

DELAÇÃO PREMIADA: NOVO PASSO PARA UM PROCEDIMENTO MEDIEVAL

Ciências Penais | vol. 5 | p. 269 | Jul / 2006 | DTR\2006\392

Adel El Tasse

Advogado. Procurador Federal junto à UFPR. Professor de Direito Penal nas Escolas da Magistratura Federal e Estadual do Estado do Paraná. Professor e Diretor do Curso Jurídico, preparatório para exame da OAB e de atualização forense para Advogados (Curitiba). Professor no Curso LFG. Mestre em Direito Penal. Doutorando em Direito Penal. Integrante da coordenadoria do Paraná da ABPCP.

Área do Direito: Geral

Resumo: O instituto da delação premiada é utilizado, na atualidade, com amplitude no Processo Penal brasileiro, importa, porém, observar o seu conflito evidente com os princípios fundamentais de garantia do ser humano, bem como sua associação direta com o sistema de poder medieval, não representando qualquer tipo de solução adequada para fazer frente ao combate ao crime. O funcionamento do instrumental delacional no Brasil, ademais, é precário e eivado de vícios que o tornam criticável sob qualquer enfoque em que a questão seja abordada.

Palavras-chave: Delação premiada - Inconstitucionalidade - Imoralidade

Sumário: 1.A exploração do pânico coletivo para a produção de ataques às garantias fundamentais - 2.A falsidade do discurso que sustenta ser a delação premiada medida avançada e moderna - 3.A ética da traição e sua premiação - 4.Ataque aos princípios fundamentais do processo democrático na delação premiada - 5.Ainda, o Estado ensina que, além de trair, deve-se mentir - 6.Illuminismo antes das trevas

1. A exploração do pânico coletivo para a produção de ataques às garantias fundamentais

Os problemas contemporâneos da criminalidade têm conduzido a sociedade a um sentimento de torpor coletivo, em que qualquer solução que tenha roupagem de endurecimento na legislação penal, aliada à promessa de maior punição aos atos delituosos, é prontamente aplaudida, sem maior e cautelosa reflexão pela sociedade.¹

O aparente descontrole produzido pela crescente espiral criminoso atua em conjunto com o aumento da irracionalidade social que, inclusive, contagia operadores do direito, produzindo uma legislação de guerra, em um quadro em que o Estado se torna o responsável pelo terror, pois sua reação é desmedida, agressiva e seriamente comprometedora das garantias fundamentais.²

O tema da delação premiada insere-se com perfeição nesse debate, pois se de um lado há a idéia de trazer o indivíduo acusado de um crime a atuar como auxiliar da justiça na punição de seus co-autores, por outro lado há um ataque aos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado Democrático de Direito.

Talvez a colaboração do co-réu permita a punição de delitos graves em sociedade. Talvez o sistema de delação premiada permita que se aproxime da verdade material sobre determinados crimes, porém não há certeza de que tais objetivos se cumpram, enquanto surge inexorável a certeza de que o sistema em que é incentivada a ação do acusado, em apoio ao Judiciário, produz quebra às garantias constitucionais importantes.

A legislação brasileira atual, guiada pelo discurso político do crime, produziu um cenário penal próprio de ineficiência e simbolismo. Ao largo dos anos foi sendo produzida uma avalanche legislativa tratando as mais diferentes e mesmo banais hipóteses como delituosas, avançando o poder punitivo do Estado sobre as liberdades individuais.³

Igualmente, as respostas penais sofreram um agravamento, como, por exemplo, a categorização de alguns crimes como hediondos e o estabelecimento de obstáculos à progressão de regimes.⁴

Embora tal processo não tenha passado de todo despercebido pela doutrina penal brasileira, é verdadeiro afirmar que ocorreu certo afastamento de alguns setores do Poder Judiciário da pregação dogmática do direito penal e dos aspectos garantistas que esta traz em seu bojo, optando-se por uma racionalização utilitarista do direito penal.⁵

Assim, entre o respeito dogmático à noção de conduta da dogmática penal, opta-se pelo utilitarismo da punição de pessoas jurídicas; entre o respeito ao princípio da culpabilidade, opta-se pela punição em razão da simples condição de administrador de empresas; enfim, opta-se, sempre, pela punição, não havendo preocupação maior com o aspecto dogmático, principiológico, garantista que seja atacado.⁶

Efetivamente, a promessa de um alargamento punitivo conta com apoio popular, não há como negar tal dado verificável no dia-a-dia das relações sociais, assim como com apoio popular gozava a implementação da República de Weimar e a matança de deficientes físicos pelo regime nazista. Igualmente, apoio popular detinham os Tribunais do Santo Ofício.

A história humana encontra, nos auges da violência e do ataque ao ser humano em sua essência, os momentos de maior apoio popular a um determinado governo ou campo de exercício do poder. É inegável que as pessoas em geral encontram uma falsa sensação de segurança nos espetáculos de violência e agressão.

É assim que queimando bruxas todos estão livres do ataque do diabo. É assim que matando deficientes físicos todos fazem parte de uma sociedade mais forte, eis a lógica perversa do agravamento interventivo estatal, em mitigação das liberdades fundamentais.

