TRANSAÇÃO PENAL E RESPONSABILIDADE SOBRE CONFISSÃO CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA FACE À AUSÊNCIA DE GARANTIAS

Rômulo Gomes da Mota Júnior, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado.

RESUMO: Estudo demonstrativo de que é reduzida a consequência do método empregado no Brasil para tornar útil a delação premiada. Assevera que, dada a importância do bem jurídico tutelado frente às práticas de organizações criminosas, os instrumentos de que se valeu o legislador para alcançar inclusive a preservação da vida humana são de eficácia mínima. Para tanto, aborda a Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007 e o Projeto de Lei 6.984/10, numa perspectiva de vinte e um anos de aplicação do instituto. Por intermédio de análise detida acerca da necessidade de fiscalização e restrição sobre sua aplicação, bem como traçando um paralelo entre garantias e os chamados benefícios - sem abandonar o processo penal constitucional, a teoria geral do processo penal, a segurança pública, novas tendências político criminais, o direito penal mais econômico e criminologia crítica -, conclui que a legislação continua carecedora de reforma para assegurar o sigilo da informação, alteração da identidade do réu que coopera, atribuição de competência ao Ministério Público para oferecer proposta e que sejam concedidos os efeitos do reconhecimento da confissão causa de redução de pena igualmente na fase de execução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Confissão; garantias; reforma; precariedade.

ABSTRACT: Study demonstrating that there is little or no consequence to the method used in Brazil to become useful to plea bargaining. It asserts that given the importance of the legal ward face of the practice of criminal organizations, the tools that are worth the legislature to reach even the preservation of human life are of limited effectiveness. To this end, brings the Law 11449 of January 15, 2007 and Bill 6984/10, from a perspective of twenty-one years of the institute. Through careful analysis of the need for supervision and restriction on its application, as well as drawing a parallel between the so-called guarantees and benefits - without abandoning the

constitutional criminal procedure, the general theory of criminal procedure, public safety, criminal political trends the criminal law more economical and critical criminology - conclude that the legislation continues carecedor reform to ensure the confidentiality of information, changing the identity of the defendant cooperates, conferring jurisdiction to prosecutors to offer plea bargaining and proposed that are afforded the effects of recognition of the confession because of reduced sentences also during the execution of sentences. Hence, substantial results are achieved, and avoid wasting time in the penal system and money from public coffers, perhaps adopted more professional and specialized techniques relating to confession because of reduced sentence.

KEYWORDS: Confession; guarantees; reform; precariousness.

1. INTRODUÇÃO

A prova, instrumento cuja finalidade é a formação de convicção em face do ajuizamento de ação penal, encontra também na confissão a possibilidade do alcance da verdade real. O Código Penal Brasileiro passou a prever, com o advento da Lei 7.209/84, de 11 de julho de 1984, em seu art. 65, III, "d", a confissão espontânea como causa de redução de pena. Aliás, o estímulo à verdade real é tomado como alicerce para o instituto, já que expressão contida no item 55 da exposição de Motivos:

> 55. ... Beneficia-se, como estímulo à verdade processual, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria "ignorada ou imputada a outrem".

Mecanismo idêntico foi criado a partir de 1990 para obter informações dos réus, ou seja, para que o mesmo contasse mais do que revelaria num primeiro momento. Tratou-se, então, da chamada "delação premiada", antes já utilizada em outros países, como no combate ao crime organizado na Itália. Implica em alguém confessar o próprio crime, decisão que afeta

o princípio da não auto-incriminação[1] (CF, art. 5º, LXVIII), e em seguida indicar outros agentes, para, por ocasião da prolação da sentença, poder receber redução de pena, regime de cumprimento de pena menos severo ou perdão judicial, inclusive.

A utilização do instituto da delação premiada no Brasil completa, então, 21 anos, e continua sendo criticada por criminalistas e juristas. Está sujeita a manipulações, não há um mecanismo preciso sobre sua instrumentalização e, definitivamente, lhe falta fiscalização. Daí a observação de que métodos como os empregados na transação penal e mesmo na suspensão condicional do processo (previstos respectivamente nos arts. 76 e 89 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995) e oferta de garantias, diferentemente de apenas benefícios, são formas de sua viabilização.

A confissão causa de redução de pena, concebida em termos nos quais o indiciado ou acusado colabora voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal também na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, prevista, então, na Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, na Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, no § 4º do art. 159 do Código Penal), na Lei 9.613, de 3 de março de 1998, na Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 e na Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, deveria ter caráter sigiloso, possibilitar alteração da identidade e qualificação do delator, competir ao membro do MP oferecer proposta de cooperação por intermédio de confissão e ter aproveitamento em fase de execução da pena.

