

A DELAÇÃO PREMIADA NO CONTEXTO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL: A MERCANTILIZAÇÃO DAS VIRTUDES E DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

*THE STATE'S EVIDENCE IN THE CONTEXT OF PROCEDURAL EFFICIENCY:
THE COMMERCIALIZATION OF VIRTUES AND CONSTITUTIONAL VALUES*

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

Discente do curso de Graduação em Direito do IBMEC. Membro do grupo de pesquisa Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento. Estagiário no escritório Tiago Lins e Silva Advogados Associados.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7397790000191236>

ORCID: 0000-0002-7354-8347

rafaelalbuquerque313@gmail.com

Resumo: O presente trabalho objetiva correlacionar os fenômenos antropológico-sociais da subversão do tempo, tornando-o nocivo para a acelerada sociedade atual, com o viés eficientista do Direito, permitindo que se afastem garantias fundamentais do cidadão, resultando na delação premiada como meio de obtenção de prova largamente utilizado. Essa tendência quase inexorável da barganha no direito material e no processual penal parece refletir essa aversão à demora natural dos processos judiciais e a aparência de democracia em um Estado omisso no plano social e que busca a compensação no recrudescimento da política criminal, ignorando dificuldades éticas e até mesmo contradições com a Constituição.

Palavras-chave: Delação Premiada - Barganha - Processo Penal - Direito Penal do Inimigo - Funcionalismo Penal - Pós-democracia.

Abstract: This paper aims to correlate the anthropological and social phenomenons which subverted the notion of time by turning it nocive to the rapid society nowadays to the voracious seek for efficiency, allowing the citizens' fundamental rights and guarantees are set aside and resulting in the widespread application of the state's evidence. That inexorable tendency to put the bargain as a tool on the criminal law seems to depict the aversion to default slowness of legal procedures besides the appearance of democracy in an omitted State on social programs which intends to make up by increasing the criminal policies' repressive features, disregarding any ethical difficulties and even constitutional contradictions in the application of the state's evidence.

Keywords: State's Evidence - Bargain - Criminal Procedure - Criminal Law - Enemy's Criminal Law - Criminal Functionalism - Post-democracy.

Introdução

A compreensão do fenômeno relativo à expansão do Direito Penal e de uma punição a qualquer custo transita através dos conceitos de pós-democracia e de sociedade de risco. O primeiro, segundo Casara (2018, p. 15-17), define-se como o aparente estado constitucional, mas, na verdade, corrompido e cooptado por interesses privados; a institucionalidade democrática se constituiria no imaginário social e no mundo da vida apenas formalmente, naturalizando a supressão de direitos fundamentais historicamente caros à democracia.

Segundo Solano (2018, p. 25), a pós-democracia funciona

como um sistema de fachada democrática, com instituições representativas que aparentemente funcionam (na pós-democracia votamos, elegemos a (sic) nossos representantes), mas, na verdade, por baixo desse exterior puramente formal, o sistema está totalmente capturado pela lógica capitalista. Eis aí o paradoxo: uma democracia que funciona na aparência, mas cada vez mais esvaziada de conteúdo e sentido.

O liame entre as conquistas civilizatórias e a concretização do projeto constitucional é interrompido pela lógica de mercado, a qual impõe o descarte de, segundo Harvey (2018, p. 13), tudo aquilo que não pode ser mensurado ou contabilizado em plataformas condensadoras e analisadoras de dados.

A sociedade de risco (BECK, 1998), por sua vez, resulta do

deslocamento "para a marginalidade (de) um grande número de indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais" (MORAES, 2011, p. 49). Suxberger e Gomes Filho (2016, p. 379) expõem, na mesma linha de Hobsbawm (1995, p. 537-555), que o inchaço urbano, a sociedade industrial e a ideologia político-econômica de *fin-de-siècle*, a maior disponibilidade de armamento nos centros urbanos, o incremento dos fluxos migratórios e o desenvolvimento das tecnologias de informação e dos transportes conduzem à revelação de que "as instituições humanas coletivas haviam perdido o controle das consequências coletivas da ação humana" (HOBSBAWN, 1995, p. 543).

