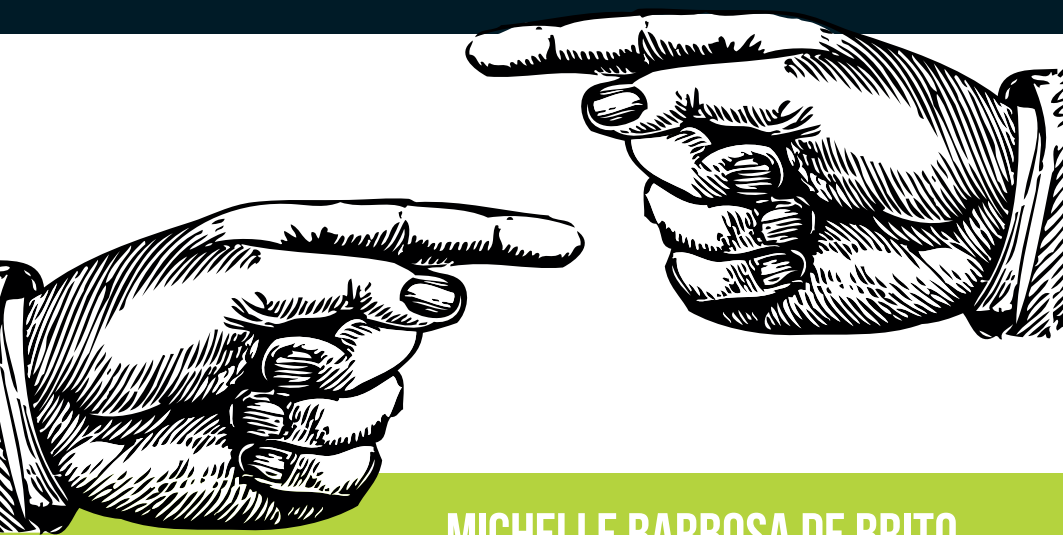


DELAÇÃO PREMIADA E DECISÃO PENAL: DA EFICIÊNCIA À INTEGRIDADE



MICHELLE BARBOSA DE BRITO

D'PLÁCIDO
EDITORA

MICHELLE BARBOSA DE BRITO

**DELAÇÃO PREMIADA
E DECISÃO PENAL:
DA EFICIÊNCIA À INTEGRIDADE**

2ª tiragem



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, Editora D' Plácido
Copyright © 2016, Michelle Barbosa de Brito

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Letícia Robini de Souza

Diagramação
Christiane Moraes de Oliveira



D' PLÁCIDO
EDITORA

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

BRITO, Michelle Barbosa de

Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade -- 2ª tiragem
-- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-188-9

1. Direito Processual Penal 2. Delação premiada 3. Confissão I. Título
II. Michelle Barbosa de Brito

CDU343.9

CDD 341.43

A Luiza, minha luz, minha vida.

AGRADECIMENTOS

Pela conclusão do mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) e pelo resultado da pesquisa que agora se torna livro, agradeço primeiro a Deus, pela proteção e pela força que não me deixa desistir de meus objetivos.

Aos professores que compuseram a banca de defesa da dissertação, doutores **Ana Cláudia Bastos de Pinho** (orientadora), **Marcus Alan de Melo Gomes** (UFPA) e **Alexandre Morais da Rosa** (UFSC), pelos ensinamentos durante a defesa e pela indicação para publicação.

A professora Doutora **Ana Cláudia Bastos de Pinho**, minha querida orientadora, especialmente pela confiança. Meu primeiro encontro com a professora Ana Cláudia foi quando li seu livro “Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli”. Após a leitura, decidi que meu referencial teórico no projeto para a seleção do mestrado seria o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, e não havia ninguém melhor do que ela para ser minha orientadora. Eu estava certa e serei sempre grata a Ferrajoli por me proporcionar esse encontro, apesar de tê-lo abandonado como referencial. A pesquisa foi amadurecendo, as orientações foram acontecendo e agora, quando o texto ganha o formato de livro, deixo

registrada toda a minha admiração e profundo respeito por ela, que acreditou e confiou que eu faria o melhor; que em cada orientação deu-me a direção e a liberdade na exata medida para que eu aprendesse a caminhar sozinha no tão fascinante quanto angustiante mundo da pesquisa; que insistiu e se empenhou para que este texto fosse para muito além das prateleiras da Universidade. Obrigada pela amizade, pelo exemplo de competência, seriedade, dedicação e por me mostrar que há algo “para além do garantismo”.