Tendo no concurso de agentes, na devolução do produto do crime e na libertação da vítima do crime de extorsão mediante sequestro alguns dos requisitos para sua concessão, poderá ser reconhecida ao final do processo pelo juiz, e este não fica limitado ao pleito pelo membro do Ministério Público.

Conferidos os efeitos da confissão no crime previsto no art. 159 do Código Penal, cujo bem jurídico que se pretende proteger é a vida humana, além da liberdade individual, o patrimônio, a integridade física e psíquica da vítima, a pena do indiciado ou acusado igualmente poderá ser reduzida de um a dois terços. Apesar da diminuição, o crime continua a ser considerado hediondo, por força do inciso IV, art. 1º, da Lei 8.072/90, incluído pela Lei 8.930, de 6 de setembro de 1994. Para o reconhecimento da confissão capaz de reduzir a pena do crime de extorsão mediante sequestro é necessário

[1] MENDES &, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo, 2010, p. 782.

que tenha havido denúncia à autoridade e que a libertação do sequestrado tenha sido consequência da denúncia. Tendo havido comunicação a policial militar, policial civil ou delegado de polícia, porém o sequestrado já tiver sido libertado, ou seja, não tiver sido solto em razão da ação da autoridade que recebeu a *notitia criminis,* poderá haver circunstância atenuante (art. 65, III, "d" do CP).

2. FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

Países que têm a confissão causa de redução de pena devidamente regulamentada, e o Brasil não têm, verificam atenta e minuciosamente a regularidade das práticas dos atos que a envolvem; o que não ocorre no Brasil, em que não há cultura jurídica da delação premiada. A finalidade é que não aconteça delação falsa, ou seja, que a pessoa pressionada, ameaçada, constrangida por uma prisão eventualmente ilegal diga o que se quer ouvir para sair da situação vexatória.

É imperiosa investigação tanto prévia - para verificação de que o conteúdo da mensagem do réu não discrepe com os interesses da justiça -, quanto posterior, para que não se tenha delações obtidas por coação, por contratação para delatar, em que é evitado que grandes responsáveis pela criminalidade organizada sejam descobertos.

Pode acontecer de o réu falar para prejudicar outra pessoa, ou para satisfazer a autoridade que preside o ato. Aí acontece de o policial ou delegado não encontrar limites: prometem que no caso de confissão o réu não "deverá mais nada" para a justiça, que se livrará de policiais truculentos e tortura, que não cumprirá pena em regime fechado, que terá a proteção da polícia e que, com isso, não correrá o risco de ser morto em razão da delação. E o acusado colaborador, para proteger interesse seu ou de terceiros, pode indicar inocentes ou ocultar culpados.

Não é difícil imaginar que policiais neguem a colaboração, quando de fato houve, que até disputem quem primeiro obterá a confissão, e que, por outro lado, seja exigido, quase que desesperadamente, que o depoimento que implique em confissão causa de redução de pena seja protocolado, exatamente para afastar distorções deliberadas da polícia.

Modo de minimizar a "produção" indiscriminada de confissão pode ser atribuído à Lei 11.449, de 15 de janeiro de 2007, vigente desde a data de publicação, que altera o art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro

de 1941 – Código de Processo Penal:

> Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
> § 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.
>
> § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas.

Em contrapartida, "o magistrado, obedecido o segredo de justiça, tem o dever de informar ou mandar informar aos interessados acerca dos processos sob sua responsabilidade, de forma útil, compreensível e clara" (art. 11 do Código de Ética da Magistratura, publicado em 18 de setembro de 2008).

Fato é que para desmantelar organizações criminosas interessa a preservação do colaborador. Assim, o tratamento diferenciado a que se refere o art. 15 da Lei 9.807 de 13 de julho de 1999 – que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal – sempre que possível, deve ser aplicado, apesar de, como se sabe, o sistema carcerário brasileiro, que degrada, estar falido.

São registradas acusações contra promotores no sentido de que no afã de tentar resolver o caso, de apresentar culpados, de mostrar que a justiça está dando resultados, supervalorizam a delação, deixando de lado a produção de outras provas.

Em face da adoção da confissão causa de redução de pena como meio de prova, o que se percebe durante esses anos que tem sido acolhida pelos tribunais no Brasil é que inexiste método preciso sobre como deve ser trazida para os autos. Segue ao desamparo de rigidez a forma como se tem levado

adiante sua produção.

