

---

# A Colaboração Premiada no Direito Brasileiro: uma Análise de Legitimidade à Luz do Garantismo de Ferrajoli e do Garantismo Integral

## Bruno Utsch Mesquita

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Servidor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

**Resumo:** Este estudo tem como objetivo analisar a colaboração premiada dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, analisam-se inicialmente a definição e os limites do instituto, procura-se, após, criticar o modo descompassado e descuidado que legislador tratou da matéria em várias oportunidades. Finalizando o campo legislativo, a pesquisa tenta levantar prognoses sobre o PLS 236/2012, projeto do novo Código Penal, que também abarca a matéria. Ao final, busca-se comprovar que a polêmica em torno da disciplina é tão somente aparente. De fato, os campos de tensão criados nos âmbitos constitucional, ético e jusfilosófico podem ser vencidos com o enfoque no Garantismo Integral.

**Palavras-chave:** Ferrajoli. Colaboração premiada. Processo penal. *Plea bargain*. Garantismo integral.

**Sumário:** 1 Colaboração Premiada e Aspectos Introdutórios. 2 A Colaboração Premiada no Brasil. 3 Princípios, Garantias e Garantismo. 4 Garantismo Integral. 5 Necessidade, Adequação e Proporção em Sentido Estrito. 6 Ética e Colaboração Processual do Acusado. 7 Brasil, Estado Nacional Cooperativo. 8 A Promessa: Projeto do Novo Código Penal. 9 Conclusão. Referências.

## 1 Colaboração Premiada e Aspectos Introdutórios

Em tom de premonição, Ihering já imaginava que, um dia, as relações sociais se tornariam tão complexas, que o Direito, no

seu papel de conformador de tais interações, seria insuficiente para a proteção dos interesses da sociedade somente à base de penas. Seria necessário, além de punir o errado, premiar o correto. Cuida-se do direito premial. A seguinte passagem ilustra o seu pensamento:

Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade (IHERING, 1997, p. 67).

Transportando essa conjunção de fatores para o plano do Direito Penal, a realidade não é diferente. Com o passar do tempo, os crimes acompanharam a evolução da sociedade e também se tornaram mais complexos, especialmente pelo uso de tecnologias disponíveis como fruto da revolução digital. Hoje, de posse somente das ferramentas de investigação e punição tradicionais, o Estado se mostra incapaz de combater satisfatoriamente a criminalidade. Nesse contexto, surge o direito premial como uma modalidade de direito que ainda não tem autonomia, mas ganha cada vez mais espaço nos ordenamentos jurídicos pelo mundo. Em especial, para o foco de interesse aqui delimitado, trata-se da colaboração do acusado com a justiça por meio do instituto da delação premiada.

O conceito mais reproduzido de delação premiada em nossa cultura jurídica talvez seja o cunhado por Damásio de Jesus:

Delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório (ou em outro ato). “Delação premiada” configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.) (JESUS, 2005).

O significado da delação, assim, implica primariamente uma confissão que se desdobra em uma forma de colaboração com as investigações policiais ou com o processo criminal.<sup>1</sup> Portanto, o colaborador é também um investigado, já que, de algum modo, tomou parte na empreitada criminosa que revela

<sup>1</sup> Rascovski, adotando o posicionamento majoritário, afirma que o delator, de maneira imprescindível, deve não só denunciar um corrêu, mas também confessar, expondo o fato que praticou com seus comparsas, admitindo a existência do fato e a sua prática (INELLAS, 2000, p. 93 apud RASCOVSKI, 2011, p. 153). O autor conclui amparado no pensamento de Inellas: “Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhum. Dessarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão”. Importante ressaltar que a posição de que a colaboração processual é precedida necessariamente de uma confissão, não é unânime. Em sentido contrário, Gazzola entende a delação premiada como um negócio jurídico bilateral. Para ele, a confissão do delator não é obrigatória. (ver GAZZOLA, 2009, p. 158). Essa posição é isolada e não é aceita pelos Tribunais Superiores (ver BRASIL, 2011): “O instituto da delação premiada consiste em um ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime.” e (BRASIL, 2010): “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”.

(OLIVEIRA, 2011). Tal posição peculiar enseja cuidados na avaliação de sua colaboração. É dizer, o seu tratamento dentro das investigações policiais ou do processo penal não deve ser tomado como imparcial, pois o colaborador é interessado em tudo aquilo que revela bem como nas consequências jurídicas que decorrem de seu ato como colaborador da justiça (SILVA, 2009).

A colaboração ganha o predicado de premiada quando, para aquele que se dispõe a cooperar, é oferecido um incentivo na forma de barganha, geralmente materializada como um abatimento na pena. A gradação do prêmio deve ser proporcional à utilidade e à relevância da declaração prestada, variando de zero até a possibilidade do perdão judicial.

Fixado o conceito do instituto, é possível ainda analisá-lo sob o prisma temporal. Ainda que com variações e temperos pontuais, a delação premiada não é um instituto moderno (FONSECA, 2008, p. 249). Cesare Beccaria (2000, p. 41), por exemplo, ainda no século XVIII, já alertava sobre a possibilidade de “[...] certos tribunais oferecerem a impunidade ao cúmplice de um grande delito que atraiçoar os seus colegas”. Somando-se os textos de Beccaria e Ihering vê-se, assim, que a prática de prestar declarações para as autoridades estatais em troca de uma vantagem qualquer não é novidade.

Paradoxalmente, apesar de longo, o tratamento jurídico da delação premiada realmente tem se desenvolvido nos dias modernos: timidamente já no período da Revolução Industrial e

profundamente com a Revolução Digital (RASCOVSKI, 2011, p. 144).

É possível perceber que a versão moderna do instituto sempre surge como resposta do Estado para momentos de grave crise democrática, o que acaba por servir de justificativa para a adoção da concessão de benesses pessoais em troca da colaboração do acusado. Normalmente, são momentos emergenciais caracterizados pela ineficiência do tradicional sistema de persecução penal para combater todo o tipo de criminalidade, especialmente a que envolve o crime organizado, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, terrorismo político, evasão de divisas, entre outros, costumando-se vislumbrar traços gerais no *modus operandi* de tais crimes, que envolvem sempre o concurso de agentes, a tecnologia, a hierarquia e, sobretudo, o sigilo de suas operações (ESTELLITA, 2009, p. 92).

