êxito na demonstração da ilegalidade da coação no prazo 4 (quatro) dias ou menos,<sup>42</sup> ainda corre o risco de, antes de ver o contramandado de prisão cumprido, deparar-se com nova ordem de prisão, dessa feita, na modalidade preventiva. Sim, pois antes do Tribunal respectivo enviar ao juízo coator o alvará de soltura, já terá a autoridade policial ou o órgão ministerial requerido a prisão preventiva, escudando-se, nesta feita, nos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Recapitulando-se a gincana segregatório-processual: decreta-se a prisão temporária original por 5 dias. Essa, normalmente será estendida, por outra decisão,

<sup>42</sup> Jurisprudência neste sentido é encontrada no Tribunal Regional Federal da Primeira Região: (HC 2002.01.00.032241-2/PA; HABEAS CORPUS DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES; TERCEIRA TURMA; 18/10/2002 DJ p.41) PROCESSUAL PENAL. PRISÃO TEMPORÁRIA. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. CONVENIÊNCIA DA SUA DECRETAÇÃO. REGIME LEGAL. 1. A prisão temporária, decretada quando imprescindível para as investigações do inquérito policial (Lei nº 7.960/89), não dispensa, como qualquer prisão, a adequada fundamentação da sua necessidade dentro do quadro fático da representação da autoridade policial ou do requerimento do Ministério Público, não sendo suficiente a invocação de indícios veementes de crime e do envolvimento dos requeridos, posto que essas circunstâncias são comuns a toda investigação. (g.n.) 2. Concessão da ordem de habeas corpus; e no Tribunal Regional Federal da Quinta Região: HC 2004.05.00.012093-1; ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA; RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO GADELHA; JULGAMENTO: 01/07/2004; FONTE: DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 03/08/2004 - PÁGINA: 344 - Nº: 148 - ANO: 2004; DECISÃO: UNÂNIME.EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O decreto de prisão temporária é medida excepcional, sujeita à cumulação dos requisitos previstos no artigo 1º da Lei nº 7.960/89. A sua necessidade impõe uma fundamentação embasada em fatos concretos, e não em meras suposições. A ausência dos pressupostos enseja a revogação da prisão temporária. 2. No caso, não demonstrada qualquer periculosidade dos pacientes, a apresentar dificuldade ao curso da instrução criminal. Revelam-se em seu benefício condições pessoais, como serem eles primários, possuidores de bons antecedentes, com residências fixas e que exercem atividades lícitas. 3. Ordem concedida.

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS: UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

para 10 dias. Após esse prazo, decreta-se uma terceira prisão, dessa feita a preventiva. Evidentemente que esse curso pode ser alterado no caso de obtenção de ordem de soltura contra a ilegalidade da prisão temporária. Nesse caso, antes desta ordem ser cumprida, decreta-se a preventiva...Em suma, esse é o panorama que, usualmente, enfrenta a defesa, mas principalmente, que sofre o acusado, com a desenfreada e despautada utilização da prisão temporária.

Considerando todo o tormento vivenciado pelo acusado, propício se torna a situação para o oferecimento da delação premiada. É que premido por esta absurda pressão psicológica de ser preso por prazo não inferior a 10 (dez), 11 (onze) ou 12 (doze) dias, o acusado agarra-se a qualquer proposta que lhe seja feita, desde que possa se ver livre de passar todo este tempo nos imundos e super-lotados cárceres nacionais. E a “qualquer proposta” tem passado inexoravelmente pela delação premiada que se associa, sem qualquer previsão legal à uma liberdade provisória. Como afirmou o jornalista Evandro Spinelli “o que Buratti quer é sua liberdade” ara se ver livre do embaraço de liberdade antecipada, ora delatando a rede criminosa e ora inventando situa e mais inef, o que, convenha-se, seria o comportamento de qualquer ser humano na iminência de ter a sua liberdade cerceada por prazo não inferior a duas semanas.

A desigualdade e a injustiça desse sistema são evidentes. Em análise realizada sobre o instituto norte-americano da *plea negotiation* que se ajusta perfeitamente ao estudo em curso, Figueiredo Dias e Costa Andrade asseveram que como os resultados da negociação dependem diretamente do poder das partes em confronto, à partida, é nitida a superioridade da posição do Estado-acusador (representado por Ministério Público ou por Autoridade Policial – ou no caso de Buratti por um delegado e quatro agentes ministeriais), pois lhe permite uma estratégia que “*pode contar com o desconhecimento, a incerteza e a insegurança da defesa em relação a aspectos decisivos, como aspectos relativos à prova*”.<sup>43</sup> Como não realizar o acordo que oferece a delação, se sequer sabe o acusado e seu advogado, quais são as provas que possuem o Estado-acusador?

