

Delações premiadas, o direito de mentir e o garantismo penal.

Award-winning, the right to lie and the criminal guaranteeism.

Márcio dos Santos Alencar Freitas^{1*} (PG), Nestor Eduardo Araruna Santiago² (PQ).

1Mestrando em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE, bolsista CAPES Brasil;

2Professor Doutor no Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza-CE.

marcioalencar_1@hotmail.com, nestoreasantiago@gmail.com.

Resumo

Buscou-se investigar a possibilidade de se produzir delações premiadas, nos moldes da lei nº 12.850/2013, contendo falseamentos (totais ou parciais). Como parâmetro da pesquisa utilizou-se da Teoria do Garantismo Penal produzida por Luigi Ferrajoli, que possibilita avaliar se uma norma ou um ato respeita direitos fundamentais, e, por conseguinte analisa a constitucionalidade do objeto investigado. A partir de uma pesquisa bibliográfica e documental concluiu-se que apesar do STF permitir o direito de mentir nas delações, o uso destas em ações penais contra o delatado fere direitos fundamentais da presunção de inocência e da liberdade de locomoção. Logo, a falsa delação afronta o modelo garantista, devendo ser desestimulado. Deste modo, antes da denúncia do delatado faz-se necessário o rígido controle e averiguação do material colhido na delação.

It sought to investigate the possibility of producing award-winning donations, according to Law no. 12.850 / 2013, containing distortions (total or partial). As a parameter of the research it was used the Theory of Penal Guaranteeism produced by Luigi Ferrajoli, which makes it possible to evaluate whether a norm or an act respects fundamental rights, and, therefore, analyzes the constitutionality of the investigated object. From a bibliographic and documentary research it was concluded that although the STF allows the right to lie in the delations, the use of these in criminal proceedings against the accused violates fundamental rights of the presumption of innocence and freedom of movement. Therefore, the false delation confronts the guarantor model and should be discouraged. In this way, before the denunciation of the accused it becomes necessary the rigid control and investigation of the material harvested in the donation.

Palavras-chave: delação premiada; Garantismo; mentira; prova; processo penal.

Keywords: award-winning; Guaranteeism; lying; proof; criminal proceedings.

Introdução

Vê-se na última década, em especial após a entrada em vigor da lei nº 12.850/2013, um número demasiado de processos penais utilizando-se de delações premiadas para a obtenção de provas capazes de gerar a condenação dos delatados e combater as organizações criminosas das mais variadas espécies. Todavia pouco se discute a respeito do conteúdo fático das delações, sobre sua veracidade ou se aquilo que fora delatado corresponde a todo fato criminoso ou apenas a parte dele (mais ou menos significante). Tudo isso, por si, já seria capaz de levantar dúvidas sobre a utilização deste instituto como principal prova para a condenação do delatado.

Por sua vez, tem-se na teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli um modelo de direito penal que auxilia a perceber se determinada norma ou ato praticado acarreta real ou potencial lesão a direitos fundamentais. Ao se passar um objeto de estudo (ato ou norma) por um filtro garantista é possível se avaliar a sua constitucionalidade na medida em que respeita tais direitos.

Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo geral avaliar a partir da teoria de Ferrajoli se é possível a mentira nas delações premiadas. Especificamente, buscar-se-á: estudar a teoria garantista; averiguar como a lei e jurisprudência trabalham a questão da mentira no conteúdo da delação; e inferir se delações falseadas passam pelo filtro garantista.

Para tanto, parte-se da hipótese de que mesmo sendo permitido a delação falsa, esta por potencialmente violar direitos fundamentais como o da presunção de inocência, liberdade, imagem, dentre outros, não passaria pelo crivo garantista, não podendo as autoridades utilizarem de seu conteúdo para a iniciação de uma persecução penal ou como elemento que induza a condenação do falso acusado.

Metodologia

Este estudo será realizado utilizando-se de uma pesquisa qualitativa, de natureza teórica, a partir da utilização do método dedutivo. Para este desiderato será feita a compilação de material proveniente de periódicos, livros, teses, publicações avulsas sobre os temas da teoria do garantista de Ferrajoli; delação premiada; e mentira no processo penal.

Resultados e Discussão

Ferrajoli criou a partir da observação do sistema penal italiano a teoria do Garantismo penal que se materializa em três vertentes (FERRAJOLI, 2014, 785-832). Deste modo, Garantismo pode ser compreendido como um modelo de direito penal, uma teoria do Direito, em especial relativo a questão da validade das normas e a terceira como uma filosofia política. Em todas estas versões, o Garantismo está alicerçado na intervenção penal mínima, configurando em um mecanismo de controle e limitação do poder estatal (VALLE, 2007, p.30).