Com efeito, a sociedade de risco e a pós-democracia, conceitos que servirão de base para compreender a ascensão do pensamento funcionalista, afloram a necessidade de maior velocidade ao Direito Penal. A delação premiada, utilizada como meio de obtenção de prova, a seu turno, possibilita ao Estado maior rapidez na resposta aos anseios punitivos e emergenciais, favorecendo os atropelos processuais, de modo que sua instrumentalização talvez seja consequência da mentalidade autoritária irrigada pela desvalorização dos direitos e garantias fundamentais e pela narrativa de urgência no combate a um suposto inimigo social.

Buscou-se neste trabalho, por meio da revisão da literatura pertinente ao tema, aferir em que medida a irrefletida aplicação da delação

premiada pode ser correlacionada à necessidade de atender os impulsos imediatistas da sociedade contemporânea, sobretudo por meio da corrente funcionalista de **Jakobs**, que propugna o Direito Penal do Inimigo.

A resposta da dogmática jurídica às mudanças nas dinâmicas humanas

O sentimento de insegurança transparece ser consequência de um aclave do fenômeno antropológico-cultural do medo cuja expressão reflete uma percepção da ideia de risco amparada por premissas equivocadas. O risco é um conceito probabilístico inidôneo à fixação de qualquer ocorrência prospectiva acerca da criminalidade e permite a ignorância da diferença entre a quantidade de crimes cometidos e a de efetivamente conhecidos, a conhecida cifra oculta, bem como a contraposição entre violência e insegurança, pois esta não leva em conta a obliquidade cognitiva da apreensão da realidade no cálculo do próprio risco (PASTANA, 2003, p. 101-103).

A resposta intuitiva, ainda segundo PASTANA (2003, p. 101), seria a imersão na vivência do risco devido à inevitabilidade de sua experimentação. Em outras palavras, a tensão psicológica, ressaltando-se que a referida tensão ocorre no imaginário coletivo tal qual no individual, provocada pela possível súbita verificação de um dano, impele o sujeito à crença de que é necessário precaver-se do risco.

Os fenômenos descritos influenciaram, direta ou indiretamente, o que veio a ser o funcionalismo penal, que estabelece uma manifestação jurídico-penal reativa às escolas penais pretéritas, sobretudo no que tange os fins do Direito Penal (MORAES, 2011, 125). De acordo com **Roxin** (2002, p. 62), a categorização neokantista que permeia a dogmática jurídico-penal a partir de critérios ontológicos e hermeticamente fechados precisaria de “uma revisão total do sistema da teoria do delito, reconstruído cada conceito à luz de sua função político criminal”.

O pensamento de **Günther Jakobs** enquanto vertente da escola funcionalista merece destaque. Antes de adentrar em sua teoria, é apropriado registrar que, embora a leitura açodada das pretensões da escola funcionalista transpareça um caráter puramente efficientista, seu objetivo principal é o aperfeiçoamento do Direito Penal, a conferir-lhe mais racionalidade e, portanto, limitação. Assim é que o próprio **Roxin** (2002, p. 84-85) adverte que

Não faria sentido, do ponto de vista da prevenção geral negativa, punir o autor pela realização de riscos que não criou, justamente por não poder ele impedir outros riscos que não aqueles por ele criados. (...) Além disso, seria disfuncional também em face da prevenção geral positiva que se responsabilizasse o autor por riscos por ele não criados: os cidadãos somente compreenderão o sentido reprovável de um comportamento proibido se o resultado por ele causado não o suceder por acaso, mas como a realização do risco criado pelo autor.

Em outras palavras, o funcionalismo pretende conferir maior racionalidade ao sistema penal, até mesmo com a exclusão da tipicidade de determinadas condutas anteriormente reputadas típicas, dados os critérios abstratos e os conceitos ontológicos do finalismo. Contudo, **Jakobs** propõe uma teoria do delito sob a perspectiva da função do Direito Penal, a qual, na explicação de **ROXIN** (2002, p. 121), “está na reafirmação da vigência da norma que o comportamento deliçante (sic) violou. Quem viola a norma, antes de eliminar uma vida ou destruir o patrimônio alheio, exterioriza um ‘esboço de um mundo’, de um mundo no qual a norma não vige”. Há uma nítida inspiração na teoria dos sistemas de **Luhmann** (MORAES, 2011, p. 127-131), pois o Direito Penal é encarado como um estabilizador de expectativas sociais e condição de possibilidade para a manutenção da ordem social, na medida em que “esta visão de mundo do delinçente (sic) desafia a visão dos demais membros

da sociedade, que se veem inseguros, desorientados sobre qual das visões realmente prevalece” (ROXIN, 2002, p. 121-122).