Inicialmente, o discurso utilizado para abonar o uso do réu colaborador se apoia na emergência da situação e na ineficiência dos modelos tradicionais de persecução penal quando em cotejo com os desafios apresentados no combate às novas modalidades de crimes. A consagração de seu uso, ao seu turno, costuma ter um viés utilitarista, amparada no indiscutível sucesso do instituto para o combate, de modo eficaz, de um tipo de criminalidade que deixa poucos rastros e no qual o sigilo, como dito, é a marca principal (PEREIRA, 2013, p. 92); características que, somadas, dificultam o “[...] seu desmantelamento e a identificação ou

responsabilização penal de seus integrantes” (LIMA, 2013, p. 285).

No entanto, ao contrário do que o tempo de uso do instituto da colaboração premiada possa indicar, a sua sistematização está longe de ser uniforme, seja no Brasil, seja no direito comparado. Não há consenso em aspectos substanciais de sua própria denominação, de sua natureza jurídica, do seu âmbito de aplicação ou, ainda, da sua legitimidade frente aos questionáveis e relevantes aspectos éticos e morais envolvidos (PASTRE, 2009, p. 59).

## **2 A Colaboração Premiada no Brasil**

No Brasil, percorrendo o caminho trilhado e adotando-se como fio condutor um prisma temporal, a moderna delação premiada ganha novos contornos com a edição da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos). Tal lei representou uma resposta legislativa à crescente insatisfação popular com a violência urbana. Havia um cenário de pânico social em relação à criminalidade e o conseqüente discurso de reação a bem da segurança pública ensejou a elaboração da aludida lei, em um típico uso simbólico do Direito Penal (CARVALHO, 2009, p. 99).

Após essa reinvenção do instituto que não era positivado desde as Ordenações Filipinas (RASCOVSKI, 2011, p. 141), a delação premiada também não recebeu o tratamento devido quando prevista na Lei nº 9.034/95. No mesmo sentido, no ano de 1998 entrou em vigor a Lei nº 9.613, a denominada Lei de

Lavagem de Dinheiro. Já no ano seguinte, entrou em vigor a Lei nº 9.807/99, dispondo sobre a proteção especial para vítimas e testemunhas.

Essa dinâmica legiferante descuidada foi ainda reproduzida na Lei nº 8.137/90 (Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), por força da alteração promovida pela Lei nº 9.080/95; na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e na Lei nº 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência).

A mais recente previsão ocorreu com a Lei nº 12.850/2013, que deu importante passo ao informar mais conteúdo e garantir maior robustez à colaboração do réu com a justiça, preenchendo muitas lacunas, mas sem responder plenamente as críticas da doutrina. Desse modo, em todos os casos, uma crítica quase uníssona na doutrina contra o instituto refere-se à falta de clareza e normatização adequadas (PEREIRA, 2009, p. 26).

Para não correr o risco de desnecessária repetição, limita-se a pontuar que nenhuma dessas leis abarca com rigor a sistematização da matéria colaboração processual. Nenhuma é capaz de minimamente harmonizar os critérios de caracterização e legitimidade do instituto e os efeitos da colaboração do acusado (LIMA; CARVALHO, 2009, p. 133).

Entretanto, a colaboração premiada também gera campos de tensão mais abstratos relacionados com a ética e a moral do prêmio concedido ao colaborador, ao argumento de que o Estado concede um prêmio ao traidor, bem como com aspectos de Direito

Constitucional que a deslegitimam na ordem normativa brasileira. Esse é o principal ponto do presente artigo e será trabalhado adiante.

### **3 Princípios, Garantias e Garantismo**

No presente artigo, o foco é sobre pontos éticos, constitucionais e jusfilosóficos que envolvem a colaboração premiada, tendo como marco teórico o Sistema Garantista proposto por Luigi Ferrajoli.

Com efeito, muitas das divergências doutrinárias que se apresentam estão em um nível diferenciado e principiológico, fora de questões procedimentais ou instrumentais, e que envolvem a própria viabilidade e legitimidade da colaboração premiada dentro do sistema processual penal constitucional brasileiro. Nesse passo, dado o marco teórico adotado, o primeiro questionamento que se deve esclarecer é se o Brasil segue, por força da Constituição Federal de 1988, o modelo do Sistema Garantista.

A questão é posta afirmativamente quase que em uníssono pela doutrina e, justamente por isso, não são necessárias grandes digressões para se dizer que o Brasil, Estado Democrático de Direito (ainda que alguns considerem este um paradigma inconcluso), segue as premissas do Sistema Garantista.

Em sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli ensina que o Sistema Garantista é delineado por uma Teoria Geral do Garantismo, que é marcada por três acepções. Na primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direito. Na segunda, uma teoria

jurídica que dispõe acerca da existência e efetividade das normas, distinguindo a sua validade de sua vigência. Na terceira, por fim, uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado uma carga de justificação externa na tutela dos bens e interesses jurídicos que justificam as suas próprias existências (FERRAJOLI, 2006, p. 851-854).

Ferrajoli afirma que a Constituição brasileira de 1988 inaugurou o que ele denomina de constitucionalismo de terceira geração. De fato, ele tece elogios ao texto constitucional, tomando-o como muito avançado. Em adição, segundo o jurista italiano, todo o extenso suporte do texto constitucional resulta em uma postura de Estado Constitucional de Direito extremamente potencializada, seja na tutela das garantias primárias ou das garantias secundárias. Nessa proteção, o papel conferido ao Ministério Público ganha especial destaque, devido a todas as garantias, atribuições e autonomia conferidas ao órgão (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 231-234).

Por sua vez, Antonio Scarance Fernandes (2012, p. 23-25), com base no constitucionalista José Afonso da Silva, afirma que o Brasil sempre contemplou normas de garantia individual e coletiva, notadamente na vigente Constituição Federal de 1988 com o seu extenso rol de direitos fundamentais assentado no artigo 5º. Desse modo, há um rico arcabouço jurídico limitando o forte poder estatal intervencionista. No mesmo sentido, Pacelli é taxativo ao afirmar que, tanto sob o ponto de vista normativo quanto teórico, a Constituição da República não deixa margem

a dúvidas quanto à sua opção garantista. O doutrinador justifica sua afirmação no fato de o texto constitucional consolidar uma estrutura dialética para o processo judicial, por observar os axiomas garantistas postos por Ferrajoli bem como pela clara separação dos entes que compõem a estrutura do Poder de Estado (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2013, p. 25).

Tem-se, portanto, como positivo o questionamento apresentado: o Brasil, sem dúvidas, optou pelo modelo garantista.

Fixada a premissa de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito que optou pelo Sistema Garantista, deve-se analisar, então, se há alguma compatibilidade entre a técnica da colaboração do acusado com a justiça e os princípios e balizas constitucionais garantistas assentados por Ferrajoli.