Sob a perspectiva de modelo penal, o Garantismo é composto por dez axiomas, sendo seis destinados ao direito penal e quatro relativos ao processo penal (ALMEIDA, 2011, p. 30). Todos estes buscam limitar o poder estatal combatendo arbítrios punitivos, quer seja na sua aplicação, quer na cominação das sanções. Sendo assim, configuram garantias penais os princípios: da retributividade; o da legalidade em sentido estrito; o da necessidade ou da economia do direito penal; da lesividade ou ofensividade; da materialidade ou exterioridade da ação; e o do ônus da culpabilidade ou da responsabilidade. Por seu turno, são as garantias processuais os princípios da jurisdicinariedade em sentido estrito; o acusatório; o do ônus da prova ou da verificação; e o do contraditório.

No que tange à questão da produção e análise das provas, Ferrajoli destaca ser o processo voltado à busca da verdade processual (2014, p.124 a 148). Para tanto, baseia-se na ideia de construção de provas em contraditório, alicerçadas nos princípios da legalidade, jurisdicinariedade, presunção de inocência, *in dubio pro reo* e imparcialidade do juiz.

Compete, deste modo, às partes produzirem provas capazes de verificar a veracidade ou falseabilidade do fato delituoso e de sua conexão com o acusado. Neste cenário cabe ao

Ministério Público apresentar em juízo, para o crivo do contraditório, provas lícitas suficientes capazes de conectar a autoria e materialidade de um fato delituoso ao réu de forma que não haja dúvidas por parte do órgão julgador quando da prolação da sentença.

Já o juiz no processo garantista se comporta de maneira imparcial (FERRAJOLI, 2014, p.533 a 574). Esta se configura na observância das leis que respeitem direitos fundamentais; e da impossibilidade de cessão às pressões externas. Deste modo, o juiz durante o processo penal busca sempre a preservação dos direitos fundamentais do acusado em detrimento da sanha punitiva do estado. Ademais, no caso de condenação, deve zelar para que a mesma seja exclusivamente sobre o fato praticado, não se levando em conta a personalidade do agente ou qualquer outro critério subjetivo.

No que tange a delação premiada, esta constitui em uma das espécies de colaboração premiada trazidas pela lei nº 12.850/2013, que objetiva a desestruturação e punição de organizações criminosas. Para tanto o delator, na presença de seu advogado, faz um acordo com o delegado de polícia (ou membro do Ministério Público) dando informações e apresentando provas sobre a autoria e materialidade de delitos praticados pelas pessoas por ele delatadas.

Para Santos (2017, p. 85) a delação premiada é um negócio jurídico que ao mesmo tempo configura um veículo de produção de provas (na medida que sua utilização possibilita a formação de novas provas) e um meio de provas (quando tomado em si).

Conforme o art.4º, §14 da referida lei, o delator tem o dever (compromisso legal) de informar a verdade. Todavia, conforme observado na decisão do HC 127.483/PR prolatada pelo min. Dias Toffoli, a lei não traria um ônus de se dizer a verdade, mas apenas uma potestade. Deste modo, competiria ao juiz quando da sentença do delator averiguar o conteúdo da delação, bem como os efeitos por ela produzidos para, somente então conceder (no todo ou em parte) ou denegar o acordo de delação homologado.

Destarte, quanto ao delator, no âmbito do processo penal, não haveria maiores consequências sob a acusação total ou parcialmente falsa, haja vista o controle do judiciário do conteúdo da delação no momento da prolação de sua sentença. Entretanto, se levar em consideração a figura do delatado os efeitos jurídicos ocasionados podem ser deletérios à sua vida social. Para tanto, basta imaginar a possibilidade da perda de emprego decorrente da falsa acusação; o sofrimento psicológico do acusado e de toda a sua família, principalmente nos ambientes de convívio social (escolas, clubes, aniversários etc.).