A experiência americana atual é ilustrativa: sob a promessa do fim ao terrorismo se admitiu, naquela que se anuncia como a pátria da democracia, a utilização de prisões especiais e longe do controle. Agora se assombra o mundo com o espetáculo de violências, torturas e sevícias praticadas pelo Estado americano contra prisioneiros sobre os quais nem existe acusação formal, mas são detidos em razão de sua origem étnica. No início, a população americana aplaudiu, agora se mostra atônita e não sabe o que fazer para vencer o monstro que ela própria apoiou a criação.

Outro exemplo atual do que se tem aqui afirmado é o atual genocídio de libaneses promovido pelo Estado de Israel, sob os aplausos da grande maioria de sua população civil, com mísseis autografados por suas crianças momentos antes de serem lançados para matar crianças libanesas e assim agem os israelenses porque acreditam estar aumentando a sua segurança.

A verdade é que a coletividade tem dificuldade em enfrentar os problemas que a afligem pelo combate efetivo às suas causas, preferindo discursos sensacionais. E que discurso pode ser mais sensacional que aquele que prega superpunições? Que discurso pode ser mais sensacional que aquele que apregoa a agressão aos taxados de inimigos da sociedade?

Assim, surgem leis que nada têm a ver com as estruturas democráticas, forjadas pelo sofrimento de milhares de seres humanos especiais, que entregaram suas vidas em salvar o homem do mito da necessidade e eficácia da abusiva intervenção estatal.⁷

A delação premiada insere-se com perfeição na promessa de maior punição em troca da renúncia pela sociedade de parte de seus direitos, não sem razão tendo nos últimos anos, em que houve o agigantar da sensação de impunidade, sofrido um incremento em um número expressivo de legislações.

O instituto da delação premiada, no Brasil, encontra-se previsto, na atualidade, em vários dispositivos legais, como, por exemplo, o § 4.º do art. 159 do CP (LGL 1940\2) , com a redação dada pela Lei 9.269/96; a Lei 7.492/86, em seu art. 25, § 2.º; a Lei 8.072/90, no art. 8.º, par. ún.; a Lei 8.137/90, em seu art. 16, par. ún.; a Lei 9.034/95, no art. 6.º; a Lei 9.613/98, no art. 1.º, § 5.º; a Lei 9.807/99, pelo disposto no art. 14; a Lei 10.409/02, na forma do art. 32, § 2.º.

2. A falsidade do discurso que sustenta ser a delação premiada medida avançada e moderna

A defesa do mecanismo utilitário da delação premiada tem produzido argumentos representativos de absurdo tão expressivo que somente podem se pautar pela má-fé daqueles que sabem as violências que praticam, mas tentam justificá-las sob áurea angelical, como o demônio, que na tradição sempre faz questão de lembrar que nada mais é que um anjo, tudo bem que caído, mas um anjo.

A delação premiada não se constitui em um recurso moderno do processo penal, assim como não se apresenta como repercussão de nenhum avanço especial havido na persecução criminal. Em verdade, a delação premiada sempre representou, juntamente com a prática da tortura, uma das

ferramentas fundamentais dos processos arbitrários, em especial os medievos de índole inquisitorial.

Para que se visualize com clareza, é de observar que a primeira previsão da delação premiada no território brasileiro não decorreu de nenhuma legislação ultramoderna e avançadíssima, como muitas vezes se tenta fazer crer, mas das vetustas ordenações do rei. O Código Filipino, no Título CXVI, estabelecia expressamente as regras de "como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão".

Efetivamente o procedimento de índole inquisitorial, com apego às idéias fundamentais desenvolvidas pelo Tribunal do Santo Ofício, tem na delação praticada pelo acusado um dos elementos essenciais de prova, além, evidentemente, de constituir medida investigatória fundamental.

O autoritarismo na investigação sempre teve em alta conta o exercício de pressão sobre o indivíduo acusado, para que este promova a entrega à autoridade responsável pela punição de outras pessoas que entende serem envolvidos em atividades criminosas.

O markartismo americano também fez uso permanente da delação premiada. No momento em que o pensamento arbitrário calcado na busca de punições a pessoas pelas suas idéias ganhou espaço nos Estados Unidos, o método fundamental de investigação foi a delação, com o perdão oferecido a quem denunciasse outros, criando uma espiral de perseguições e mentiras em que pessoas afirmavam atividades "perigosas" como tendo sido praticadas por cidadãos que nem conheciam, como forma de livrarem-se de punições.

Assim, nada mais se tem que a nova encenação de uma velha peça, carcomida pelo tempo e rejeitada pelo seu histórico de abusos e opressões.

3. A ética da traição e sua premiação

Sob enfoque ético, delação nada mais é que a traição, a falta de lealdade. É certo que em circunstância alguma pode ser considerado o ato de traição algo positivo, prestigiado, objeto de aplausos.

O emprego do instituto da delação premiada traz na esteira de uma visão utilitarista de justiça, em que fins justificam meios, o abandono relativamente tranqüilo de barreiras éticas importantes, chegando mesmo a soar estranho que se afirme o gravame ético-moral que a adoção de medidas de apoio à delação provoque.

Com efeito, mesmo não estando a atual estrutura judicial circunscrevendo seu nível de análise totalmente apegada aos conceitos éticos e morais, a reflexão científica da delação premiada não pode ignorar o sentimento de desrespeito a tais valores que produz, gerando idéia de que a traição e a deslealdade são hipóteses positivas e que devem ser premiadas.