Normalmente a Promotoria se previne em relação às consequências da confissão e o juiz as reconhece na sentença. No sistema penal pátrio, como não há regra sobre como proceder, cada um tem feito à sua maneira; o que se revela preocupante, pois não é possível vislumbrar segurança de restrição para o conteúdo da informação. A este respeito observa o professor Maurício Zanoide de Moraes:

> "A figura da delação premiada, que não tem base nenhuma, diz: redução de 1/3 a dois terços, redução até dois terços, de um terço a metade. E o juiz, que cumpre regra, aplica a redução como entender, ao contrário de todo o cálculo da pena, medido com fundamento em estritas regras. Ou seja, o magistrado aplica uma redução sem o menor parâmetro. Assim, o perigo é que a pena não fique proporcional ao delito (na verdade a pena deveria ficar proporcional à conduta). É difícil o juiz explicar porque reduziu o que reduziu. A defesa pode alegar que a redução da pena foi mínima e a acusação pode falar que a punição sequer deveria ter sido diminuída. Toda vez que se tem um acréscimo ou redução de pena, sem uma regulamentação detalhada, existe uma margem de subjetividade, em que se corre o risco muito grande de afetar a proporcionalidade da medida."[2]

O magistrado deve examinar a significância da colaboração, sob pena de assumir conduta desleal. Assim é porque o delator chega até a abandonar o instinto de sobrevivência, sujeitando-se a retaliações de toda ordem. Eis a ementa da decisão nos autos do HC 99736 / DF, publicada em 21 de maio de 2010, em que foi relator o Ministro Ayres Brito:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELAÇÃO PREMIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELO JUÍZO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.

[2] MORAES, Maurício Zanoide de. *Delação premiada necessita de regulamentação* – Entrevista. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br

> ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. [...] 2. [...] 3. Na concreta situação dos autos, o magistrado não examinou o relevo da colaboração do paciente com a investigação policial e com o equacionamento jurídico do processo-crime. Exame, esse, que se faz necessário para determinar o percentual de redução da reprimenda. Noutros termos: apesar da extrema gravidade da conduta protagonizada pelo acionante, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais fundamentos para embasar a escolha do percentual de 1/3 de redução da pena. 4. A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. 5. [...]

A respeito da cautela e imparcialidade, com as quais deve se pautar o magistrado, é bem de ver o conteúdo do Código de Ética da Magistratura Nacional; e, no que possa se referir à apuração da confissão causa de redução de pena, especialmente os arts. 1º, 5º, 8º, 25 e 32.

Não se pode conhecer, isoladamente, a relevância da confissão. O promotor deve oferecer mais provas do que o depoimento que consiste na confissão causa de redução de pena. A delação, por si só, não tem valor absoluto.

Embora a prudência exija que a confissão seja apurada em contexto, a ausência de fiscalização tem gerado receio, dentre outros problemas. A impressão que se tem é uma supervalorização da delação como se tão somente bastasse, quando a cada passo a prova deveria ser confrontada, verificada a

autenticidade do que está sendo examinado.

Não há referencial para apuração de danos, não é vislumbrado limite. Não é possível avaliar interesses envolvidos, tanto pelos que recebem a delação, quanto pelos que delatam.

É constante a procura para se estabelecer um sistema equilibrado, um sistema que possa dar conta de um procedimento eficaz, e o quanto possível rápido na apuração dos fatos criminosos, mas que por outro lado não deixe de contemplar os direitos e garantias. Almeja-se mecanismo rápido, mas não tão rápido que não se permita a defesa; eficiente, mas que não permita provas ilícitas, obtidas sob tortura; que permita a delação, mas que não afaste vigilância. Questões prejudiciais são (1) medo do delator, o qual revela sua identidade, (2) extensão do que foi revelado, (3) a quantos e a quem prejudica, (4) publicidade, resultando difícil a composição entre garantia e eficiência, vetores que orientam o processo penal modernamente.

A confissão causa de redução de pena, então, não pode ser concebida indústria, devendo ser tomada mediante fiscalização rigorosa.

Corroborando a inexistência de fiscalização note-se que tecnicamente não é contemplado, ao abrigo da legislação em vigor, que a delação premiada seja oferecida, nem por policiais e menos ainda por membros do Ministério Público. Não se pode ter acordo.

