

Edson Ribeiro: Natureza jurídica da delação e suas consequências

28/10/2019

Observamos no Brasil uma profunda alteração da visão do direito, em especial o penal, que outrora era fruto de intensa e profunda reflexão doutrinária e, agora, parece-nos ter perdido esta sua essência para se tornar algo pragmático. Vale dizer: o futuro do direito penal sinaliza cada vez mais abandonar suas raízes teóricas para tornar-se algo prático.

Neste contexto, abandonam-se os livros e abrem-se os jornais e revistas. Mídia e opinião pública substituem a cultura jurídica e passam a criar a jurisprudência.

Neste perigoso curso da história do direito penal, surge a Criminologia Midiática, o Processo Penal do Espetáculo e diversas outras variantes do mesmo fenômeno, porém com um desdobramento bastante sensível: a redução ou a anulação do direito de defesa, fundamental nas Democracias e nas Repúblicas, numa espécie de cruzada pela moralidade.

A delação premiada [\[1\]](#) se desenvolve, no Brasil, neste contexto e os problemas práticos começam a se revelar com o seu uso indiscriminado e descontrolado, num processo de vulgarização tal qual ocorrido recentemente com a interceptação telefônica.

Por se tratar de um instituto jurídico de aplicação recentíssima, a prudência indica que os sujeitos processuais deveriam, primeiro, entender e compreender a delação premiada para, após, colocá-la em prática, o que não vem sendo aplicado, ocorrendo, inclusive, contradições e incongruências entre o conteúdo de delações premiadas.

Necessário, portanto, o estudo sobre a natureza jurídica da delação premiada, reflexão até hoje não realizada adequadamente. Precisamos entender onde o referido instituto se situa dentro da teoria jurídica para, posteriormente, analisarmos seus elementos de existência e validade e, em seguida, compreendermos a sua potencialidade de produção de efeitos jurídicos.

Natureza Jurídica

A delação premiada vem sendo tratada ora como técnica de investigação, ora como espécie ou meio de prova, mero testemunho ou, ainda, como causa de extinção ou redução da punibilidade. Entendemos que sua posição dentro das ciências jurídicas é única e não se mede por suas consequências e sim por sua essência, ou seja, trata-se de instituto com determinada natureza jurídica cujo plano de eficácia, caso válido, se estende por mais de um ramo do Direito.

Assim, a delação premiada se caracteriza por ser um acordo amplo no qual acusação e defesa compõem, por meio de cláusulas, direitos e deveres com produção de efeitos em diversos ramos do direito como questões afetas ao direito de liberdade e de patrimônio, aliada ao compromisso da acusação de oficiar outras agências estatais no sentido da não punição pelos fatos revelados, revelando claramente tratar-se de instituto que pressupõe manifestação livre de vontade com a criação de obrigações e a assunção recíproca de deveres entre acusado e acusação, produzindo

efeitos em áreas diversas, incluída a penal. Esta é a essência da delação premiada e sua correta justificação dentro das ciências jurídicas encontra fundamento nesta premissa, de forma que se situa, indiscutivelmente, no campo dos negócios jurídicos [2], tal qual um contrato atípico ou previsto em legislação extravagante.

Não se trata, portanto, de instituto do direito penal, mas de direito civil, produzindo efeitos e sujeitando-se a toda normativa dos negócios jurídicos, desde os seus elementos até as consequências de seus eventuais vícios.

A vontade e sua relevância

Nesse sentido, o estudo do elemento “vontade”, por ocupar papel central nos negócios jurídicos, é relevantíssimo. Assim, para que a vontade pessoal seja apta a gerar negócio jurídico, é necessário que tal conteúdo volitivo seja manifestado livremente na direção de efeitos específicos.

Muito está em jogo. Da parte do acusado a cooperação com o Ministério Público gerará benefícios que recairão sobre sua liberdade e patrimônio, notadamente quando este se encontrar preso, variando conforme sua capacidade colaborativa: se o acusado tiver a capacidade de contribuir com o desbaratamento de um extraordinário esquema criminoso praticado, e.g., no âmbito do Poder Legislativo indicando uma série de parlamentares envolvidos, ser-lhe-á oferecida a imunidade; por outro lado, se sua capacidade for de fornecer provas do envolvimento apenas de um assessor sem qualquer expressão de um congressista, talvez lhe seja oferecido o benefício de redução de pena.