### 4.4 Segredo de justiça e delação premiada

Aqui, adentra-se no tema, em que a disparidade entre as partes se torna ainda mais aguda: o ordinarismo da decretação de segredo de justiça em autos de ações e inquéritos penais, sigilo este que abrange, pasme-se, o próprio acusado e o seu defensor. Não obstante, claro, a prévia comunicação a todos os órgãos da mídia, que publicizam trechos de conversas, documentos e tudo o mais que estaria protegido sob o manto do segredo de justiça.

<sup>43</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, pp. 485-486.

Neste roteiro que poderia ser denominado de kafkaniano se fosse menos dramático, o acusado se vê preso, sem saber quais são as imputações lhe assacadas, sem que seu advogado tenha acesso aos autos, com informações (obviamente recortes desfavoráveis) divulgadas na imprensa, e à essa altura, com seqüestro prévio<sup>44</sup> de todos os seus bens, num flagelo e num transtorno. Veja-se ainda, que todo esse calvário se reveste de legalidade, pois executado sob a batuta do poder judiciário.

De todo esse cipoal o que se recolhe? De fato, algumas ilhas de desmantelamento de quadrilhas, de descoberta de crimes, mas que se encontram isoladas dentro de um oceano de desigualdades e injustiças. É que todo esse bem engendrado mecanismo de pressão para se realizar a delação, evidentemente será mais sentido pelos inocentes, sobretudo pelos mais desfavorecidos economicamente, pois, além de estarem absolutamente acuados e deprimidos, não vislumbrarão qualquer possibilidade de empreender uma estratégia de médio ou longo prazo, que abarque a simples afirmação de sua inocência, senão a saída de curto prazo, em troca da delação (verdadeira, ou a essas alturas, fictícia mesmo).

Ao mesmo tempo, e o que é ainda pior para os ditos propósitos de luta contra a criminalidade,<sup>45</sup> o sistema privilegiará manifestamente os delinqüentes com maior competência de ação, ou seja, que são efetivamente culpados ou que têm condições

<sup>44</sup> Este é tema que, em virtude da exigüidade do espaço deixará de ser explorado, contudo, há que se externar, que o entendimento jurisprudencial corrente: (...) "Para a providencia acautelatória, que visa a reparação do dano e o pagamento das custas processuais, basta a materialidade delitiva e os indícios de autoria" Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Apelação Criminal nº 2003.70.00.049909-5/PR, Relator Des. Federal Tadaaqui Hirose, DJ 18-05-05).

<sup>45</sup> O Relator do Projeto que se tornaria a Lei de Proteção adrede citada, Deputado Alberto Mourão, em seu mensagem, registrou a seguinte tese: "Outra questão a ser tratada no atual momento é a dos chamados "criminosos colaboradores", com mecanismos que incentivem tal tipo de colaboração. Para tanto, há que se estender os tímidos mecanismos atualmente existentes, proporcionando-lhes a redução e até a isenção do cumprimento de pena, conjugada com medidas de proteção frente a ameaças ou coações efetivas ou potenciais, que devem abranger o cumprimento de pena em segurança em relação aos demais detentos. Em assim sendo, é de se conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao indiciado ou acusado que, sendo primário, se disponha a colaborar efetiva e voluntariamente com a polícia e a justiça, daí resultando a identificação dos demais co-autores da ação criminosa, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Esclareça-se que a extinção da punibilidade mediante o perdão judicial já está prevista pelo Código Penal (art. 107, IX), "nos casos previstos em Lei". 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS: UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

de contratar advogados mais bem preparados e familiarizados com a gincana antes descrita. Aqueles, porque verão na delação premiada uma chance para uma pena praticamente certa, e esses, porque poderão deixar a cargo dos causídicos a montagem de uma estratégia que lhes garanta melhores perspectivas no médio e longo prazo.