Apenas o juiz pode conceder, e só depois que todo o processo tiver transcorrido. Isso também se justifica haja vista que é apenas ao final dos atos processuais que é possível avaliar se a colaboração preencheu os requisitos necessários, ou que não houve uma contribuição minimamente efetiva, ou se a polícia já teria realizado investigações por intermédio das quais se chegaria ao mesmo resultado. E aí o juiz pode não conceder os efeitos do reconhecimento da confissão causa de redução de pena. "Se o destinatário da prova é o juiz, em face da qual deverá formar sua convicção, só ele, e mais ninguém, pode dizer da necessidade dessa prova" (TJES – 2ª Câm. Civ. Ap. Cível nº 02197900/93 – Guarapari – Rel. Des. Lúcio Vasconcellos de Oliveira – j. 05/08/97). Vale, então, lembrar que garantismo significa diminuir o poder punitivo do Estado e aumentar a liberdade do cidadão. Para tal, Luigi Ferrajoli[3] utiliza técnicas de minimização do poder institucionalizado do Estado que estão representadas em 10 axiomas, dentre os quais a primeira das garantias relativas ao processo informa: *nulla culpa*

[3] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias – La ley del más débil*, p.26

sine iudicio (princípio da jurisdicionariedade), resultando então que é o juiz quem diz se há ou não culpa no caso concreto; é um terceiro imparcial, que tem o múnus constitucional de decidir pela culpabilidade, e bem assim se houve colaboração e se a colaboração foi de tal modo útil que implique em redução de pena, regime de cumprimento menos severo ou perdão judicial.

O juiz não poderia concluir já no início de uma investigação se vai reconhecer ou não a delação premiada. Quem se compromete a dar informações em troca desse prêmio não tem a garantia de redução de pena, de regime de cumprimento de pena menos severo ou de extinção de punibilidade. A colaboração dada inicialmente implica em mera possibilidade de que talvez ao final seja reconhecida pelo juiz como delação premiada. Não há nenhuma garantia, não há espaço para acordos, pois estes não têm validade legal.

De outra forma, há mecanismos para influenciar o indivíduo de modo a conviver em harmonia por intermédio de gestos compatíveis com normas e condutas traçadas por valores sociais. É o controle social, o qual, para Ana Lucia Sabadell[4] pode ser negativo ou positivo. Para a autora, o controle social negativo implica reprovar certos comportamentos por meio de sanções, enquanto que o controle positivo pode gerar inclusive premiações.

A estigmatização[5] lançada ao réu delator por policiais, Ministério Público e juízes, surge, então, como controle social penal negativo. A teoria do *labeling approach* (do etiquetamento ou da rotulação) defende, pois, que o sujeito acaba assumindo um papel social que os outros veem nele. É exemplo o ex-presidiário que pede emprego e não consegue por ter antecedentes, e daí conclui que já que todos o veem como criminoso ele deve delinquir novamente para voltar ao sistema. O mesmo se diga em relação ao réu colaborador; é que, apesar de ser bem-vinda a confissão, o legislador (controlador formal) - o qual exerce controle social penal positivo ao lançar no ordenamento jurídico a redução e regime menos severo de pena, além da possibilidade da extinção da punibilidade -, não afasta a ideia de que, primeiramente, se trata de um criminoso, e depois firma entendimento de que o delinquente cometeu traição ao apontar seus comparsas. É de se esperar desponte como nova tendência a superação da crítica que tacha o colaborador de traidor: a uma porque o indiciado ou acusado colaborador

[4] SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. São Paulo, 2008, p. 152-153.
[5] NASCIMENTO, José Flávio Braga. C*urso de criminologia*. São Paulo, 2003, p. 70.

já havia traído os valores sociais quando cometeu crime, e a duas porque a traição deveria ser posicionada quando seu objeto fosse de ordem moral, legal ou legítima, nela – onde perfeitamente aplicável que, conforme Maquiavel, os meios são determinados pelos fins - não deveria, pois, se concentrarem afirmações de que não é instrumento válido para solucionar crimes.