Com efeito, **Jakobs e Meliá** (2008, p. 40) abandona sua perspectiva inicialmente resistente à expansão do Direito Penal e filia-se a esse pensamento para legitimar a contraposição do Estado aos delitos de terrorismo.

A teoria jakobsiana calca-se na prevenção geral enquanto função essencial do Direito Penal e, simultaneamente, resgata a periculosidade da Escola Positivista como critério de avaliação do indivíduo delinçente, criando novamente uma espécie de Direito Penal do autor. Ao nosso ver, a colocação nesses termos do Direito Penal do Inimigo torna sua existência plausível como fenômeno social, mas completamente dissociada da teleologia penalista de limitação do poder punitivo do Estado. Aliás, é todo o oposto: o Direito Penal do Inimigo nutre a profusão dos tentáculos do sistema penal.

Em suma, o Direito Penal do Inimigo é uma decorrência do pensamento funcionalista proposto por **Jakobs** a qual permite a utilização da dogmática penal para fins de Estado, ao arripio da tradição liberal-clássica, e a equiparação de determinados indivíduos como inimigos, encenando uma situação de guerra. As garantias penais e processuais penais, nesse sentido, perdem suas balizas e, portanto, admite-se sua supressão (MORAES, 2011, p. 179; 184).

A delação e sua correlação com o funcionalismo penal e o Direito Penal do Inimigo

Situa-se o acordo de delação premiada no âmbito do funcionalismo e, especificamente, do Direito Penal do Inimigo e estabelece-se que a barganha premial não encontra guarida em nenhum texto da Constituição da República, ao menos na seara penal, muito embora sua admissibilidade já esteja sedimentada como um fato consumado, isto é, há parcela dos autores que reconhece os sérios problemas da delação premiada, mas não vislumbra obstáculo à tendência inexorável de sua larga utilização (LOPES JUNIOR, 2020, p. 143). Daí irrompe a adequação aparentemente harmoniosa da delação, instituto incompatível com a Constituição da República, na prática forense, uma vez que se naturalizou a violação franca de garantias fundamentais, sintoma inquestionável da pós-democracia.

Não é redundante, para os fins argumentativos que se seguem, o registro de que, para a caracterização da colaboração premiada como instituto útil à política criminal do Direito Penal do Inimigo, é preciso estabelecer os sujeitos a que se refere **Jakobs** como inimigos e correlacioná-los com a clientela da delação premiada no processo penal brasileiro. Com efeito, **Jakobs e Meliá** (2008, pp. 34 e 35) argumenta que se passa “a uma legislação”, denominada abertamente deste modo, “de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica (sic), do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de ‘delitos sexuais e outras infrações penais perigosas’”. É que, para o autor alemão, esses crimes denotam uma tendência duradoura à criminalidade, isto é, ausência quase indelével de garantia cognitiva mínima que permita aos imputados um tratamento como pessoa (JAKOBS; MELIÁ, 2008, p. 35).

Nesse sentido, quando decide o Estado quais sujeitos estarão submetidos ao tratamento de exceção, isto é, quais agentes são Inimigos do Estado a ponto de comprometer-lhe a existência – caracterizando o Direito Penal do Inimigo como uma ferramenta de contenção dos chamados perigos à generalidade (JAKOBS, 2008, p. 23) –, exsurge da coletividade, da massa de indivíduos não transgressora, a legitimidade para direcionar irrefreavelmente o aparato estatal da *persecutio criminis* em face dos Inimigos, uma vez que, contra estes, “é só coação física, até chegar a (sic) guerra” (JAKOBS, 2008, p. 30). Aqui, socorremo-nos na explanação de **Foucault** (2014, p. 89) acerca do rompimento do contrato rousseauiano em que até o menor dos delitos efetivamente “lança

o indivíduo contra todo do corpo social (...) o infrator se torna o inimigo comum. Até mesmo pior que um inimigo, um traidor, pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade. Um 'monstro'".