Além destes transtornos no âmbito civil, a falsa acusação pode acarretar prisões provisórias desnecessárias, portanto ilegais. Movidos principalmente por pressões sociais, juízes podem atenuar princípios como o da presunção de inocência ou da legalidade, promovendo a prisão apenas usando em consideração provas indiciárias e, no caso em estudo, de delações falseadas, atreladas ao suposto risco de destruição de provas ou a periculosidade do indivíduo acusado. Prisões neste cenário afrontam todo o modelo garantista de preservação de direitos fundamentais, aproximando-se ao direito penal do inimigo do Estado tão presente em regimes ditatoriais, tais como o nazista do Século XX.

Ademais, a depender do processo onde está inserido a delação, pode gerar ao delatado extrema dificuldade de exercer o seu direito de defesa, facilitando condenações injustas. Ferrajoli (2014, p.760 a 762) já discutia como um dos fatores para a crise do modelo penal italiano e o enfraquecimento da proteção aos direitos fundamentais a questão das megaoperações (ex. Rosso 1 e Rosso 2). Estas, pela quantidade de gente e fatos envolvidos e de uma rede de acusações realizadas geraria uma dificuldade da parte se defender aos fatos a ele imputados. Além disso, muitas vezes compete ao delatado comprovar sua inocência, invertendo todo o papel de um processo acusatório para um processo inquisitório.

Por fim, apesar de o art. 4º, §16 da lei nº 12.850/2013 dispor sobre a impossibilidade de condenação do delatado utilizando-se apenas o material da delação, tal mandamento legal pode ser facilmente desrespeitado. Como se viu acima há uma real possibilidade de um processo teratológico em que a necessidade de comprovar a inocência seja atribuída ao delatado, bem como nos casos de megaoperações onde o direito de defesa é fragilizado, o risco de o delatado ser condenado com a utilização apenas das provas decorrentes da delação falseada aumentam significativamente, sendo, na prática, o referido dispositivo legal mais um instrumento de retórica do que uma norma garantista.

Conclusão

Por tudo o que fora exposto entende-se que a delação premiada de forma mentirosa acarreta danos a direitos fundamentais do delatado. Relativiza-se a presunção de inocência e o contraditório, fazendo com que este tenha obrigação de comprovar sua não participação no fato delituoso; afronta a liberdade de locomoção em face do risco de prisões cautelares e de sentenças condenatórias baseadas nestas provas. Tais fatos vão de encontro ao modelo garantista traçado por Ferrajoli aproximando-se a um modelo processual policialesco baseado no direito do inimigo do Estado.

Ademais destaca-se o dano das delações premiadas realizadas em megaoperações que tendem a impossibilitar o direito de defesa do acusado. Em processos oriundos destas operações o grande número de informações em face do excesso de material probatório produzido e a cultura equivocada de ter o acusado o ônus de provar sua inocência geram para este uma árdua tarefa de se defender em várias frentes processuais, que, em tese, pode minimizar seu poder de defesa. Neste cenário, delações falsas seriam tão ou mais difíceis de se contraditar do que as acusações verídicas.

Deste modo, para uma mínima aplicação de um sistema garantista antes da denúncia do delatado deveria o órgão acusador promover uma mais aprofundada investigação sobre a veracidade do material delatado. Tal prática não impedirá que inocentes ocasionalmente se envolvam em um processo penal, mas reduzirá a incidência destes casos. Para tanto deve o Ministério Público conferir os dados apresentados, perquirir novas testemunhas, cruzar informações, enfim, criar uma rotina investigativa em parceria com os órgãos policiais fornecendo materiais capazes de elucidar o fato delitivo e apontar os verdadeiros responsáveis.

Referências

ALMEIDA, Débora de Souza de. A teoria do Garantismo penal em questão: o olhar anti-inquisitorial da axiologia de Luigi Ferrajoli. **Revista Bonijuris**, Curitiba, v.23, n. 4, p. 28-35, abr. 2011.

BRASIL. _____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Habeas Corpus nº 127.483/PR.** [...] Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308597935&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** SICA, Ana Paula Zomer (trad.); CHOUKR, Fauzi Hassan (trad.); TAVARES, Juarez (trad.); GOMES, Luiz Flávio (trad.). BRITO, Alexis Couto de (col.); BIANCHINI, Alice (col.); PONTES, Evandro Fernandes de (col.); TÓRTIMA, Fernanda Lara (col.); PONTES, José Antonio Siqueira (col.); STEFAANINI, Lauren Paoletti (col.). 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à delação premiada a partir do Garantismo penal.** 2007. 130 f. Dissertação (mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp068812.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

Agradecimentos

Ao programa de bolsas CAPES Brasil e ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional e Ciências Políticas da Universidade de Fortaleza.