Quanto ao tema, o próprio jurista italiano se encarrega de eliminar qualquer espaço de dúvida. Para ele, não há nenhuma possibilidade de se admitir a compatibilidade de institutos da justiça negociada, colaboração do acusado ou delação premiada com o Sistema Garantista. Em um apertado e breve resumo, as razões de Ferrajoli para rechaçar em absoluto a colaboração premiada partem da diferenciação entre os modelos acusatório e inquisitivo. É dele a seguinte definição:

[...] pode-se chamar de acusatório todo o sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado

pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo o sistema processual em que o juiz procede de ofício à produção, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e dos direitos da defesa (FERRAJOLI, 2006, p. 519-520).

Acusatório, assim, é o único sistema processual aceito pelas bases do Sistema Garantista. Nos dizeres de Ferrajoli (2006, p. 495), “[...] a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras é a da submissão à jurisdição, expressa pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*”. Como consequência, a justiça negociada não se amolda aos pilares garantistas (COUTINHO, 2006). No mesmo sentido, Geraldo Prado (2006, p. 10) é enfático ao asseverar que “[...] não há na delação premiada nada que possa, sequer timidamente, associá-la ao modelo acusatório de processo penal”.

Para demonstrar tal insuperável incompatibilidade, a técnica estadunidense do *plea bargaining*, como espécie do gênero de justiça negocial, é o objeto do exame realizado por Ferrajoli. Dentro de seus estudos, o autor não poupa a *plea bargaining* de duras críticas. Entre as mais contundentes, pode-se pinçar o que ele considera violações inaceitáveis ao princípio da publicidade, ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e ao papel do acusador público. Suas conclusões sobre cada uma das transgressões ao Sistema Garantista podem ser condensadas nos dizeres que agora se seguem.

Iniciando-se pelo princípio da publicidade, no entendimento

de Ferrajoli (2006, p. 523), independente do sistema judicial adotado (*common law* ou *civil law*), jamais se pode discutir “[...] o princípio da publicidade da ação, tornada desde então uma conquista pacífica de toda experiência processual contemporânea”. Em sua concepção, o princípio da publicidade é o responsável por assegurar o controle tanto interno como externo da atividade judiciária. Em suas palavras, “[...] trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório” (FERRAJOLI, 2006, p. 567).

No que tange à discricionariedade da ação “[...] e a consequente disponibilidade das imputações e até mesmo das provas, mantidas em alguns dos sistemas acusatórios hodiernos” (FERRAJOLI, 2006, p. 523), Ferrajoli a compreende como a verdadeira antítese dos axiomas do sistema acusatório *nulla culpa sine iudicio* e *nullum iudicium sine accusatione*, pois é inconcebível, no proposto modelo, o reconhecimento da culpa do acusado sem que esta derive necessária e obrigatoriamente da atividade de jurisdição obrigatória, inderrogável e pública (FERRAJOLI, 2006, p. 523-524).

Quanto aos princípios da oportunidade e da disponibilidade, como visto, no modelo norte-americano, manifestam-se principalmente por meio da transação entre o acusador público e o acusado (*plea bargaining*) seguida da consequente declaração de culpabilidade (*guilty plea*) em troca de uma redução do peso da acusação ou de outros benefícios penais. Contudo, para o doutrinador italiano, essas manifestações

[...] representam uma fonte inesgotável de arbítrios: arbítrios por omissão, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação; arbítrios por comissão, sendo inevitável, como a experiência ensina, que o *plea bargaining* se torne a regra e o juízo a exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados em vez de se submeterem aos custos e aos riscos do juízo (FERRAJOLI, 2006, p. 523-524).

Por fim, analisando o papel do Ministério Público dentro de uma justiça negociada, Ferrajoli tem a situação como absurda. Para ele, jamais poder-se-ia admitir um acusador público (pouco importando que seja eleito) atuar à margem das disposições legais e “[...] dotado do poder de escolher arbitrariamente quais violações penais são merecedoras de perseguição ou ainda de predeterminar a medida da pena pactuando com o imputado” (FERRAJOLI, 2006, p. 523-524).

É certo, nos seus dizeres, que o resultado de tal negociação quebra completamente o sistema de garantias. Assim o faz, pois, ao agirem desatrelados do princípio da legalidade o acusador e o acusado (ainda que orientado por um defensor) acabam por romper com o “[...] nexo causal e proporcional entre a pena e o crime” (FERRAJOLI, 2006, p. 691). Desse modo, a pena fica condicionada a fatores caros à subjetividade dos juízos de valores, tais como o espírito aventureiro do acusado (devendo ser entendido mais como coragem e disposição para enfrentar o ônus de um processo penal), a habilidade negociadora da defesa ou a discricionariedade da acusação (FERRAJOLI, 2006, p. 691).

Portanto, ainda sob o escólio de Ferrajoli, toda a negociação se dá sem o compromisso de respeito aos princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, pois não há qualquer “[...] critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público e que discipline o seu engajamento com o imputado”. Para ele, a “[...] transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso”. Em conclusão, para Ferrajoli,

Contrariamente à tradição inquisitória, em que a acusação era obrigatória para os cidadãos e discricionária para o acusador público, a ação penal deve, em suma, ser um dever para os órgãos do Ministério Público e um direito para os cidadãos (FERRAJOLI, 2006, p. 525).

Logo, dentro da teoria do Garantismo, cujo marco histórico é a obra *Direito e Razão*, aparentemente, não há espaço para a colaboração premiada. Diz-se aparentemente, pois aqui há de se fazer uma distinção fundamental para a proposta do trabalho.

É que o modelo posto nestes termos por Luigi Ferrajoli é idealista. É dizer, cuida-se de um Sistema Garantista *modelo*, com o predicado sendo usado na acepção de um arquétipo. É uma teoria que, no mundo concreto, não se habilita a existir de modo puro e imaculado.

#### **4 Garantismo Integral**

Norberto Bobbio, responsável pelo prefácio da obra *Direito e Razão*, afirma que “[...] o garantismo é um modelo ideal ao qual

a realidade pode mais ou menos se aproximar” (FERRAJOLI, 2006, p. 9).

Outro alerta de Bobbio ao modelo do Sistema Garantista é reforçado por Pacelli “[...] tão problemática é uma teoria sem controle empírico quanto uma prática sem princípios” (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2013, p. 23). Trocando em miúdos, a afirmação implica falta de valia de qualquer compreensão teórica dissociada da prática cotidiana humana. Ao revés, também não se pode desejar uma aplicação de conhecimentos sem uma vinculação a princípios.