Já do lado da acusação, como se busca alcançar o interesse público, tem-se a obtenção de provas para o esclarecimento dos ilícitos (penal, administrativo, etc.), além da devolução do proveito econômico do crime e o pagamento de pesadas multas e tributos.

Vícios de vontade e suas consequências

Existe, portanto, uma perfeita bilateralidade, necessária no âmbito dos negócios jurídicos: a justaposição de direitos e deveres entre as partes, sujeitos do processo penal, cujo negócio jurídico rotulado de “delação premiada”, terá eficácia por inúmeras áreas do Direito. Logo, a vontade deve ser livre e apta a produzir os efeitos desejados porque “Se não o for, tem-se uma tutela específica, concretizada pelo regime das nulidades, que irá buscar nos vícios da vontade elementos para garantir que somente manifestações isentas de vícios possam produzir efeitos jurídicos”. [3]

E mais, ocorrendo contradição entre a vontade interna (teoria da vontade ou “Willenstheoric”) e externa (teoria da declaração ou “Erklärungstheorie”), haverá vício de vontade, gerando a nulidade do negócio jurídico.

Dentre os vícios de vontade relevantes encontra-se o “estado de perigo”, tipificado assim pelo Código Civil em seu artigo 156:

“Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”

Cediço que quando a pessoa se encontra em estado de perigo, a declaração de sua vontade caracteriza “... anomalia no processo cognitivo” [4], cuja “... ameaça decorre de simples circunstância de fato, que exerça forte influência na manifestação de vontade do agente” [5], circunstância conhecida pela outra parte [6]. Dentre os exemplos, TEPEDINO [7] indica a “renúncia de direitos”, assinalando que, “Em relação a vítima, caracteriza-se pela sensação de inferioridade que a atormenta, premida pela necessidade de salvar-se” [8]. Por fim, relevante observar que o dano deve ser atual ou iminente, cuja análise da gravidade deve levar “... em conta as circunstâncias da vítima” [9].

São estes, portanto, os elementos do estado de perigo: (i) pessoa diante de dano grave defronte de posição concreta que se encontra ou esta em vias de se encontrar; que, por força de tal circunstância fática (ii) assuma obrigação excessivamente onerosa aos seus direitos a ponto de renunciá-los, com (iii) dolo de salvação própria ou de terceiro e tudo com a (iv) ciência da outra parte.

É neste campo que reside o estudo da delação premiada realizada por um acusado preso: será que a sua vontade interna representa aquela declarada nos termos do acordo da delação premiada?

Tudo indica que não!

Vale-tudo

A prisão, instrumento idealizado pela sociedade para sanção de comportamentos sociais não tolerados, representa a mais drástica intervenção do Estado nas liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidas. Deixemos o plano teórico de lado e assumamos uma visão mais pragmática: o sistema prisional brasileiro é falido sob todos os aspectos. As celas das prisões, superlotadas, são habitadas por pessoas, roedores, insetos e todos os tipos de pestes. Retira-se a dignidade não apenas dos presos, mas também de sua família por meio de um sistema falho de visitação, incluída a revista íntima nas mulheres. Quando o preso entra neste sistema medieval, precisa declarar-se integrante de alguma facção criminosa quando, não raras às vezes, precisa praticar crime mais grave dentro deste sistema perverso para não sofrer qualquer tipo de atentado a sua vida.

“Prefiro morrer a ficar preso no Brasil”, foi a declaração feita pelo ex- Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo [10], após divulgação, pela Subcomissão de Prevenção da Tortura da ONU, do grave estado de algumas prisões brasileiras e a recomendação do fechamento imediato do Presídio Ary Franco, no Rio de Janeiro, observando que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, “Dos 446 mil presos no país, o percentual de provisórios é de 42,97%, contra 57,03% de presos condenados (254.738) [11]”.

Esta é a realidade prisional no Brasil: cidadãos são empilhados nas penitenciárias brasileiras, sem o respeito de qualquer condição de existência mínima (“Schutzbereich”). Bastam poucos dias dentro do sistema prisional brasileiro para o acusado adequar-se ao modelo negocial baseado no “vale-tudo” característico da delação premiada.