Como se tudo isso não bastasse, nos casos em que os Tribunais têm observado o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que determinou a inviabilidade do segredo de justiça para o acusado e seu advogado,<sup>46</sup> a estratégia dos órgãos acusatórios se associa ainda ao que a doutrina norte-americana denomina de *overcharging*,<sup>47</sup> que se constitui no expediente de o Ministério Público ou a própria Autoridade Policial começar por apontar para formas particularmente drásticas de responsabilidade criminal, com o propósito de, por via de negociação, acabar por concordar com uma acusação – vale dizer numa sentença – mais benigna.

### 4.4 Delação premiada e desproporcionalidade na aplicação da pena

A esse panorama deve se somar o fato de que, sendo a injustiça intrínseca ao sistema, como demonstrado, os argüidos que recusam a delação são considerados incômodos e perturbadores,<sup>48</sup> e acabam por ser punidos mais pesadamente.<sup>49</sup>

Mas não é só. Na outra via, também rompe a delação com o princípio da proporcionalidade da pena, pois se punirá com penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade,<sup>50</sup> ou, o que é pior, pode-se punir com a mesma pena, pessoas com diferentes graus de culpabilidade, no sentido de que a maior reprovabilidade, desfazer-se-ia com a delação.

qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.

<sup>47</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* pp. 486 e 487.

<sup>48</sup> Neste ponto, poder-se-ia citar algumas decisões judiciais do enorme manancial daquelas que sustentam a manutenção da prisão do acusado por não estar ele “colaborando com a justiça”. Contudo, como não possui o autor a mesma imunidade dos membros da mídia (sobre os quais não há nenhum inquérito ou ação penal por desobediência em virtude da propagação de dados de autos sob sigilo), somente externo que são muitas as decisões neste sentido.

<sup>49</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...* pp. 486 e 487.

<sup>50</sup> BOLDT, Raphael. *Delação...*

### 5 Conseqüências da Prática da Delação Premiada no Brasil: Desigualdade, Injustiça e Déficit Operacional do Direito Penal

Em suma, os frutos que colhemos dessa construção jurídica são métodos rotineiros e quase absurdos que levam diretamente à perseguição, à corrupção das instituições, à repressão, todas oriundas da ilegalidade original (qual é o amparo legal da concessão de liberdade provisória para os que realizam a delação premiada?)

Ademais, o sistema se mostra particularmente vulnerável à manipulação política e midiática, utilizando-se de mais injustiça e arbítrio nas causas com repercussão, pois então se mostrará que “justiça está sendo feita”.

Baseada em uma ética, cuja essência reside no conceito de *utilidade*, a delação premiada instrumentaliza o homem,<sup>51</sup> pois, diante do reconhecimento da debilidade estatal para investigar crimes e promover a segurança dos cidadãos, lança mão, esse mesmo Estado, dessa estratégia, imbuída, visceralmente, da lógica da legislação simbólica.

Neste ponto, é de se socorrer, mais uma vez, da tese de doutoramento da Professora Clara Roman Borges, que ainda nos assevera sobre o fato de que se tudo isso não bastasse, o sistema engendrado através da delação premiada, é mais uma das formas de controle total em voga na nossa sociedade. Como sustenta a autora, “é preciso ressaltar que este atuar jurisdicional traz ao delator uma sensação de cumprimento do dever, de expiação moral, na medida em que torna definitivo e conseqüentemente eficaz o auxílio que prestou no combate das condutas criminosas ou anormais. Assim, a delação é vista também como um processo educativo e moralizador, em que o indivíduo se arrepende do mal realizado, ajuda a desfazê-lo e recebe seu prêmio, tal como exige a sociedade panóptica”.<sup>52</sup>

A esta altura sequer seria necessário citar a advertência que Figueiredo Dias e Costa Andrade proferem sobre o sistema do *plea bargaining* norte-americano, ponto no qual o paralelo<sup>53</sup> (já citado aqui) com o instituto da delação premiada é absolutamente procedente. Para os autores, “Só por inércia ou racionalização ideológica pode o processo criminal americano continuar a rever-se na pureza dum adversary model ou a louvar-se nos princípios da presunção de inocência e da verdade material”.<sup>54</sup>

Empreendendo itinerário em que saímos da análise geral (expansão do direito global e utilização simbólica do direito penal) para adentrarmos na análise especial (delação premiada), é o momento de realizar o caminho inverso. Apontadas as conseqüências da prática da delação premiada, pode-se, finalmente, realizar análise

<sup>51</sup> BOLDT, Raphael. *Delação...*

<sup>52</sup> BORGES, Clara Roman. *Jurisdição...*, pp. 162 e 163.