Assim, uma vez demonstrado que o modelo puro do Sistema Garantista não se coaduna com a colaboração da justiça, quais devem ser os cuidados para que, no mundo real, haja o mínimo de restrição nas garantias fundamentais e o respeito às metas fixadas pelo Sistema Garantista seja maximizado o tanto quanto possível?

A solução parece residir no próprio garantismo. Todavia, não no garantismo meramente individualizado, limitador do Estado, responsável por garantir apenas a proteção do indivíduo. A resposta se materializa ao compreender o Sistema Garantista de modo integral.

Com efeito, apesar de ser o mais difundido no Brasil, o modelo garantista de Ferrajoli é apenas um dos modelos garantistas (MENDONÇA, 2013, p. 181). É dizer, com apoio especial em Douglas Fischer (2009) e em Vlamir Magalhães (2010), que a discussão sobre o garantismo no Brasil vem se desenvolvendo de maneira maniqueísta. Aqueles rotulados como garantistas

correspondem à vanguarda do bem, ao passo que aqueles que não se alinham com tais ideais formam a retaguarda do mal. Contudo, a vida prática é bem mais complexa (CALABRICH; FISCHER; PELELLA, 2013, p. 23).

A abordagem do Sistema Garantista Integral, ciente de tal complexidade imposta pela própria existência, não nega o garantismo individual, mas sim o complementa. O enfoque é também buscar analisar a contrapartida de todos direitos (individuais, metaindividuais e coletivos), que de igual forma estão constitucionalmente tutelados. O que se pretende é interpretar o garantismo sopesando-se as garantias dos direitos fundamentais individuais em conjunto dos demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais de natureza metaindividuais. Em síntese:

Do *garantismo penal integral* decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam *dignidade constitucional*, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de *direitos fundamentais individuais* implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos *garantismo penal hiperbólico monocular*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e

de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do *garantismo penal integral* (FISCHER, 2013, p. 53, grifo do autor).

Nessa medida, o garantismo integral busca tutelar garantias com o intuito de maximizar a eficácia de todos os direitos fundamentais segundo o que está determinado na Constituição. Essa proteção integral implica duas vertentes: o (celebrado) garantismo negativo, responsável pelas garantias individuais, e o (esquecido) garantismo positivo, como o dever de proteção estatal aos direitos coletivos em sentido *lato*.

Assim, ser garantista “[...] não significa adotar uma postura refratária, em gênero, à intervenção jurídico-penal, e tampouco militar pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado” (FELDENS, 2008, p. 66 apud MENDONÇA, 2013 p. 181). O modelo garantista de Ferrajoli, devido ao contexto histórico em que fora formulado, se debruça em proteger o indivíduo contra abusos. Dessa maneira, no seu ponto de vista, o processo penal deve obrigatoriamente se pautar nos princípios da jurisdicionalidade em sentido amplo, da inderrogabilidade do juízo, da presunção de inocência, do contraditório e na separação das atividades de julgar e acusar. Entretanto, no presente

[...] contexto da atual Constituição Federal, marcada pela proteção dos direitos fundamentais como um de seus pilares mestres, o Direito Penal e seu instrumento de aplicação, o Processo Penal, devem ser vistos em um marco protetor destes

mesmos direitos fundamentais. Em outras palavras, o Direito Penal não pode mais ser visto como inimigo do cidadão, mas, ao contrário, como um dos instrumentos mais fortes de proteção de seus direitos fundamentais (MENDONÇA, 2013, p. 182).

O legislador não pode transformar e inovar o Direito Penal ou Processual Penal desconsiderando as balizas firmadas pela Constituição. O seu ponto de partida deve ser, sempre, os princípios constitucionais, entendidos como o reflexo da ideologia constitucionalmente firmada. Nesse passo, os direitos e garantias individuais de todos que participam do processo penal devem ser respeitados (BARROSO, 1998, p. 141).

Nessa medida, o Estado, além de garantir a proteção do indivíduo, tem o dever de proteger e efetivar a tutela jurisdicional de modo satisfatório, assegurando, inclusive, a efetividade do seu exclusivo poder-dever de punir. Essa responsabilidade é do interesse de toda a sociedade, que tem o direito de ter o esclarecimento sobre as condutas criminosas bem como, em caso de sanção, sobre a fiel execução da condenação nos moldes constitucionais (MENDONÇA, 2013, p. 183).

Assim, caso seja necessário, adequado e proporcional, o garantismo positivo deve poder limitar o garantismo negativo, sem que isso acarrete, necessariamente, algum tipo de desequilíbrio ou ofensa aos postulados da Constituição Federal (FISHER, 2013, p. 43-44).

Fica então demonstrado, espera-se, que o rotulado “[...] garantismo penal hiperbólico monocular” (negativo) não pode

prevalecer sobre o garantismo integral (positivo). E a recíproca é verdadeira. Na verdade, a busca do sistema estatal deve ser sempre incessante no sentido de maximizar todos os direitos postulados na Constituição, e não só os direitos liberais de primeira dimensão, como se tem comumente defendido.

## **5 Necessidade, Adequação e Proporção em Sentido Estrito**

Para os fins aqui propostos, uma vez apresentada a diferença entre o garantismo individual e o garantismo integral, resta demonstrar agora a adequação da colaboração premiada, a sua necessidade e a proporcionalidade de sua adoção para que se justifique a imperativa, racional e proporcional mitigação do garantismo negativo pelo garantismo positivo.

Como é sabido, a análise de adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, deve se dar nessa ordem, um não podendo ser examinado antes do outro. Esses requisitos são também cumulativos, ou seja, devem estar presentes em todos os atos (ÁVILA, 2013, p. 182-186).

Nesse passo, o primeiro requisito a ser comprovado é a adequação entre o fim perseguido e o meio empregado pelo agente de poder. Um ato estatal será considerado adequado sempre que ele for considerado apto a atingir determinada finalidade. A avaliação do meio empregado deve ser puramente objetiva, sem valorações axiológicas em torno da sua maior justiça ou injustiça. Na adequação não se avalia qualquer aspecto de justiça ou injustiça. Por isso a doutrina sustenta que nesse requisito tem-

-se um exame isolado do meio empregado, ou seja, não o analisa comparado com outros meios que poderiam ser empregados (ÁVILA, 2013, p. 187-193).

Assim, em breves linhas, a colaboração é adequada, porque é apta à sua finalidade de instrumentalizar o Estado com informações seja sobre o destino e a localização dos bens oriundos das atividades criminosas, seja sobre a estrutura da organização criminosa.

Vencido o teste de adequação, passa-se, agora, a análise da necessidade da colaboração premiada.