Não é, a propósito, outra a realidade experimentada pelo instrumental da delação premiada. O que ocorre é um prêmio ofertado pelo Estado ao agente que, além de criminoso, é traidor e desleal.

O tão nefasto espírito patrimonialista, denunciado por Weber, que produz, entre outros reflexos, o desejo desmedido de sempre obter vantagens pessoais sem nenhuma barreira ética, mostra-se em toda a sua compleição no instrumental da delação premiada.

Ao indivíduo criminalmente acusado acena-se com a melhora de condições penais em troca de sua colaboração. Ocorre que a colaboração desejada não é como a colaboração do Rei Arthur ao povo de Camelot, mas um gesto real de traição, como o de Lancelot e Guinevere.

O desenvolvimento lógico regular faz verificar que a sociedade assiste com normalidade o Estado brasileiro afirmar que a traição é algo positivo, bom, digno de prêmio. O torpor que a exploração sensacionalista dos problemas da delinqüência produz gera efeitos ainda mais drásticos, pois as pessoas verdadeiramente aplaudem a entrega do prêmio ao traidor, como aplaudem o capitão de seu time levantar a taça de campeão.

O comprometimento de valores relevantes de futuras gerações é evidente. O Brasil tem, na visão sociológica, a necessidade de combate severo a alguns males que lhe são estruturantes,

destacando-se, neste campo, o que se convencionou chamar como a "Lei de Gerson", forjadora de um caldo de cultura nefasto e desenvolvimentista da corrupção e ausência de formação de uma noção efetiva de nação calcada na busca de interesses comuns de todos os cidadãos.

Pouco se tem acompanhado em termos de desenvolvimento de ações sérias e reais que visem atacar este mal da sociedade brasileira, ao contrário sendo o mesmo reforçado com o estabelecimento normativo de que a deslealdade, desde que para levar vantagem, é boa, é premiável, goza de prestígio junto ao Estado e a seus representantes.

As pessoas, novas gerações, constroem suas personalidades com a visão de que a fatídica "Lei de Gerson", só lei não é, como incentivada pelo Estado e aplaudida pela sociedade e, assim, a obtenção da vantagem nas mais diferentes situações, traindo, produzindo prejuízos a terceiros, está justificada, pois o que importa é conseguir melhoras pessoais.

Embora a moral e o direito não se confundam, até mesmo em razão da amplitude que cada campo oferta, mais amplo naquele, ao objeto estudado, é também correto afirmar que quando se constrói o sistema jurídico não pode este servir ao desenvolvimento de uma moral contrária aos postulados éticos que permitem a prosperidade de toda comunidade.

Com a delação premiada o ordenamento jurídico traz ao cenário o apoio ao expediente aético, em defesa do desenvolvimento da solução moralmente comprometida para resolução dos problemas pessoais do acusado e de uma falsa perspectiva de facilitação da tarefa de investigação criminal.

Assim, a sociedade necessita refletir, em tempo distinto do tempo acelerado da mídia ou da proliferação legislativa de terror, sobre os seus reais interesses em construir uma estrutura de direito penal e processo penal utilitarista, ainda que com grande comprometimento moral e ético para a sociedade.⁸

Não é realmente aceitável que pressionada pela publicidade do crime, bem desenvolvida pelos meios de comunicação de massa, a população comum tenha forjado valor moral distorcido e experimente o desenvolvimento da ética da malandragem e da deslealdade.

4. Ataque aos princípios fundamentais do processo democrático na delação premiada

A delação premiada gera sério comprometimento à garantia de defesa do acusado, pois este se posiciona no âmbito da cooperação com o Poder Judiciário, sem possibilidade, em consequência, de desenvolver efetivo trabalho de defesa.

A promessa de que a colaboração com o Judiciário possa conduzi-lo à obtenção de benefícios penais faz com que o acusado posicione-se em situação contraditória de acusador de si mesmo, ficando impedida não só sua defesa pessoal, mas até mesmo a defesa técnica, pois os interesses de colaborador se chocam com as ações próprias de alguém que se defende e busca a absolvição em um processo criminal.

Não há melhor imagem da delação premiada que os tão cruéis, e a sua época tão bem vistos, atos penitenciais do Santo Ofício, em que o indivíduo confessava a sua culpa, autoflagelava-se e com isso sonhava em obter o reino dos céus. Mudou pouco, antes as chaves das portas do paraíso estavam nas mãos do padre, agora do juiz.

A ampla defesa, constitucionalmente assegurada, representa uma das fundamentais colunas de sustentação da estrutura democrática de processo. Todos os momentos em que a história humana acompanhou experiências processuais autoritárias, o ataque mais evidente se deu ao exercício da defesa do indivíduo acusado, completamente desaparecendo com o mesmo, ou limitando-o à mera garantia formal.

O processo em que se faz presente o instrumental da delação premiada faz transparecer mera formalidade defensiva, sem qualquer possibilidade que a mesma seja efetiva. A necessidade de que o agente, para que obtenha os favores do julgador, colabore efetivamente, revelando sua participação, de terceiros, detalhes da ação criminosa etc., estabelece a ampla defesa como mera promessa vã do texto político.