Ao professor Doutor **Paulo Queiroz**, por ter acreditado na seriedade desta pesquisa.

Ao professor Doutor **Alexandre Morais da Rosa**, cuja obra foi fundamental para a construção e desenvolvimento desta pesquisa, agradeço pela pergunta feita na banca de defesa da dissertação. A angústia que me perseguiu em razão da ausência de resposta permitiu-me construir o projeto para o Doutorado na UFPA. É uma grande honra ter este livro prefaciado por quem, com seus escritos, contribuiu para a construção do texto.

Ao professor Doutor **Marcus Alan de Melo Gomes**, agora meu orientador no Doutorado, pela disponibilidade e apoio durante o curso de mestrado e pelas valiosas contribuições na banca de qualificação. Obrigada por ter me mostrado aspectos da pesquisa tão interessantes quanto fundamentais.

Ao professor Doutor **Antônio Gomes Moreira Maués**, pelos ensinamentos sobre Dworkin nas disciplinas Direitos Fundamentais e Teoria dos Direitos Humanos e pelas preciosas e precisas intervenções na qualificação.

A **Editora D'Plácido**, pela qualidade, respeito e seriedade na editoração e publicação desta obra.

Aos meus pais, **Orisvaldo e Maria do Carmo**, meus mestres na vida, onde tudo começou. Obrigada pelo amor,

pela educação, pelo apoio incondicional e por vibrarem intensa e sinceramente a cada vitória minha.

Ao meu marido **Diogo**, meu amor, amigo, companheiro e cúmplice de todos os dias. Obrigada pela paciência durante o curso de mestrado e por compreender a minha presença às vezes ausente por conta do recolhimento que a pesquisa exige. Seu apoio é o meu maior e melhor estímulo; seu carinho é a minha maior segurança; seu amor é a minha melhor inspiração. Não teria conseguido sem você. Te amo!

A minha filha **Luiza**, por fazer meus dias mais felizes e por ter me fortalecido diversas vezes com seu sono sereno e tranquilo. Um dia, quando você puder compreender, vou contar-lhe tudo.

Aos meus irmãos, **João Marcelo** e **Milena**, meus primeiros grandes e verdadeiros amigos. Obrigada pela infância, pela adolescência, pelo companheirismo na vida adulta e pela torcida, sempre.

A minha sogra **Francinete**, pelo interesse, boa vontade e especial atenção dedicada à leitura do meu trabalho, desde o projeto. Obrigada pelo apoio e incentivo.

A todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para a realização deste sonho.

“Afirmei que, embora o conteúdo do direito seja muito diferente de uma época para outra, ainda assim, num sistema legal próspero, até mesmo mudanças importantes podem ser vistas como decorrentes do direito existente, enriquecendo esse direito, mudando sua base e, assim, provocando uma mudança adicional. Dessa forma, nesse sentido amplo, a política jurídica utópica continua sendo direito. Seus filósofos oferecem extensos programas que podem, caso seduzam a imaginação dos juristas, tornar seu progresso mais deliberado e reflexivo. São romancistas em cadeia com épicos em mente, imaginando o trabalho desenrolando-se através de volumes que podem levar gerações para serem escritos. Nesse sentido, cada um de seus sonhos já é latente no direito contemporâneo; cada sonho pode ser o direito do futuro.”