Sabadell, ao ensinar sobre poder, que pode se manifestar por força, coação, influência, autoridade e manipulação[6], traz o elemento resistência:

> "A relação de poder indica que existe uma chance de desobediência, já que o inferior pode opor resistência e, se esta for eficaz, o superior não alcançará suas finalidades. Por isto, o exercício do pode não pode ser mais do que uma probabilidade de imposição de mandamento. As opiniões e os interesses dentro de uma sociedade são sempre conflitivos e criam a tendência à desobediência, mesmo que se trate de um poder extremamente forte, eficiente e legítimo. Assim sendo, quem exerce o poder muitas vezes necessita fazer concessões e mudar seus planos diante da resistência de indivíduos ou grupos."[7]

Ora, não há dúvidas de que, conforme está a delação premiada no ordenamento jurídico pátrio, o réu, eventualmente colaborador, face às amadoras tentativas do legislador de atraí-lo, não só poderá se negar a colaborar, mas opor resistência a qualquer manifestação de força, coação, influência e manipulação.

E sobre as formas e graus de coerção no sistema jurídico Ana Lucia Sabadell conceitua normas de caráter promocional: "São normas que preveem um incentivo no caso de seu cumprimento, mas não existe a obrigação de obedecê-las e, muito menos a possibilidade de coerção."[8] Daí que à redução de pena, submissão a regime prisional menos severo e a extinção da punibilidade, conforme alhures, devem ser contempladas em um sistema que ofereça garantias, afastando-se assim de tentativas pouco profissionais de atingir o fim a que se destina a confissão causa de redução

[6] SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. São Paulo, 2008, p. 157.
[7] Ibid.
[8] SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. São Paulo, 2008, p. 166

de pena.

Para a autora, são problemas, ou elementos da seletividade[9], do sistema penal a denominada "cifra obscura" e a seleção da "clientela". É a criminologia crítica (ou a nova criminologia), surgida em meados da década de 70, que é a última das teorias macrossociológicas que explicam a criminalidade. Propõe reinvestigar seu próprio objeto. A teoria crítica polemiza a razão, as consequências e a legitimidade do tratamento conferido às pessoas etiquetadas de criminosas (SMANIO, 1988)[10]. E é com a criminologia crítica que surgem três propostas de política criminal: o abolicionismo, o neo-realismo de esquerda e o minimalismo penal.

2.1. ESCALA DE DESATRAÇÃO

A delação premiada está prevista atualmente (1) no art. 8º, § único da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (que dispõe sobre os crimes hediondos), (2) no art. 6º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995 (que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), (3) na Lei 9.269, de 02 de abril de 1996 (que dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal), (4) no § 5º do art. 1º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998 (que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores), (5) nos arts. 13 e 14 da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 (que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal) e (6) no art. 41 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências).

Apesar da vasta previsão legal, o regramento não disciplina, por exemplo, o momento adequado para a colaboração, a proteção a ser aplicada, o procedimento, a efetivação da colaboração por intermédio de confissão,

[9] Ibid. p. 180-181.

[10] SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e juizado especial criminal: modernização do processo penal, controle social*. 2ª ed. São Paulo, 1998, p. 20.

a quais crimes se aplica ou o anonimato do colaborador. Além disso, não se verificam garantias a serem oferecidas ao colaborador, consistindo a (a) redução de pena, (b) regime prisional menos severo e (c) perdão judicial, tidos como benefícios, em verdadeira escala de desatração da confissão.

Acerca do momento para a tomada da confissão, que deve ser trazida aos autos, resta óbvio que pode ser conferida em qualquer fase do processo penal, bem como após o trânsito em julgado. Isto não obsta, entretanto, que o legislador regulamente o instituto neste sentido, a fim de evitar confusão, embaraço, cerceamento de defesa e abusos. Sem esta previsão tem acontecido de a confissão ser obtida apenas quando do interrogatório do acusado, o que fere a ideia de que o réu é sujeito de direitos.

2.2. ABRANGÊNCIA

Desde 1990, com a lei dos crimes hediondos, vem se prevendo a delação premiada para crimes específicos. Então, a primeira foi para crimes hediondos, depois foi inserida na lei do colarinho branco (crimes contra o sistema financeiro nacional), lei de sonegação fiscal, lei de lavagem de dinheiro, extorsão mediante sequestro, e havia até 1999 a previsão exageradamente pontual; não se as condições, nem circunstâncias.

Em 1999 com a lei de proteção às testemunhas se prevê a delação de maneira mais ampla, e aí já um primeiro equívoco: a delação premiada não pode ser utilizada para qualquer tipo de crime, precisa ser usada naqueles crimes em que efetivamente a figura do delator exerce papel importante, que revele, segundo experiências estrangeiras, criminalidade organizada.

Já o art. 621, III do CPP possibilita a revisão criminal uma vez descoberta circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Resulta, então, que a revisão criminal é momento previsto para reconhecimento da confissão e seus efeitos.