Para tal desiderato, é necessário pontuar que “[...] o dever estatal de garantir a segurança de todos os cidadãos é um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado” (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 189). A certeza da manutenção da segurança nos âmbitos interno e externo é dever do Estado ao mesmo tempo em que é um direito do cidadão, até mesmo como condição primordial para que seja viável o exercício de todos os seus demais direitos fundamentais (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 246).

A justificativa que legitima a necessidade da colaboração premiada decorre exatamente dessa obrigação estatal de proteção. Com efeito, a “[...] eficiente e justa atuação do Judiciário e do Ministério Público no processo de julgamento do alegado *ius puniendi* estatal afigura-se como direito social constitucionalmente assegurado” (LIMA, 2013, p. 299). Dado esse fato, em paralelo, é certo também que as atividades das organizações criminosas

e também do terrorismo representam um perigo concreto para a segurança da sociedade (LIMA, 2013, p. 303).

Da soma dos dois últimos fatores (obrigação de exercer o *ius puniendi* e nocividade do crime organizado), sob o prisma do garantismo integral, há uma consequente proibição da proteção insuficiente por parte do Estado da tutela do direito de bem-estar e segurança da sociedade (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 246). Essa proibição constitui a comprovação da necessidade. Assim, fica determinado o dever de agir do Estado no sentido de prevenir e reprimir também tais modalidades delitivas organizadas com o viés de concretizar o direito a segurança pública (LIMA, 2013, p. 299).

O dever de proteção aqui se dá, também, mas não exclusivamente, pela adoção de medidas de ordem penal e processual penal, que podem ser derivadas do dever de proteção, sem representar uma perversão da ideia de direitos fundamentais (BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 246-247).

Nesse especial cenário de ameaça de lesão, violação ou insatisfação na tutela dos direitos individuais e coletivos (em sentido *lato*), faz-se necessário o uso de técnicas alternativas e excepcionais para realizar o dever estatal de proteção, ainda que sua adoção se traduza em algum nível de mitigação de garantias individuais. E não há nada de errado, injusto ou em contrariedade com a ordem jurídica nesse uso de técnicas processuais não clássicas. A necessidade da colaboração premiada decorre da carência dos meios aptos de produção de prova tradicionais

(baseados no garantismo negativo) contra um tipo especial de criminalidade: o crime organizado (LIMA, 2013, p. 303).

Com efeito, demonstrar em juízo os atos de uma organização criminosa é tarefa das mais árduas na atualidade. O maior desafio posto para o legislador e para a doutrina nos tempos modernos é o combate à criminalidade organizada, em razão da própria complexidade, especialidade e natureza sigilosa das suas atividades (FERNANDES, 2012, p. 32-33).

Winfried Hassemer (2007, p. 139) ensina que a “[...] ‘prevenção técnica’ poderia ser um meio que pode substituir constantemente a intervenção nos direitos da liberdade dos cidadãos”. Ocorre que o aparato estatal do que o autor transparece delinear, mas não diz ser, como uma espécie de “Direito Administrativo sancionatório” ainda é muito incipiente. Portanto, não é capaz de satisfazer a necessidade por melhores meios de supressão da criminalidade organizada.

Essa deficiência em aparatos hábeis para produzir os meios probatórios necessários não pode ser admitida pelo Estado Democrático de Direito, sob pena de violação do garantismo positivo. Nesse passo, o Estado deve maximizar a busca por caminhos alternativos que viabilizem o incremento da quantidade e da qualidade de material informativo/probatório que seja capaz de embasar satisfatoriamente uma sentença penal de mérito, seja ela condenatória ou absolutória (LIMA, 2013, p. 303).

Ao mesmo tempo, o Estado deve ser controlado por meio de regras claras, para que o sucesso de um instituto que

possui, obrigatoriamente, características de alternatividade, excepcionalidade e temporariedade nunca extrapole os estritos limites da necessidade e se vulgarize. De fato, é imperativo que a adoção dos meios excepcionais de obtenção da prova para a apuração da criminalidade organizada seja “[...] marcada pela estrita necessidade, a fim de se evitar excessos nesse delicado campo” (SILVA, 2002, p. 2-3), pois qualquer restrição aos direitos fundamentais deve ser decidida de modo seguro e certificado, sopesando-se as consequências desejáveis e indesejáveis, sem fazer “[...] recrudescimentos jurídicos em lotes” (HASSEMER, 2007, p. 146). Assim, uma política de segurança interna proporcional deve sempre agir de modo comedido e objetivo.

Dessa feita, fica comprovada a necessidade de adoção de técnicas alternativas de meios de prova, sobretudo para o combate à criminalidade organizada, visto que de outro modo não se consegue atingir o seu efetivo combate.

Todavia, de posse tão somente dos argumentos da adequação e da necessidade, a justificativa para a adoção da colaboração premiada ainda se encontra incompleta (ÁVILA, 2013, p. 182-186). Há que se demonstrar, ainda, a proporcionalidade racional da adoção da colaboração premiada como medida excepcional. Em outras palavras, é preciso demonstrar que a colaboração premiada é o melhor (ou o menos pior, a depender dos olhos de quem observa) caminho alternativo apto a produzir os resultados almejados. Em última análise, cuida-se de uma ponderação de custo *vs.* benefício (ÁVILA, 2013, p. 182-186).

Esse critério de adequação e proporcionalidade da colaboração premiada talvez seja mais bem elucidado por meio da exclusão. O método de eliminação se presta a indicar que, entre as medidas alternativas disponíveis, a colaboração premiada é a que menos agride garantias fundamentais individuais (garantismo negativo) e, nesse passo, é a mais legítima dentro de um Estado Democrático de Direito.

Tal argumento parece ser o bastante para afastar algumas posturas radicais de seus críticos, que equiparam a delação premiada a algo diabólico, comparando e nivelando o seu regrado uso com a tortura (GARCIA, 2006) e os métodos inquisitoriais, entre eles o próprio Ferrajoli (2006, p. 524). Com efeito, o traço essencial da colaboração com a justiça deve ser sempre a voluntariedade. De fato, trata-se de um acordo de colaboração.

O depoimento de qualquer acusado, seja ele colaborador da justiça ou não, é uma manifestação do direito de autodefesa, direito de natureza renunciável (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 74-75). O direito a não se autoincriminar, um de seus desdobramentos, reza que não “[...] pode o suspeito ou o acusado ser *forçado* a produzir prova contra si mesmo” (FERNANDES, 2012, p. 264). Logo, é falsa a equiparação da colaboração premiada com métodos de extorsão de declarações como é a tortura. Mesmo porque, seja nos modelos inaugurais, seja no parco regramento brasileiro, a voluntariedade da colaboração é imperiosa para que o magistrado homologue o acordo celebrado.