<sup>53</sup> Clara Roman Borges nos admoesta sobre o fato de que em relação à *plea bargaining*, os próprios americanos têm consciência das conseqüências altamente nocivas destas barganhas para o *common law*, tanto é que sua aplicação é vedada por alguns Estados. (*op.cit.*, p. 160).

<sup>54</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia...*, pp. 484 e 485.

## A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL COLHENDO SEUS FRUTOS: UMA ANÁLISE DA DELAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

que proponha estabelecer os nexos entre essas conseqüências, e as conseqüências gerais da expansão do direito penal e de sua utilização simbólica, para verificarmos a procedência de nossas hipóteses.

É que para Hassemer/Muñoz Conde as três principais conseqüências da expansão/utilização simbólica do direito penal são a) um risco de um déficit operacional; b) o perigo de que o Direito penal cumpra função meramente simbólica; e c) o alto custo para os direitos fundamentais.<sup>55</sup>

Sob esse enfoque, a expansão e a utilização simbólica fazem com que o papel do direito penal seja o de ser propulsor de mais violência, constituindo-se, em mais do que uma crise, numa incapacidade operacional.

Aqui, depara-se com a interseção do nosso tema, com a análise dos citados autores: a delação premiada, como visto, e por apresentar resultados diametralmente opostos àqueles que teriam sido seus objetivos, torna-se um mecanismo simbólico, uma lei "para inglês ver". E mais: ao se exacerbar o papel simbólico do direito penal, entre outras formas, pela delação premiada, ele vai perdendo suas reais funções. Trata-se do "*perigo de ilusão de direito penal resolver todos os problemas, o que, a curto prazo pode ser gratificante, mas a longo prazo é destrutivo*".<sup>56</sup>

É o direito penal de espetáculo, que se assume, nessa forma: ou seja, não para modificar a realidade, mas para modificar a imagem que as pessoas recebem, numa ilusão de segurança e de confiança. E o pior, quanto mais leis restritivas de direitos fundamentais e meramente simbólicas como as várias relativas à delação premiada forem positivadas, mais leis serão necessárias, pois se funcionam cada vez mais precariamente, e se elas se constituem no apanágio, mais leis são necessárias, e o ciclo vai se retroalimentando. Talvez aqui, um indicativo do por que de tantas leis tratem da delação premiada.

### 6 Conclusões

É certo que a delação premiada continuará sendo amplamente utilizada, e exatamente nos moldes e colhendo todas as conseqüências que acabamos de apresentar. De fato, não podemos ser levados à outra direção senão a de que ela continuará a se promiscuir com as prisões cautelares, especialmente a prisão provisória; com a decretação de segredo de justiça; e ainda se escorará em fundamentação condenatória, absolutamente ao arrepio dos termos legais.

<sup>55</sup> APUD GOMES, Luiz Flávio et alli. *O Direito...*

<sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio et alli. *O Direito...*

## FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

Independentemente de toda essa situação fática, não se pode vender nossos olhos ao processo de inefetividade que vai tomando as rédeas do direito penal, cujas conseqüências são as desigualdades, injustiças e déficits operacionais do sistema.

Destarte, o modelo formado pela prática apontada torna-se assim alheio ao sistema constitucional pátrio,<sup>57</sup> e ademais, absolutamente distante dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e, fundamentalmente, recebido com indiferença, quando não com os aplausos dos cidadãos, tal qual fora recebido o projeto de lei publicado na edição de 27 de março de 1835 do *Aurora Fluminense*, que previa a suspensão de garantias "*contra todos os individuos sobre quem recahirem indícios veementes de que tentão perpetrar o crime de insurreição, e por este crime somente*".

<sup>57</sup> Alberto Silva Franco faz profunda análise sobre este ponto: "Dá-se o prêmio punitivo por uma cooperação eficaz com a autoridade, pouco importando o móvel real do colaborador, de quem não se exige nenhuma postura moral, mas antes, uma atitude eticamente condenável. Na equação "custo-benefício", só se valora as vantagens que possam advir para o Estado com a cessação da atividade criminosa ou com a captura de outros delinqüentes, e não se atribui relevância alguma aos reflexos que o custo possa representar a todo o sistema legal enquanto construído com base na dignidade da pessoa humana. (Crimes Hediondos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 221).