Oportuna, pois, a tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 6984/10, do deputado Nelson Goetten (PT-SC), conforme o qual (1) poderá o juiz deixar de aplicar a pena ao réu colaborador ou reduzi-la de um sexto a dois terços (art. 3º, *caput*), o (2) perdão judicial será aplicado na sentença somente quando a pena for menor do que dez anos, o réu for primário e da colaboração resultarem cumulativamente a identificação de demais coautores ou partícipes com a devida demonstração de suas responsabilidades, a localização da vítima com a sua integridade física preservada e a recuperação

total ou parcial do produto do crime, não podendo ser inferior à metade (art. 3º, I, II e III e § 1º), (3) para que seja concedido o benefício, as provas obtidas em colaboração devem ser relevantes e delas decorrerem diretamente o resultado pretendido (art. 3º, § 2º), e (4) a concessão do benefício levará em conta a personalidade do beneficiado, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (art. 3º, § 3º).

Curiosa, no projeto, a previsão do acordo contida no art. 4º, que em seu § 1º comunica que a cooperação e os benefícios ajustados devem ser detalhados quando da redução a termo:

> Art. 4º O benefício só será concedido pelo juiz caso a colaboração ou acordo ocorra até o interrogatório do réu.
>
> § 1º O acordo entre réu e Ministério Público será proposto na presença do seu defensor, devendo ser reduzido a termo que conterá o detalhamento da cooperação e os benefícios ajustados, sob pena de anulação de todas as provas advindas da colaboração.

Ainda extrai-se do art. 4º que não poderá se dar a delação premiada quando em fase de execução de sentença; o que, conforme já exposto, não é meritório. Entretanto, conforme o Projeto de Lei 6.984/10, que também pretende evitar a delação falsa, as declarações do colaborador serão avaliadas no contexto dos demais elementos de prova dos autos.

A iniciativa não dispõe sobre quais crimes se aplica, não prevê investigação prévia nem posterior, e também não regula a segurança de restrição do conteúdo da informação ou o anonimato do colaborador. E o próprio autor da proposta anuncia que "a lei não explica em que consiste o desmantelamento, tendo a doutrina entendido tratar-se de interrupção das atividades da associação criminosa."[11]

Cumpre esclarecer que acordos não guardam semelhanças com o que possa ser aproveitado da transação penal, ou mesmo com o disposto no Projeto de Lei 6.984/10. É que o acordo, conforme alhures, não tem validade legal, não guarnece o sistema de garantias de que serão conferidos os efeitos do reconhecimento da confissão causa de redução de pena, enquanto que

[11] GOETEN, Deputado Nelson. *Proposta que regulamenta delação premiada modifica nove leis*. - Entrevista. Disponível em http://www2.camara.gov.br.

na transação penal, prevista em lei, o promotor oferece a proposta e esta condiciona o juízo quando da aplicação da pena.

Desta feita, houve clara intenção do elaborador do projeto de referir-se muito mais ao que já é conhecido como transação penal do que a acordo.

3. REPERCUSSÃO

É divulgado que a explicação para o aumento do número de sequestros, evidenciado stress pós-traumático, pode estar no fato de que os valores cobrados pelo resgate diminuíram, bem como que pareceu ter havido uma mudança de objetivos de organizações criminosas praticantes principalmente de roubos a bancos e de carga. É o que informa o artigo "Onda de sequestros", que chega a classificar 3 modalidades:

> "Na edição do dia 22 de novembro de 2001, o jornal traz no título da reportagem de capa "SP vive a banalização dos sequestros", tratando também todo o caderno *Cotidiano* sobre o tema. Além de ter sido o crime que mais cresceu, vale dizer que o sequestro, nas opiniões e nos debates, teve sua caracterização modificada. Em outros termos, os sequestros na verdade mudaram de figura. Segundo a opinião de policiais, no jornal de 11 de novembro de 2001, os sequestros são classificados em tradicional, relâmpago e express. Apesar de apenas adjetivá-los é possível na leitura das matérias encontrar algumas características que os diferenciam. O primeiro tipo, tradicional, qualificar-se-ia por ser planejado, desde a escolha da vítima, em geral pessoas de destaque econômico; o local do cativeiro; a forma de pagamento do resgate e o envolvimento de quadrilhas tidas como profissionais e especializadas."[12]

Aquela matéria ainda comunica que o combate ao sequestro acaba por revelar o despreparo policial, o que passa a igualmente justificar a utilização da delação premiada:

[12] Publicado no Observatório de Segurança Pública, http://www.observatoriodeseguranca.org/imprensa/sequestros.