(Ronald Dworkin)

SUMÁRIO

PREFÁCIO	17
APRESENTAÇÃO	21
INTRODUÇÃO	25
1. A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO: DESMITIFICANDO O INSTITUTO	35
1.1. Neoliberalismo e discurso punitivo: por um sistema repressivo eficiente.....	35
1.1.1. O discurso da segurança como elemento justificante da delação premiada.....	39
1.2. O Movimento de Lei e Ordem e a Lei dos Crimes Hediondos: nasce o instituto.....	46
1.3. Notas gerais (e críticas) sobre a delação premiada: a confissão como pressuposto.....	54
1.3.1. Sistema inquisitório e delação premiada: da tortura ao “prêmio”.....	61

1.3.2. A natureza jurídica da delação premiada no processo penal.....	70
1.3.3. Delação premiada e direito à não autoincriminação: um paradoxo insuperável.....	74
1.4. Eficientismo, delação premiada e decisão penal.....	83
1.5. A expansão legislativa da delação premiada no Brasil.....	90
1.5.1. Lei n.º 8.072/90.....	91
1.5.2. Lei n.º 9.080/95.....	93
1.5.3. Lei n.º 9.613/98.....	94
1.5.4. Lei n.º 9.807/99.....	96
1.5.5. Lei n.º 12.850/13.....	97

**2. DELAÇÃO PREMIADA E DECISÃO PENAL:
POR UMA MUDANÇA DE PARADIGMA
TEÓRICO-FILOSÓFICO..... 99**

2.1. A Teoria da Decisão na perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED).....	99
2.1.1. Richard Posner e a maximização da riqueza: o lançamento das bases para um conceito de direito.....	104
2.1.2. A eficiência como critério da decisão penal.....	113
2.1.3. A reviravolta teórica de Richard Posner: da maximização da riqueza ao pragmatismo jurídico.....	116
2.1.4. O pragmatismo de Richard Posner e a adjudicação pragmática.....	121

2.2. A aplicação judicial da delação premiada no Brasil.....	126
2.2.1. Levantamento jurisprudencial: o primado da eficiência e o (não) discurso dos direitos fundamentais na decisão penal.....	131
2.2.2. O delator e a “liberdade” para negociar direitos fundamentais.....	140
2.3. A crítica de Dworkin ao pragmatismo.....	143
2.3.1. O caminho do direito como integridade para a resolução do problema.....	147
3. A DELAÇÃO PREMIADA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	153
3.1. Entre eficiência e integridade: a necessidade democrática de um modelo de princípios.....	153
3.2. Decisão penal e delação premiada: do pragmatismo ao direito como integridade.....	158
3.3. A necessidade do desenvolvimento de uma atitude interpretativa diante do instituto da delação premiada.....	163
3.4. O déficit de compromisso com a moralidade política na abordagem da delação premiada.....	168
3.5. Da necessidade de romper as amarras com as decisões passadas.....	175
3.5.1. Exercitando a atitude interpretativa.....	180

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....191

REFERÊNCIAS.....197

PREFÁCIO

Talvez o tema mais comentado no Processo Penal brasileiro em 2015 e que ainda fomentará muita discussão seja o da Delação Premiada. Assim é que Michelle Barbosa de Brito, destacada acadêmica do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Pará, em trabalho orientado por Ana Cláudia Bastos de Pinho, de cuja banca de aprovação, com nota máxima, tive a alegria de partilhar com o parceiro Marcus Alan de Melo Gomes, antecipou a questão.

Em trabalho que deve ser lido a partir da noção de garantia de direitos individuais e longe de embarcar no eficientismo dos últimos tempos, busca dialogar com as novas perspectivas importadas de uma tradição diversa, profundamente americanizada, na qual o pano de fundo pragmático toma conta da construção de verdades por consenso e diante do que for mais “recompensador” para os jogadores, utilizando, desde já, a nomenclatura da teoria dos jogos, uma vez que o dilema do prisioneiro e os interesses e estratégias modificam a leitura do instituto.