O advogado, quando o acusado adere ao prêmio pela traição que é pelo Estado oferecido, é o

espantinho na plantação de milho, pois quem de longe olha pensa que defesa existe, mas os olhares que se aproximam vêem que não passa de um boneco.

Defesa ampla é defesa real efetiva não mera presença formal de advogado a garantir regularidade aparente ao processo.

Não bastasse, tem a delação premiada produzido o vício da exigência judicial ao acusado que confesse, colabore, atue em facilitação das investigações criminais, sob pena de imposição de ônus processuais.

São cada vez mais freqüentes os decretos prisionais ilegalmente calcados na desculpa de que "o acusado não quis colaborar". Igualmente, afloram as medidas processuais hostis ao indivíduo que faz uso do silêncio ou que não vira acusador de si mesmo, em manifesto ataque ao princípio do estado de inocência.

A estrutura processual brasileira caminha a passos largos para o caótico desenho de um sistema em que às pessoas processadas não resta alternativa a dizer o que o acusador quer ouvir, verdade ou não, mas o que o acusador quer ouvir. Senão, reflita-se: (a) a traição, para ficar bem aos olhos do acusador, é estimulada; (b) o Estado-juiz oferece prêmio a quem se auto-acusa e sanciona quem decide se defender; (c) soma-se o ataque constante que vem se desenvolvendo ao advogado no Brasil e ao exercício da defesa dos cidadãos acusados.

A conclusão final do somatório das verificações acima destacadas é a mesma que haviam chegado Torquemada e seus seguidores: "Ninguém precisa de defesa. Se o indivíduo é inocente Deus prova sua inocência, se é culpado, é ato de indignidade alguém defendê-lo".

Não há fuga. Delação premiada é apenas um passo, para, dentro da lógica utilitarista, afastar-se por completo a defesa e, então, surgir também a tortura como meio válido de prova, os processos secretos (e observe-se que já há juízes praticando-os), pena de morte... fogueira. Tudo velho com discurso de moderno.

Também vale refletir sobre a valoração que as palavras do acusado assumem no processo, a partir do momento que o mesmo adere ao programa de delação premiada. Passam suas informações e versões a serem tidas como verdades absolutas, pois por ninguém contrapostas.⁹

De um lado a defesa do acusado, meramente formal, nada pode contradizer, de outro a acusação se satisfaz com os informes fornecidos e o contraditório, elemento tão precioso ao processo democrático, resta abandonado. Defesa e acusação somam-se para condenar, para ratificar a denúncia. O magistrado simplesmente espera o momento oportuno de condenar o acusado na forma em que defesa e acusação, juntas, somaram esforços, sem qualquer debate probatório.

Ademais, a ausência do contraditório faz o processo penal brasileiro recriar a figura medieval da "rainha das provas", no passado a tortura, desta vez a delação premiada. Prova incontestável e geradora da certeza absoluta no espírito julgador.¹⁰

Bem pesando, nos crimes cometidos em concurso de agentes ou em quadrilha, feliz do que for capturado por primeiro, pois pode fornecer a versão que desejar sobre os fatos e esta será a verdade absoluta, responsabilizando desafetos e protegendo os mais próximos.

Não é por ser o primeiro a falar, ou porque negociou com a acusação a prestação de auxílio, que o acusado efetivamente esclarecerá os fatos tais quais eles ocorreram e apresentará em juízo os nomes dos efetivos responsáveis pela infração penal, como tem desenvolvido o imaginário nas situações concretas.

A situação é tão deplorável que começam a eclodir denúncias da existência de um novo tipo de quadrilha, a da delação premiada, em que a pessoa presa negocia com os co-réus, mediante paga de altas somas, quais serão os delatados e quais serão os esquecidos e o pior com a conivência de advogados, agentes do Ministério Público e, até mesmo, juízes.

Não há defesa. Há afronta ao estado de inocência por se criar obstáculos processuais aos acusados que não colaboram. Há o gerar de prova com peso de certeza absoluta. Há comprometimento ao contraditório. Há manipulação do processo por razões econômicas e absolutamente nada de positivo

se produz, é mero sentimento de que está sendo moderninho, surrealisticamente utilizando recursos da Santa Inquisição.

As garantias estruturais do Estado Democrático de Direito não admitem transação, cessão, renúncia, mitigação ou a utilização de mecanismo tendente a diminuí-las, sob o embasamento de qualquer argumento, por mais popular que seja em determinado momento no caminho de uma sociedade.

A democracia é mais que uma carta de intenções, é um compromisso real do povo consigo mesmo e com as futuras gerações. A vigilância com os ímpetos intervencionistas do Estado deve ser permanente, pois somente a estrutura democrática é fonte e forma legítima do exercício do poder.

Nesse sentido, não se pode aceitar, a pretexto de um utilitarismo em níveis tão excessivos que nem o Cardeal Mazarin ou Maquiavel conceberam, a quebra de estruturas fundamentais do processo democrático, na medida em que tais renúncias, além dos danos imediatos e visíveis que produzem, são como a fissura na represa, que compromete sua estrutura e permite que a água jorre e a inundação ocorra.¹¹

Admitir fissuras nas garantias em que se funda o Estado Democrático é permitir que as águas do arbítrio e das violências contra a auto-afirmação dos povos jorrem e inundem tudo e o período de trevas retorne sutil e consistente, tal qual previram todos os tiranos quando do poder foram retirados.