> "A nova anatomia dos sequestros revela também que os sequestradores estão terceirizando o "serviço" de cativeiro, o que permitiria o ingresso de novos criminosos nesse ramo de "negócio". O sequestro de Patrícia Abravanel demonstrou que as polícias de São Paulo estão despreparadas para dar conta do problema e o que há muitos problemas na execução de atividades policiais simples. Do caso, restaram muitas dúvidas acerca da isenção de policiais, do preparo de equipes especializadas e da segurança que as instituições de encarceramento proporcionam aos criminosos."[13]

4. BEM JURÍDICO

Dada inclusive a preciosidade da vida humana, cuja perda se pretende evitar, impõem-se previsões de garantias, inclusive de vida, ao delator do crime de extorsão mediante sequestro no Brasil. O réu, apesar do disposto no art. 15 da Lei 9.807/99, na grande maioria das vezes é perseguido impiedosamente quando encarcerado, em razão da indicação dos outros membros que atuaram no crime e localização da vítima.

Os efeitos da informação prevista na Lei 9.269/96 jamais poderiam ser públicos. Detalhes que revelassem outros elementos de materialidade, autoria ou participação, e mesmo a comunicação de onde a vítima é mantida, carecem de restrição à regra de publicação dos atos processuais. E mais: nos autos do processo a causa de condenar o colaborador não deve, jamais, ser ostentada.

A delação premiada, como está, propicia apenas a diminuição da pena, quando deveria implicar na alteração da identidade e qualificação do delator. Isto porque, apesar de se entender que o sujeito passivo não pode ser compelido a denunciar seus comparsas, a Lei 9807/99 (de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores), em seu art. 13, que prevê a extinção de punibilidade, e no art. 14, que reduz a pena de um a dois terços, também não compõe um sistema significativo, haja vista que abrange apenas os incluídos no programa. A este respeito é bem de ver que (1) em conformidade com o art. 2º, § 2º da Lei 9807/99 a proteção prevê exclusão e que (2), consoante o disposto no art. 6º, § único do mesmo diploma, há

[13] Publicado no Observatório de Segurança Pública, http://www.observatoriodeseguranca.org/imprensa/sequestros.

rigor para decisão acerca do ingresso, bem como (3) a execução fica sujeita à disponibilidade orçamentária. Desta forma é inviável a atuação profissional e especializada no que se refere à delação premiada.

Sem substância é simples acordo entre o membro do Ministério Público e o possível colaborador, apesar de aquele valer-se da referência do art. 159 do CP para produção de outras provas que resultem na frustração do intento criminoso. A delação premiada deveria funcionar como na suspensão condicional do processo ou mesmo na transação penal[14], previstos respectivamente nos arts. 89 e 76 da Lei 9.099/95, onde, repetindo, o promotor oferece a proposta e esta condiciona o juízo quando da aplicação da pena.

No Brasil não é possível ao réu ser contemplado com algum privilégio quando em fase de execução de pena responde o suficiente para desmantelamento da quadrilha, mediante identificação e qualificação dos integrantes e que, principalmente, impliquem no resgate do sequestrado. A este respeito, o inciso III do art. 621 do CPP deixa claro que é possível a revisão criminal dos processos findos quando, após a sentença, forem descobertas ou produzidas novas provas de circunstância que possam resultar na diminuição de pena. Entretanto, o instituto da Lei 9.269/96 não é bem-vindo durante o cumprimento da sanção.

O mestre em Direito Penal, Renato Marcão, em sua obra Curso de Execução Penal[15], lembra o art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica:

> Art. 8º. Toda pessoa tem 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 determine seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[14] Sobre o princípio do devido processo legal, requisitos e características da transação penal, ver Angelo Ernesto Ehl Barbosa, *A constitucionalidade da aplicação da transação penal no âmbito do juizado especial criminal e seu impacto no sistema processual penal brasileiro*. Monografia, Aracaju, 2008. Barbosa conclui que - ressalvado que a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e despenalização, não são aproveitados pelo instituto da confissão -, a aceitação da proposta de transação só deve ser aceita pelo autor do fato, haja vista que os direitos e garantias fundamentais do cidadão não são derrogáveis e nem disponíveis.

[15] MARCÃO, Renato, *Curso de execução penal*, 5ª ed. São Paulo, 2007, p. 4.