Longe, pois, de se entregar às novidades sem prévio resgate da tradição democrática, escorada na leitura do Direito como integridade (Dworkin), a autora promove a releitura dos limites da utilização da delação premiada no contexto brasileiro em que a Constituição da República

aponta constrangimentos impeditivos do “oba-oba” pela delação. É claro que o custo da informação (da prova e de sua indicação) por parte do Estado encontra na delação premiada um mecanismo de troca. O delator entrega informação qualificada e recebe benefícios processuais, redução de pena e algumas imunidades. Entretanto, diferentemente do que se dá, por exemplo, nos Estados Unidos da América, o regramento brasileiro é muito singelo, deixando uma margem incompatível com o processo penal tido por limite da intervenção Estatal.

Verificamos, assim, no contexto das operações “plim-plim” contemporâneas, a extensão de benesses sequer autorizadas em lei. As sentenças produzidas no âmbito da Operação Lava Jato não encontram ressonância normativa, mas diante da ausência de recurso das partes, transitaram em julgado. Produziu-se, assim, na via reflexa, sem base normativa, direito pelo consenso e pelo mecanismo da não interposição de recurso. Com a coisa julgada operada, diante do consenso entre as partes, não temos sequer certeza do que pode ser negociado.

Com Aury Lopes Jr escrevemos diversos textos sobre a temática (Processo Penal no Limite. Florianópolis: Empório do Direito, 2015) em que apontamos a baixa normatividade do instituto da delação premiada e do uso flexível que se deu no Brasil, como se pudéssemos, de fato, negociar o objeto da ação penal.

Nesta perspectiva, a autora demonstra o histórico da legislação que acolheu a delação premiada no Brasil e aponta os becos sem saída. Isto porque, diante de um modelo constitucional amplamente acolhido na tradição democrática do Processo Penal, assistimos o rebaixamento dos direitos fundamentais ao patamar de direitos negociáveis, portanto disponíveis, transformando a Jurisdição em balcão de negócios da liberdade, da reputação e de terceiros, dado o uso da delação para condenar outros.

O modelo eficientista, com o resgate da noção de confissão como rainha das provas, bem assim o uso retórico e midiático das delações, naquilo que Rubens Casara chamou de Processo Penal do Espetáculo (Florianópolis: Empório do Direito, 2015), modificou os alicerces em que ensinamos e aplicamos o processo penal. O futuro da delação premiada e do tratamento que daremos aos demais casos, no Brasil, ainda é uma incógnita, mas o trabalho de Michelle lança luzes sobre o preço democrático que já pagamos. Por certo se diz que a delação premiada é um caminho sem volta, especialmente depois da validação das delações pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que com algumas ressalvas (a cláusula da vedação de habeas corpus foi invalidada, por exemplo).

De qualquer forma, passando pela Análise Econômica do Direito, com Posner, revisitando o garantismo (Ferrajoli) e tentando empreender mirada democrática, como integridade (Dworkin), impondo limites e restrições ao ufanismo da delação, o trabalho demonstra para onde não podemos caminhar. Insiste a autora em dizer que a delação premiada precisa ser lida pela Constituição, talvez se tratando de um sintoma do estado de exceção (Agamben), e quem sabe possa iluminar o entusiasmo perverso do que se passa. Aposto muito no trabalho cuidadoso da autora, esperando que faça questão. Para mim fez. E você? Boa leitura.

Verão de 2015

Alexandre Morais da Rosa.

Doutor em Direito (UFPR).
Professor da UFSC e UNIVALI.
Juiz de Direito (TJSC).

Nesta obra, não se questionará a eficácia do instituto da delação premiada, isto é, sua aptidão para produzir os efeitos a que se propõe, tal como o efetivo combate à criminalidade. Pretende-se, antes, buscar compreender o modelo de atuação no qual estão inseridas a aplicação e a expansão do instituto na prática jurídica, a fim de verificar se está em consonância com a realização do Estado Democrático de Direito, nos moldes estabelecidos pela Constituição da República. Dito de outra forma, considerando o levantamento bibliográfico e jurisprudencial realizado acerca da matéria, a despeito de se mostrar um mecanismo eficaz no combate ao crime, pretende-se investigar se há ou não custos democráticos decorrentes da aplicação do instituto, o que não prescinde de uma análise teórico-filosófica de seus fundamentos.



D' PLÁCIDO
EDITORA
www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-188-9



9788584251889