Nesse passo, parece razoável perceber que, ante a

necessidade de restrições de garantias (e não de eliminação de garantias), a delação premiada protege em maior medida o conteúdo mínimo dos direitos do colaborador, sendo, assim, preferível às outras opções que lhe são erroneamente equiparadas (MIRANDA, 2012, p. 826).

Portanto, o uso da colaboração premiada deve ser regrado, sem que nunca se olvide de “[...] verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face do valor maior a ser protegido” (FERNANDES, 2012, p. 63). E que não se tenha medo: caso se verifique a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade, o garantismo positivo deve sim limitar o garantismo negativo, sem que isso configure obrigatoriamente uma ofensa às liberdades individuais (FISCHER, 2013, p. 43-44).

Por essa exata razão, todas as críticas principiológicas e constitucionais podem ser compatibilizadas com o modelo da colaboração premiada. Como é sabido, nenhum direito fundamental é absoluto. Nesse passo, à luz do Garantismo Integral, há de se compatibilizar o garantismo negativo com o garantismo de proteção sempre que presentes a adequação, a necessidade e proporcionalidade da medida (MIRANDA, 2012, p. 826).

Superadas tais questões, por último, mas não menos importante, deve-se avaliar a legitimidade e a constitucionalidade da colaboração premiada sob o prisma da ética e da moral.

## **6 Ética e Colaboração Processual do Acusado**

O discurso de que a delação premiada é um instituto eticamente reprovável, espúrio e imoral é comum entre seus opositores (GARCIA, 2006; MARCÃO, 2005; NOGUEIRA, 2010; PEDROSO, 2013). Em linhas gerais, a lógica deduzida pelos contrários à delação premial é a de que não pode o Direito fomentar um comportamento que se baseia em uma traição e no rompimento de um dever de confiança (PEDROSO, 2013). Garcia (2006, p. 2-3) aduz que a “quebra de confiança” que se opera com a delação gera, “[...] necessariamente, desagregação, e esta traz a desordem, que não se coaduna com a organização visada pelo pacto social e com a ordem constitucional legitimamente instituída”.

Esse tipo de ponderação não merece proteção jurídica. Antes de ser uma traição, a colaboração é um indício de revelação da verdade. Verdade que, resalte-se, pode levar à resolução e à prevenção de condutas delitivas bem como à captura de uma vítima de sequestro com vida. Aquele que contribui para a proteção de tais bens jurídicos há de merecer benefícios em relação aos comparsas que, de posse de iguais oportunidades, optaram por proteger, seguir e exaurir com a atividade criminosa.

Contrário senso, “[...] o auxílio prestado pelo investigado ou acusado só violaria a ética caso existisse um suposto ‘dever moral’ devido aos integrantes de organização criminosa”, hipótese que se revela totalmente descabida (LIMA, 2013, p. 306). O que melhor sintetiza e refuta a questão é Carlos Lima:

Primeiro ponto a ser superado é o da suposta imoralidade desse acordo, comparado muitas vezes à traição. Amiúde seus detratores equiparam os investigados/réus colaboradores a Judas Iscariotes ou a Joaquim Silvério dos Reis. Trata-se de imagem forte, mas destituída de qualquer razoabilidade. Nenhuma pessoa delatada é Jesus Cristo nem Tiradentes. Não há regra moral na omertà, não se pode admitir como obrigação ética o silêncio entre criminosos. Na verdade, a obrigação é para com a sociedade. O que existe realmente é o dever de colaborar para a elucidação do crime, pois esse é o interesse social (LIMA, 2013).

Com efeito, pensar a colaboração premiada como antiética viola, na verdade, o próprio campo ético jurídico vigente no ordenamento, pois permite que coautores de delitos se beneficiem da qualidade de criminosos, ao se protegerem reciprocamente sem prestarem qualquer declaração com base em um dever moral de companheirismo bandido (LIMA, 2013, p. 306). Na verdade, a obrigação do acusado colaborador é para com a sociedade. O que existe realmente é o dever de auxiliar na elucidação do crime, esse sim um direito de interesse da coletividade (LIMA, 2013), como demonstrado acima, à luz do garantismo integral.

Mittermayer (2008, p. 195), por sua vez, ilustra outro tipo de confusão que também é bem recorrente entre os opositores da colaboração premiada e que, por pressuposto, não merece guarida (NOGUEIRA, 2010, p. 16). O autor parte da premissa de que a delação premiada igualmente é imoral, pois motivada em sentimentos egoísticos e em interesses em prêmios, e não

na proteção da sociedade, podendo incentivar a incriminação de inocentes (MITTERMAYER, 2008, p. 195).

Essa posição, apesar de comum, com a devida vênia, é inverídica, pois mistura campos de conhecimento que devem estar separados.

Em primeiro lugar, em nenhum momento a colaboração premiada objetiva qualquer fim dependente de um sentimento de real arrependimento por parte do agente pelos atos por ele praticados. Cuida-se, portanto, de um sofisma comum na doutrina que busca um reajuste moral do delinquente, impossível de se apurar. Não se exige uma postura de arrependido do colaborador (NOGUEIRA, 2010, p. 16). De fato, a delação não premia o arrependimento, mas sim a colaboração eficaz com o Estado nas investigações e na ruptura de atividades criminosas extremamente nocivas para a sociedade.

Em segundo lugar, com Lima (2005), impõe-se afirmar que “[...] não há nas palavras de um colaborador senão indícios de crimes a serem investigados”. Assim, não se pode permitir incriminações indevidas, pois as declarações do colaborador jamais se bastam. Na verdade, os depoimentos prestados são caminhos a serem seguidos e confirmados. A colaboração processual, portanto, deve sempre servir apenas de gatilho para iniciar investigações ou para que se aprofunde naquelas já em curso, com melhor norte. Ela não se presta a fundamentar uma condenação por si mesma.

Portanto, não obstante o questionamento ético e a censura

moral que a colaboração premiada possa vir a ter, cuida-se de instituto legítimo que “[...] permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas” (SILVA, 1999, p. 5) bem como traz o criminoso novamente para comungar dos valores do Estado Democrático de Direito (MONTE, 2001 apud LIMA, 2013, p. 306). Com a lição de Nucci (2013, p. 50) pode-se afirmar, por fim, que a rejeição da colaboração premiada, sobretudo por razões de cunho ético, constituiria um verdadeiro prêmio ao crime organizado.