5. Ainda, o Estado ensina que, além de trair, deve-se mentir

Cabe verificar, ademais, que em várias das oportunidades que a legislação brasileira tem admitido a utilização da delação premiada o faz desenvolvendo uma promessa incerta quanto ao seu cumprimento.

Diversas das hipóteses previsivas da delação premiada a estabelecem como uma faculdade do juiz, que pode ou não aplicá-la ao caso concreto, com base em critérios puramente pessoais e subjetivos.

É de ver, nesse sentido, previsões como as contidas nas legislações que tratam da delação premiada nos moldes "o juiz pode" e que têm sido interpretadas pela jurisprudência como efetiva concessão de faculdade ao magistrado. Igualmente, há oportunidades em que a legislação tem concedido uma margem discricionária extremamente ampla, variando desde o perdão até sutis reduções de pena.

Acrescendo à gravidade da problemática já pontuada, é patente a verificação de que não há garantia real ao acusado que aceita auxiliar as autoridades na persecução do fato delituoso, podendo ser o benefício efetivamente obtido muito pequeno, quase nulo ou mesmo nenhum, e terá o acusado deixado de se defender e, portanto, condenado com "migalhas" de colaboração do Estado, sem a possibilidade de exercer regular atividade defensiva.

O magistrado tem absoluta liberdade, decorrente da hermenêutica que se realizou sobre a normatividade existente, em muitas hipóteses, de optar se concede ou não a delação premiada, mesmo que o acusado tenha auxiliado na investigação dos fatos. Em optando por concedê-la, tem ainda uma margem absolutamente espetacular de discricionariedade, que permite aplicar benefícios efetivos ou meramente conceder melhoras insignificantes na condição da pessoa então condenada.¹²

Mesmo quando se está diante de leis em que ocorre uma diminuição na margem de liberdade do julgador, o mesmo permanece com um campo absolutamente amplo de atuação discricionária, quanto ao âmbito do benefício a conceder.¹³

Desta forma, a negociação realizada entre a polícia ou o Ministério Público e o acusado, com promessas variadas para que este colabore com as investigações, nada mais representa que promessas, que poderão não se cumprir, e, em geral, efetivamente não têm se cumprido.

A regra da experiência judiciária brasileira tem sido a do descumprimento dos acordos de delação premiada pelo Estado. Na medida em que o juiz sente-se livre, dentro do tratamento que é ofertado pela legislação, para conceder ou não benefícios, e se concedidos, em parâmetros que lhe confirmam efetividade ou meramente ilusionismo, não se sente atrelado ao compromisso havido com o acusado.

Lamentavelmente, o mesmo Estado que ensina pelos seus representantes que trair é bom, ensina que mentir é melhor ainda.¹⁴

Realmente, policiais, acusadores, enfim, qualquer agente público, quando propõe benefícios pela delação ao indivíduo investigado, atuam tal qual atuavam os inquisidores medievais, que prometiam o reino dos céus, mesmo sabedores que não detinham o controle sobre quem lá deveria entrar ou não.

A temeridade, portanto, do sistema da delação premiada é, sob qualquer enfoque que se analise o tema, absolutamente gritante, não se visualizando aspecto que faça haver sustentação plausível em um Estado Democrático de Direito para tal mecanismo absolutamente falacioso e que só serve a permitir a sensação falsa de que a impunidade, desta vez, vai acabar.

6. Iluminismo antes das trevas

A delação premiada está revestida de vícios que a tornam absolutamente detestável nas sociedades contemporâneas.

Nos planos ético e moral gera um desvirtuamento de valores importantes para o fortalecimento da sociedade, fazendo crer que a traição, a deslealdade, a mentira são condutas positivas e elogiáveis.

Abordado o problema no seu enfoque constitucional, há o gritante confronto constitucional do mecanismo de delação premiada, que se choca diretamente com as garantias do contraditório, da ampla defesa, da não auto-incriminação e do estado de inocência do acusado.

O desvio de atenção dos reais problemas criminais, que é produzido pela utilização da delação premiada, é evidente. Não se analisa o que está na gênese da macrocriminalidade e com isso nenhuma política de combate efetivo à mesma é desenvolvida, ao contrário, mascara-se a realidade pela falsa impressão de que estão ocorrendo investigações e prisões. Mais que isso, acaba por ser fortalecido um dos fatores fundamentais do alavancar criminal no Brasil, o individualismo verde-amarelo, em que cada pessoa deseja obter vantagens, ainda que com o desmedido sacrifício dos demais integrantes da sociedade.¹⁵

Ao fortalecer valores morais distorcidos, prometendo benefícios ao acusado, que para obtê-los atira ao caminho da condenação seu companheiro de ação criminal, não só se mascara os reais problemas sociais brasileiros, como ainda os fortalece, fazendo com que o império da malandragem seja absoluto.

Ademais, a adoção de um programa de delação premiada produz o esquecimento dos mecanismos efetivamente importantes de investigação criminal. O abandono em que se acham imersas as estâncias regulares de persecução criminal tendem a se alargar, pois não há por que ter polícia bem aparelhada humana e materialmente, se o co-réu faz todo o trabalho e suas palavras são dotadas do sentido de verdade absoluta.