O autor defende ainda que, existindo um processo, devem ser respeitados princípios e garantias constitucionais como: legalidade, devido processo legal, verdade real, persuasão racional, ampla defesa e iniciativa das partes, bem como que o condenado é sujeito de direitos, em face do princípio da humanização da pena.

Então: (1) é direito do colaborador delatar, e, (2) conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, mesmo em fase de execução de sentença, não é opção do juiz das execuções consultar o réu; é direito de este último ser ouvido.

A amplitude de defesa tornou-se acentuadamente homenageada em razão da Lei 11.719 de 2008. Em conformidade, então, com o art. 400 do CPP, o interrogatório, indispensável à defesa, é a última prova a ser colhida na instrução, ou seja, o acusado terá a oportunidade de se pronunciar tão somente quando por ele já conhecidas todas as provas.

CONCLUSÃO

A delação premiada, que no Brasil completa vinte e um anos, continua sendo criticada. De sua análise infere-se que alguns instrumentos como os empregados na transação penal e oferta de garantias são necessários para sua viabilização - ressalvado que a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência e despenalização, não aproveitam ao instituto da confissão.

O magistrado, observador incondicional do Código de Ética da Magistratura, deve examinar a significância da colaboração, sob pena de assumir conduta desleal, bem como a relevância da confissão não deve ser conhecida isoladamente, haja vista que a delação deve ser apurada em contexto.

Sempre deve ser buscado procedimento eficaz, e o quanto possível rápido na apuração dos fatos criminosos, mas que por outro lado não deixe de contemplar os direitos e garantias. Almeja-se (1) mecanismo breve, mas não tão acelerado que deixe de permitir a defesa; (2) métodos eficientes, mas que não permitam provas ilícitas, obtidas sob tortura, e (3) instrumentos que abriguem o direito de confissão, mas que não afaste fiscalização.

A previsão legal vigente não disciplina o momento adequado para a colaboração, a proteção, o procedimento, a efetivação da colaboração por intermédio de confissão, crimes aos quais se aplica ou o anonimato do colaborador. Aliás, apesar de não estarem previstos no ordenamento atual,

são mencionados acordos no Projeto de Lei 6.984/10.

Confessar é um direito, mesmo durante a execução de sentença penal.

Deve o legislador estar atento à demanda de regularidade das práticas dos atos que envolvem a confissão. A evolução legislativa deve ser de tal modo que todo réu, sem exceção de nenhum, perceba garantias na oportunidade de admitir delinquência. Qualquer atividade que se afaste desse comando não fará com que o instituto sirva ao fim a que se destina.

Segue desamparada de rigidez a forma como se tem levado adiante a produção da prova que é a confissão causa de redução de pena no Brasil. A delação premiada - aliás, assim conhecida de modo equivocado, já que a diminuição de pena não se confunde com recompensa -, em pouco ou nada interessa ao indiciado ou acusado. O sistema penal reclama avanços no sentido de que seu conteúdo se torne sigiloso, seja alterada a identidade do colaborador, seja atribuída competência ao MP para oferecer proposta, que o instituto previsto no § 4º, do art. 159 do CP seja assegurado na fase de execução da pena, e, principalmente, que haja instrumentos legalmente previstos para sua fiscalização.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Angelo Ernesto Ehl. *A constitucionalidade da aplicação da transação penal no âmbito do juizado especial criminal e seu impacto no sistema processual penal brasileiro*. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Departamento de Pós-Graduação, Faculdade de Sergipe. Aracaju, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DELMANTO ... [*et al*], Celso. *Código penal comentado*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias – La ley del más débil*. Madri: Trotta, 2001.

GOETEN, Deputado Nelson. *Proposta que regulamenta delação premiada modifica nove leis*. - Entrevista. 13 de maio de 2010. Disponível em http://www2.camara.gov.br. Acesso em 10 de março de 2011.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo:

Saraiva, 2010.
MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª ed., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.
MORAES, Maurício Zanoide de. *Delação premiada necessita de regulamentação* – Entrevista. 12 de julho de 2009. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br, Acesso em 10 de março de 2011.
NACIMENTO, José Flávio Braga. C*urso de criminologia*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008
Onda de Sequestros. – Artigo. Observatório de Segurança Pública. Disponível em http://www.observatóriodeseguranca.org/imprensa/sequestros.
SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 4ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Criminologia e juizado especial criminal*: modernização do processo penal, controle social. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. *Crimes praticados por organizações criminosas* – Inovações da Lei nº 9.034/95 – *in* RJ nº 217 – nov/95.