## **7 Brasil, Estado Nacional Cooperativo**

Ultrapassadas as questões éticas e morais contrárias à colaboração premiada, à guisa de arremate, impõe-se ressaltar que o instituto da delação premiada é hoje uma tendência mundial. O Brasil, na qualidade de um Estado Nacional Cooperativo, não se encontra insulado juridicamente do mundo.

Sobretudo para o combate às organizações criminosas, é crucial a cooperação internacional por meio de Tratados e Convenções, já que a atividade tem como traço definidor o fato de ser transnacional. Desse modo, para o combate efetivo, é necessário um esforço conjunto de todas as nações. Nesse passo, assinalando as tendências mundiais em termos de Direito Processual Penal, Antônio Scarance Fernandes (2012, p. 29) aponta para a evidente aproximação entre os sistemas de direito processual da Europa continental e os sistemas da *Commom law*.

Segundo leciona, a manifestação desse fenômeno que possui

maior destaque é a gradual abertura ao princípio da oportunidade da ação penal, quebrando o dogma do princípio da obrigatoriedade, especialmente mediante novas alternativas procedimentais para evitar o processo e estimular o acordo (FERNANDES, 2012, p. 29-30). No mesmo sentido, o autor ressalta a tendência mundial no tratamento diferenciado às diversas formas de criminalidade, sendo o âmbito do crime organizado o mais problemático. De fato, a colaboração premiada é recomendada por documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. A Convenção de Palermo, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.015/2004, prevê que

[...] cada Estado-Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção (BRASIL, 2004).

A colaboração premiada, nessa medida, é uma técnica especial de investigação (TEI) e vem sendo utilizada há anos com sucesso em vários países, como Itália, França, Colômbia e Estados Unidos, para enfrentar graves problemas de delinquência organizada, inclusive o terrorismo (ARAS, 2010).

De todo o exposto, fica demonstrado a adequação, a necessidade, a proporcionalidade, a moralidade e, via de consequência, a viabilidade, a legitimidade e a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico

brasileiro. O instituto da delação ou colaboração premiada, portanto, se submete aos ditames que a essa ordem se impõem.

## **8 A Promessa: Projeto do Novo Código Penal**

Esse parece ter sido o percurso adotado pelo projeto do novo Código Penal, que também abarca a matéria. Tramitando no Congresso Nacional desde 9.7.2012, o Projeto de Lei do Senado (PLS) está sob a rubrica PLS 236/2012, o processo de elaboração do projeto começou em outubro de 2011. A responsabilidade pela relatoria ficou a cargo do então senador Pedro Taques (PDT-MT).

A colaboração premiada é festejada pelo relator. São deles as seguintes palavras:

[...] a colaboração dos agentes criminosos é fundamental, e daí a manutenção necessária do instituto da delação premiada, já vigente no ordenamento jurídico, com inúmeros benefícios efetivos e práticos para a apuração das condutas criminosas. Nem se diga que tal instituto seria imoral ou algo parecido. As críticas a tal instituto com base nessas premissas defluem de questões eminente ou preponderantemente ideológicas, mas sem qualquer supedâneo jurídico suficientemente defensável para seu afastamento.

Não apenas por ser uma realidade factível, plenamente conformada pelo sistema constitucional brasileiro (ademais de já chancelada pelo STF), esse instituto é bastante por si mesmo para permitir que, naqueles casos mais graves, possa um dos agentes criminosos ser beneficiado por redução de pena se trazer dados acerca das condutas criminosas de outros agentes, que, concatenados com os demais elementos de prova,

possam auxiliar o Estado na punição efetiva dos demais agentes criminosos (BRASIL, 2013).

Polêmicas à parte, a imprescindível utilização do colaborador deve ser balizada sempre com parcimônia e sempre amparada em outros meios de prova aptos a confirmar as suas declarações (NOGUEIRA, 2010, p. 16), o que, como se verá adiante, foi priorizado no projeto.

A relatoria, assim, transparece um viés bastante pragmático, parecendo se alinhar à recomendação dada por Alfredo Falcão Jr. (2011) ao tratar sobre a delação premiada. Para o autor, ao se trabalhar com o instituto da colaboração processual, é importante buscar caminhos que fujam dos discursos fundamentalistas. Ademais, a medida pede cautela, pois sua transposição pura e simples pode ensejar choques com alguns princípios constitucionais relativos ao processo penal (CARLI, 2009).

De todo modo, ao analisar-se o texto legal propriamente dito, vê-se, em primeiro lugar, que a expressão de cunho ofensivo “delação premiada” foi preterida. No projeto, deu-se preferência à adoção do termo “colaboração com a Justiça”.

Da inicial leitura dos artigos 104 e 105 do PLS 236/2012, aparentemente a lei brasileira seguirá restringindo a delação apenas a um instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, e com reflexos limitados na fixação da pena, com sua diminuição ou concessão do perdão judicial (SILVA, 2009, p. 67). Do mesmo modo, nada muda em relação aos limites máximo e

mínimo para a redução da pena. Também seguem inalterados os requisitos para a concessão dos benefícios ao colaborador.

Quanto aos pontos de inovação do projeto, verifica-se a presença de alterações que trazem consequências positivas à consolidação do instituto da colaboração premiada no Direito brasileiro. Caso ocorra a manutenção da colaboração premiada nos termos postos, pelo lado positivo pode-se indicar, em primeiro lugar, a previsão de novo benefício de aplicação de penas restritivas de direito. É mais uma hipótese de benesse para o colaborador voluntário, o que aumenta as possibilidades do acusador frente ao acusado, dando mais viabilidade e eficácia ao instituto.

O artigo 105 do projeto, em adição, traz muitas inovações salutares. Com efeito, se fixou expressamente a necessidade da presença do defensor do acusado na celebração do acordo. Importantíssima também é a previsão do inciso I, vinculando o juiz ou tribunal da causa aos termos firmados no acordo. A permanecer assim, o texto garantirá eficácia às promessas do Ministério Público, protegendo os interesses do colaborador que cumprir sua parte no que fora pactuado. Essa previsão já era há muito sugerida pela doutrina (LIMA, 2009) e vem garantir a honestidade e a ética também por parte do Estado como contrapartida ao colaborador que cumpriu com o acordado e acaba por impor a judicialização da questão, o que acarreta uma série de consequências benéficas, rebatendo algumas das críticas deduzidas contra o modelo, pois afasta o juiz da causa do interesse na produção de provas,

priorizando o sistema acusatório (CARLI, 2009); proporciona um controle jurisdicional do pactuado de modo mais imparcial e dá publicidade ao acordo, respeitando sempre o sigilo processual.