Logo, o primeiro requisito – (i) pessoa diante de dano grave defronte de posição concreta que se encontra ou esta em vias de se encontrar – é manifesto: o acusado encontra-se premido ou na

iminência de ser de sua liberdade num sistema carcerário que lhe retira, inclusive, sua dignidade.

Apesar de a doutrina constitucional confirmar ser uma das características dos direitos fundamentais, erigidos a cláusulas pétreas pelo Poder Constituinte Originário, a sua irrenunciabilidade [12] e a vedação de seu retrocesso [13] – porque inerentes aos seres humanos enquanto seres humanos –, no campo negocial, existem condições comuns impostas pelo Ministério Público a todas as delações premiadas praticadas no Brasil, as quais representam, na essência, a renúncia de direitos fundamentais ditos irrenunciáveis: abre-se mão, dentre outros, da presunção de inocência, do direito ao silêncio, dos recursos judiciais e do *habeas corpus*.

O segundo requisito – (ii) assuma obrigação excessivamente onerosa aos seus direitos a ponto de renunciá-los –, portanto, é marcante.

Não se trata de arrependimento. A intenção e a vontade são direcionadas, pelo acusado preso, única e exclusivamente à sua soltura imediata, o que pode ser notado, exemplificativamente, pela postura dos envolvidos na operação Lava Jato, Fernando Soares e Nestor Cerveró: enquanto este se desesperou ao ter conhecimento de que o Ministério Público Federal teria recusado sua colaboração, aquele negociava sua saída imediata. (e não meses após a celebração do acordo) [14]. É nítido que o (iii) dolo é de salvação da própria liberdade.

Por fim, (iv) tal circunstância é da ciência do Ministério Público: o acusado preso deseja a liberdade imediata.

Com efeito, a condição de preso do acusado que passa a cooperar com o Ministério Público se enquadra no conceito de estado de perigo a justificar a declaração de sua nulidade.

Conclusão

A delação premiada representa um verdadeiro “atalho” à liberdade, notadamente quando a crença do acusado quanto às possibilidades de obtenção de idêntico resultado via judicial são mais tormentosos e, por isso, mais demorados. O acusado preso é seduzido por este “canto de sereias” representado pelos contornos românticos do instituto e, apesar do advogado tentar amarrá-lo ao mastro do navio – assim como Homero o fez com seus tripulantes em seu poema “Odisseia” –, a promessa de liberdade oferecida soa absolutamente mais encantadora do que qualquer orientação técnica especializada.

1 Para o presente estudo, pouco importa sua denominação ou sua classificação como espécie do gênero “colaboração” ou suas origens, especialmente porque o instituto não encontra correspondência com aqueles dos Estados Unidos, da Itália ou Alemanha.

2 No dia 28 de agosto de 2015, o Professor Afrânio Silva Jardim expos sua opinião neste sentido em seu perfil no Facebook. Disponível em: <https://www.facebook.com/afraniojardim?fref=nf>. Acesso em 28ago2015. De igual forma, nos autos do *habeas corpus* 127.483, o Min. Dias Toffoli assinalou a natureza jurídica da delação premiada como “negócio jurídico processual” – que nada mais é do que o negócio jurídico com produção também de efeitos processuais, agora normatizado pelo novo Código de Processo Civil –, pelo que foi acompanhado pela unanimidade

dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

3 TEPEDINO, P. 215

4 TEPEDINO, 295.

5 AMARAL, Francisco . *Direito Civil*. p. 295.

6 493.

7 295.

8 296.

9 NEVES, Ana Luiza Maia. *O erro*. p. 294.

10 Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ministro-da-justica-prefiro-morrer-a-ficar-presno-no-brasil>. Acesso em: 21ago2015.

11

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/02/c4dfdf1351d9d4032e15e04d7d7e8ce5.pdf>. Acesso em 22ago2015.

12 A limitabilidade também é característica dos direitos fundamentais, contudo, de forma excepcional quando o cidadão pratica uma conduta objetivando a proteção de determinado bem jurídico como é o caso da legítima defesa. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

13 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 422-423.

14 Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1674679-lobista-que-negocia-delacao-indica-que-entregara-a-cupula-do-pmdb.shtml>. Acesso em 28/ago/2015.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-out-28/edson-ribeiro-natureza-juridica-delacao-consequencias/>