Urgência social existe quanto à total reformulação dos mecanismos institucionais de investigação do crime. O germe da corrupção que faz corroer muitas das estruturas deve ser combatido com premência, sendo qualificadas as pessoas e desenvolvido aparelhamento efetivo dos organismos responsáveis pela persecução.

Não se diga ser esta construção difícil, pois não é, sendo, ademais, o único caminho que efetivamente pode conduzir a um eficaz combate à criminalidade. Como o poeta ao dizer que "não existe vento bom ou ruim quando não sabemos para qual direção queremos navegar", é tranqüila a afirmação de que o negativismo quanto às possibilidades de real reestruturação dos órgãos de repressão ao crime decorre da constatação de que o Estado brasileiro não sabe para onde quer navegar.

É papel fundamental do Estado dotar a sociedade de segurança, mantendo organismos bem aparelhados humana e materialmente para tal fim, atuando dentro dos estritos limites que a democracia impõe.

O cidadão brasileiro trabalha, paga impostos, gera riquezas e tem direito a que os órgãos do Poder Público funcionem. Não é um favor que se pede, é um direito, uma obrigação de quem gere a

máquina pública de torná-la eficiente e, para isso, muito se arrecada no Brasil.

Toda vez que surgem propostas legislativas tendentes a suprimir direitos e garantias em prol de uma noção utilitarista, é preciso de uma salutar intransigência. Os direitos e garantias fundamentais não podem ser reduzidos ou suprimidos a qualquer título, pois é absolutamente verdadeiro que o abuso, as violências, as arbitrariedades surgem quando aos poucos as pessoas aceitam renunciar a mecanismos que lhes protegem da intervenção exacerbada.¹⁶

A atenção é fundamental, pois a lógica do ditador é inefável: primeiro é útil não ter ampla defesa e contraditório quando se fala de delação premiada; depois é útil quando se fala de determinados crimes, depois quando se fala de qualquer crime e por fim se recriou o rei absolutista, na roupagem de uma sociedade que se diz democrática, mas se guia por regras ditatoriais.¹⁷

O Brasil necessita experimentar um "choque iluminista", ou seja, redescobrir a importância das idéias que se contrapuseram às trevas medievais; resgatar as razões pelas quais tantos lutaram e entregaram suas vidas para enfrentar os procedimentos inquisitoriais autoritários em que a tortura, a falsidade e a violência eram a ordem.

Este "choque iluminista" se mostra essencial a uma sociedade que sem se aperceber tem aceito, pelo pânico gerado a partir da sensacionalista exploração da delinqüência, a intervenção exacerbada do Estado nas liberdades e o pisotear de garantias que estão no próprio matiz da estrutura democrática.

O resgate iluminista não tem outra porta de entrada que ação de tantos quantos pensem o direito, professores, advogados, juízes, promotores, delegados etc., afirmando que não desejam fazer parte de um novo Tribunal do Santo Ofício e que desejam sim enfrentar os problemas da sociedade com medidas racionais e equilibradas, que jamais dêem margem alguma a que a democracia seja comprometida.

1 A verdade sobre o crescimento da legislação penal de terror é que "a vingança indiscriminada não é um fenômeno exclusivo de culturas supostamente primitivas, mas se verifica também nas mais avançadas civilizações atuais, sempre se contrapõe a ela a atitude de relativa compreensão com o transgressor que está implícita na imposição de castigos de algum modo delimitados, quer dizer sobre o resguardo de garantias" (HENDLER, Edmundo S. *Presentación. Las garantías penales y procesales: un enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. II. Livre tradução).

2 Bacigalupo, ao tratar do tema, assim explicita: "O direito penal, visto sob esta perspectiva, cumpre (juntamente com outros ordenamentos normativos) uma função reparadora do equilíbrio social perturbado pelo crime, da qual vamos nos ocupar mais à frente. Crime, portanto, entendido em sentido amplo, será uma forma de comportamento desviado que se considera grave dentro de um sistema social e que é qualificado como tal por órgãos legislativos com competência para isso. O que caracteriza todo comportamento desviante e, por conseqüência, também o crime, é sua divergência em relação aos modelos aceitos de conduta, quer dizer, com os comportamentos que cumprem com as expectativas sociais institucionalizadas. Essas expectativas se expressam em normas, ou seja, através da comunicação dos desejos em forma de ordem ou imperativos. Uma norma, nesse sentido, pode caracterizar-se como uma ordem que torna claro um comportamento que não se deve realizar ou reclama a realização de um comportamento necessário para a conservação de certo estado social. Exemplo da primeira espécie seria a norma que diz 'não matar'; exemplo da segunda, a que impõe o pagamento de impostos: 'pague ao Estado determinada quantia de dinheiro na forma de impostos'. Desta forma, pode-se afirmar que o direito penal procura manter um determinado equilíbrio do sistema social, ameaçando e castigando. O castigo ocorre cada vez que a ameaça fracassa em sua função motivadora. (...) Em resumo, cabe assinalar que o direito penal forma parte do 'aparato de imposição' (Parsons) necessário à manutenção da estabilidade de uma sociedade. Trata-se da última instância do referido aparato: a que 'consiste na utilização da força física para impedir ações perturbadoras'" (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999. p. 41-42. Livre tradução).