O artigo 105, inciso II virá reforçar a inafastável necessidade de que as declarações do colaborador sejam acompanhadas de outros “elementos probatórios convincentes”. De notar a elogiável técnica legislativa ao não exigir provas, mas sim elementos probatórios. Ademais, tal exigência afasta a suspeita de que a colaboração fomentaria um comportamento acomodado do Ministério Público e da autoridade policial pela facilidade de obter provas, crítica muito comum entre os contrários ao instituto (PRADO, 2006). No mesmo sentido, a aludida exigência do artigo 105, inciso II, protege terceiros de serem falsamente acusados por razões egoísticas do acusado. Esse tipo de comportamento egoístico e dissimulado é duramente combatido pelo projeto, inclusive sendo uma conduta típica penal prevista no artigo 268, inciso II (BRASIL, 2013).

Por fim, os incisos III e IV, respectivamente, garantem expressamente a proteção do colaborador e de seus familiares por meio da aplicação da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas e o sigilo do acordo de colaboração, que deve ser de conhecimento exclusivo dos advogados das partes envolvidas no acordo. Em adição, aqueles que têm acesso aos termos do acordo são obrigados a preservar o segredo, sob as penas da lei. Tais medidas são também louváveis, para garantir a integridade física daquele que busca auxiliar o Estado prestando informações.

Do desenrolar de todas as críticas deduzidas contra as leis esparsas, somadas às pontuadas louváveis alterações que estão propostas no projeto e a demonstração da viabilidade do instituto, pode-se chegar à conclusão que o balanço geral é positivo. O texto firma pontos cruciais para a eficácia da colaboração premiada, instrumentaliza o Ministério Público e busca proteger o acusado colaborador.

## 9 Conclusão

De todo o exposto tem-se que, pelo Garantismo Integral, o Estado, além de garantir a proteção do indivíduo, tem o dever de proteger e efetivar a tutela jurisdicional de modo satisfatório, assegurando, inclusive, a efetividade do seu exclusivo poder-dever de punir. Essa responsabilidade é do interesse de toda a sociedade, que tem o direito garantido de bem-estar e segurança bem como tem o de ter o esclarecimento sobre as condutas criminosas. Verificadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, o garantismo positivo deve sim limitar o garantismo negativo (de Ferrajoli), sem que isso configure obrigatoriamente uma ofensa às liberdades individuais.

**Title:** The Plea Bargain Agreement in Brazil: a Legitimacy Analysis Between Ferrajoli's and Unabridged Warranty Constitutionalism

**Abstract:** The organized crime is no longer an academic idealism. In fact, organized crime is an undeniable reality. However, when it comes down to investigation tools, the classical criminal procedures have little to offer against the complex structure that informs those types of crime. In that context, the use of an

associate as an informant might become useful. In point of fact, nowadays, one of the most useful weapons in this constant struggle against crime is the plea bargain agreement. However, a lot has been said against this method, mostly due to the false argument that it is not guided by constitutional principles. In this context, this study aims to analyze and prove that, as an exceptional measure, the practice of plea bargaining not only respects all the procedural guarantees but also promotes several constitutional principles.

**Keywords:** Ferrajoli. Criminal process. Organized crime. Constitutional guarantees. Plea bargaining.

## Referências

ARAS, Vladimir. *Todo delator é um traidor?* 16 fev. 2010. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2010/02/16/todo-delator-e-um-traidor/>>. Acesso em: 3 out. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11. ed. São Paulo: Hemus, 2000.

BRASIL. Congresso. Senado. *Parecer n. de 2013*. Da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que reforma o Código Penal Brasileiro, e proposições anexadas. Relator: Senador Pedro Taques. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=134532&tp=1>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

BRASIL. *Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm)>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 90.962, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Haroldo. Brasília, DF, 19 maio 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 22 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.736. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, 27 abr. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 20 maio 2010.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CARLI, Carla Veríssimo de. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 204, p. 16-18, nov. 2009.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.) *Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 307-309.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. Delação premiada: constitucionalidade e valor probatório. *Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, p. 1-22, 2011. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista\\_2011/2011\\_Dir\\_Penal\\_Falcao\\_Junior.pdf](http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 20 set. 2013.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 10, p. 247-266, jan./jun. 2008. Disponível em: <[https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/delacao%20premiada\\_Fonseca.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/201/delacao%20premiada_Fonseca.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 20 set. 2013.

GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas! *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 2-3, fev. 2006.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação Premiada. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

IHERING, Rodolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio E. de. *Estágio atual da 'delação premiada' no direito penal brasileiro*. Nov. 2005. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigo/artigos.asp?codigo=716](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigo/artigos.asp?codigo=716)>. Acesso em: 20 set. 2013.

LIMA, Camila Eltz de; CARVALHO, Salo de. Delação premiada e a confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 57, n. 385, p. 123-138, nov. 2009.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Delação para colaborar com a sociedade. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 5 ago. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2908200509.htm>>. Acesso em: 5 out. 2013.

LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 285-310.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/205/205](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/205/205)>. Acesso em: 20 set. 2013.

MARCÃO, Renato. Delação premiada. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 2, n. 7, p. 103-107, ago./set. 2005.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do código de processo penal, sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

MIRANDA, Gustavo Senna. Ministério Público e a colaboração premiada. In: FARIA, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodvium, 2012.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal: exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal*. Tradução de Hebert Wüntzel Heinrich. 5. ed. Campinas: Bookseller, 2008.

NOGUEIRA, Tiago de Souza. Delação premiada: matiz política ou utilitarista? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18. n. 212. jul. 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PASTRE, Diogo Willian Likes. O instituto da delação premiada no direito processual penal brasileiro. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 55-77, dez./jan. 2009.

PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida. Colaboração processual e a inquietante indagação: a delação é mesmo premiada? *Revistas Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 9, n. 53, p. 65-71, abr./maio 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Compatibilização constitucional da colaboração premiada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 17, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista CEJ*, Brasília, v. 13, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 10-12, fev. 2006.

RASCOVSKI, Luiz. A (in)eficiência da delação premiada. In: ZAPALA, Amália Gomes et al. *Estudo de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

SILVA, Eduardo Araújo da. Breves considerações sobre a colaboração processual na Lei nº 10.409/02. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, n. 121, p. 2-4, dez. 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 85, p. 4-5, dez. 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996.

---

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MESQUITA, Bruno Utsch. A colaboração premiada no direito brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do garantismo de Ferrajoli e do garantismo integral. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 487-530, 2015. Anual.

---

**Submissão:** 1/7/15

**Aceite:** 1/10/2015