3 Vale referir a observação de que "toda a América está sofrendo as conseqüências de uma

agressão aos direitos humanos (que chamamos de injusto jus humanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este injusto jus humanista tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), através da jurisprudência internacional da Comissão dos Direitos Humanos, que declara ter sido violado o direito ao desenvolvimento em El Salvador e no Haiti. A existência deste injusto jus humanista não é, pois, uma afirmação ética, mas uma afirmação jurídica, reconhecida pela jurisprudência internacional. Este injusto jus humanista de violação de nosso direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculizado, uma vez que se resguarda de seus efeitos, que se traduzem num aumento das contradições e da violência social interna que, vista em perspectiva, nos levaria a genocídios internos e à destruição do sistema produtivo, submetendo-as a um desenvolvimento ainda pior, como decorrência de uma violência incontrolável. Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que perigosamente, já produz o injusto jus humanista a que concomitantemente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jus humanista, o que resulta um suicídio" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 80-81).

4 É fato certo que "o recurso à intervenção penal cabe apenas quando indispensável em virtude de que tem o direito penal caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e por isso ser fragmentário, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade. A opção de se valer o legislador do direito penal, por seu aspecto simbólico, não se justifica nem mesmo na proteção de valores de patamar constitucional, não se legitimando muito menos seja o instrumento preferencial para imposição de interesse de menor relevo, como sucede hodiernamente com a denominada 'administrativização do direito penal', ou com a expansão exagerada para figuras de perigo abstrato e de formas culposas, às vezes sem resultado material significativo, com o recurso a elementos normativos com referência a outras leis, em avalanche de incriminações, própria de uma ilusão penal. Assim, sendo possível a tutela por via extrapenal esta deve prevalecer. É a tendência que se verifica na Itália com o processo de despenalização, que transformou delitos e contravenções em infrações administrativas, especialmente porque muitas destas infrações tinham cunho penal por ausência de previsão de prescrições de cunho administrativo. Dessa forma, o direito penal é de ser regido pelo princípio da intervenção mínima, subsidiária e fragmentária, como *extrema ratio*" (REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, p. 26).

5 Bem observa Luiz Regis Prado que "na atualidade, tem-se 'um ressurgimento do normativismo diante do ontologismo da doutrina finalista, de um normativismo que se relaciona, de certo modo, com aquele dominante na ciência do direito penal européia sob a influência da filosofia jurídica neokantista' (...) Nessa perspectiva, salienta-se, com precisão, que esse retorno do normativismo - sobretudo em sua forma radical -, implica um ressurgimento do positivismo jurídico e, portanto, 'uma volta à idéia de que o legislador responsável ordena o justo e que a ciência do direito tem que aceitar qualquer ordem jurídica, não importando o seu conteúdo'" (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. v. 1, p. 110).

6 No pensamento de "Maier, o poder penal do Estado, aplicado racionalmente, resguarda certos valores essenciais para a vida de uma comunidade e foi a criação do Estado de Direito que estabeleceu as garantias contra sua utilização arbitrária. As garantias, segundo a doutrina constitucionalista, são as asseguradas para impedir que seja atingido o rol de direitos que são atributos essenciais dos membros da comunidade (...). Por sua vez, a noção do que se deve entender por 'bem jurídico', segundo foi claramente explicado por Rudolphi, oferece uma perspectiva liberal ou substantiva, contraposta à noção meramente metodológica, que implica o reconhecimento da importância significativa das garantias contidas no conceito de Estado de Direito" (HENDLER, Edmundo. *La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido*. *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 393-394. Livre tradução).

7 Sobre a punição imposta pelo direito penal, comporta seja observado que "os valores e interesses relevantes e merecedores da tutela penal devem ser protegidos com um aparato de penas provido de finalidades concretas no sentido do minorar a problemática do crime. As conseqüências jurídicas



ao delito não podem ser fruto da agressividade e do sensacionalismo ora reinantes na sociedade, mas sim representar soluções racionais que permitam à sociedade diminuir sua violência e enfrentar com inteligência e efetividade, o problema do delito" (TASSE, Adel El. *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 149).

8 Observe-se que "o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito penal como ante o direito penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar função verdadeiramente restritiva. A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor. Essa circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico" (PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 92-93).

9 Sobre a importância da prova no processo penal, Adenilton Luiz Teixeira observa: "As leis de processo penal, resultado de muitos anos de experiência, que por fim catalisaram mais e mais sabedoria, dispõem hoje de um sem-número de normas técnicas relativas à prova judiciária, tendentes a assegurar a procura e o descobrimento da verdade dos fatos relevantes do processo, a boa aplicação do direito material, a evitar que as causas se convertam em joguetes, que as partes sofram o arbítrio dos juízes, objetivando por fim a solução do litígio. A prova no processo penal possui características muito próprias, chegando por vezes a se posicionar no extremo oposto com relação a prova processual civil, como ocorre, por exemplo, no caso da utilização de testemunhas, que no processo penal são essenciais, uma vez que determinados casos jamais poderiam ser provados de outra forma, senão através da utilização de testemunhas, ao passo que no processo civil já não seriam, por assim dizer, tão fundamentais. O direito criminal lida com valores humanos prioritários, tais como a vida e a liberdade, daí a origem da preocupação de só se condenar o acusado de crime se houver provas, caso contrário, é preferível deixar impune um suposto delinqüente a condenar um inocente; desta forma, somente as provas constituem meios lícitos a demonstrar a verdade, possibilitando a condenação ou absolvição do acusado. Com relação à confissão realizada frente ao juízo criminal, admite-se em alguns casos seja cindida, isto é, o magistrado pode considerar apenas parte da confissão realizada e desprezar a outra parte, o que é inadmissível em matéria processual civil. A prova processual penal visa a demonstrar ao julgador a verdade real concernente aos fatos *sub judice*, ao passo que a prova específica processual civil limita-se à produção da certeza jurídica, o que torna a prova penal especialíssima. A prova no processo penal constitui o cerne sobre o qual há de se assentar a condenação ou a absolvição do acusado. Se resistente, o acusado será indubitavelmente condenado; se frágil, será absolvido, pois somente as provas poderão produzir, na mente do julgador, a verdade, que possibilita a realização do direito e da Justiça - tão necessários no mundo atual" (TEIXEIRA, Adenilton Luiz. *Da prova no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1-2).

10 Não se esqueça no tema da produção de provas da liberdade de declaração do acusado, e "que a liberdade de declaração de um acusado está configurada sob dois enfoques contrapostos: de um lado, pelo direito que possui de 'falar', o qual não é outro que o direito de ser ouvido, fundamento do direito de defesa; e pelo outro, por seu direito de 'calar', garantia implícita no resguardo que protege a cada pessoa contra toda obrigação que implique, não importando de que maneira, a sua auto-incriminação" (TEDESCO, Ignacio F. *La libertad de la declaración del imputado. Las garantías penales y procesales: un enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 33. Livre tradução).

11 Refere Luiz Flávio Gomes ao fato de ser "o direito penal o instrumento de controle (social) mais drástico com que conta o Estado, precisamente porque dispõe dos meios coativos mais gravosos (penas e medidas de segurança), mais ameaçadores aos direitos fundamentais da pessoa, desde o iluminismo a preocupação do penalista crítico sempre foi a de construir limites ao exercício desse poder" (GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: RT, 2003. v. 1, p. 27).

12 Não se pode esquecer que "segundo Mommsen, o direito penal começa quando a lei do Estado coloca limites ao arbítrio dos magistrados. É, em sustância, a mesma idéia que pode encontrar-se expressada em uma obra clássica da matéria - clássica no sentido de sua perdurabilidade, não no de classificação de escolas que alguma vez se propôs com sentido pejorativo -. Carrara, em seu monumental Programa, apontava que 'a ciência criminal bem entendida é o supremo código da liberdade'" (HENDLER, Edmundo S. Presentación. *Las garantías penales y procesales: un enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. I-II).

13 A função do juiz na produção das provas deve ser estabelecida de acordo com as regras do processo democrático, ou seja, "a autoridade é nada mais que um árbitro, velando para que não haja desequilíbrios" (HENDLER, Edmundo. *Agente encubierto; testigo de identidad reservada y arrepentido: análisis de su constitucionalidad. La justicia penal hoy: de su crisis a la búsqueda de soluciones*. Buenos Aires: FD, 1999. p. 125).

14 Vale lembrar que justamente "o Poder Judiciário é o principal guardião da cidadania, por ser o órgão do Estado incumbido de proteger o particular e a sociedade contra abusos de quem, transitoriamente, detém o poder, ou mesmo, proteger os particulares dos desrespeitos e agravos perpetrados uns contra os outros. É o Poder Judiciário que tem a função de garantir à sociedade que o conjunto de direitos básicos da cidadania será rigorosamente observado, não sendo aceitas atitudes contrárias aos interesses maiores da mesma" (TASSE, Adel El. *A "crise" no Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 55).

15 Vale a lembrança de Zaffaroni no sentido de que "o mundo se divide entre o real e o dos juristas; enquanto no mundo real vemos o problema da segurança, da vitimização, e todas essas coisas, no mundo dos juristas se diz que a lei penal tutela ao bem jurídico e em consequência previne, e então quanto mais leis penais tenhamos mais prevenção vamos ter, e temos mais leis penais por um lado, mas por outro lado cada vez temos menos segurança. Depois de ver todas estas coisas o que ocorre com o Sistema Penal? Como se desenvolve o poder punitivo?" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El sistema penal y el discurso jurídico. La justicia penal hoy: de su crisis a la búsqueda de soluciones*. Buenos Aires: FD, 1999. p. 41. Livre tradução).

16 A questão, no que diz respeito ao direito penal, é que "neste ramo do ordenamento é que se afeta em maior medida às liberdades" (MATEU, Juan Carlos Carbonell. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 32. Livre tradução).

17 Sobre este tema Norberto Bobbio expressa: "O alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. Mas o mesmo problema pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo opostos: *ex parte principis* ou *ex parte populi*. Maquiavel ou Rosseau, para indicar dos símbolos. A teoria da razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo. A teoria do Estado potência de Ranke a Meinecke e ao primeiro Weber, ou a teoria da soberania popular. A teoria do inevitável domínio de uma restrita classe política, minoria organizada, ou a teoria da ditadura do proletariado de Marx a Lenin. O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, fala em nome do Estado presente; o segundo ponto de vista é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de quem fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto acento, como os primeiros no dever de obediência, ou como os segundos no direito à resistência" (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 143).