A abrangência da designação de inimigo parece ser utilizada por **Jakobs** numa tentativa de contraposição à criminalidade moderna e às tendências expostas acima acerca do sentimento de insegurança enquanto fenômeno social. O resultado desemboca na temerária e incauta relativização de garantias fundamentais. A proposta de um Direito Penal do Inimigo, ao que tudo indica, pretende "dar uma resposta simbólica aos pleitos por segurança e, ao mesmo tempo, atender aos fins do mercado" pelo que "ocorre o endurecimento das políticas policiais, penitenciárias e judiciárias" (CASARA, 2018, p. 188).

A complexidade das relações sociais decorrentes das significativas mudanças vivenciadas pela humanidade a partir da segunda metade do século XX amedronta e apequena o indivíduo, quiçá lhe suscite algum ressentimento. A açada e incauta análise da violência ascendente em centros urbanos inchados catalisa discursos fáceis e populistas detentores de uma capilaridade inigualável. Disso resulta o apoio por estados repressivos mais intensos como resposta a abstrações denominadas crime e violência, em detrimento de outra abstração tal qual problemática chamada de segurança pública.

A criminalidade moderna almeja a invisibilidade perante o Estado, enquanto se mostra concretamente presente para os cidadãos, e talvez, por isso, seja tão dramático lidar com essa espécie de conflito social. Na esteira da inocuidade das técnicas tradicionais do Estado na repressão desses conflitos, começa-se a vislumbrar como única alternativa viável o emprego de técnicas especiais de investigação e meios de obtenção de prova estapafúrdios, de problemas éticos insolúveis e incompatibilidades constitucionais que gritam, encenando uma lógica bélico-binária contra suposta(s) organização(ões) que captou(ram) o Estado para a consecução de fins particulares.

O volume da criminalidade é enviesadamente apreendido e abre margem, portanto, a políticas criminais emergenciais. Nesse cenário, a delação premiada é a ferramenta investigatória mais empregada e problemática, porque poupa o Estado de etapas da investigação, ao passo que fere de morte preceitos constitucionais importantíssimos, como o direito ao silêncio, à ampla defesa e ao contraditório, à isonomia, ao sistema acusatório e à presunção de inocência, além da jurisdicionalidade própria do processo penal. Confirma-se a propensão da sociedade de risco à criação de um sistema particularmente responsivo e o segundo plano ao qual se relegaram todas as garantias constitucionais que exprimiam o Estado

Democrático de Direito e distinguem-no da vulgar verbosidade.

Em outras palavras, tornou-se o inimigo qualquer imputado a um crime cuja reprovabilidade moral se sobressalte, tais como corrupção, lavagem de capitais, peculato, crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro ou contra o processo licitatório, etc, adensando o clamor pelo combate a esses crimes a mera rotulação do vago conceito de organização criminosa. Dessa forma, considerando que o Inimigo não possui direitos, ao menos, de acordo com **a teoria jakobsiana**, não os mesmos direitos que o cidadão, é aceitável pesar sobre ele a tortura psicológica necessária para a obtenção da delação, atravessando inescrupulosamente limites éticos e barganhando os direitos e garantias fundamentais do delator e, por vezes, até mesmo do delatado.

Conclusão

Conquanto não seja um fenômeno tenro, a utilização do poder penal para aniquilar os inadequados ao sistema denota indubiosa potencialização punitiva, especialmente quanto à percepção da intensidade democrática em relação ao processo e sua negociação, admitindo-se a barganha de valores antes irrenunciáveis em nome de uma suposta eficiência punitiva, celeridade e custo da função jurisdicional (CASARA, 2018, p. 184-203).

Engendrou-se na sociedade contemporânea a associação da qualidade à rapidez. Igualmente, o temor e a sensação cada vez maior de risco tornaram-se características intrínsecas à opinião pública. A supressão ou relativização de direitos fundamentais, nesse quadro, é uma decorrência lógica a qual foi teoricamente justificada pela designação do Direito Penal como essencialmente preventivo, em especial na prevenção, e até na repressão hiperbólica, das ações dos Inimigos. Contudo, **Jakobs** acaba por definir como Inimigo qualquer sujeito que vá de encontro aos fins do Estado, ou seja, seu pensamento favoreceu o alargamento do rol de possíveis Inimigos, sobre os quais podem recair as piores mazelas, ainda que inconstitucionais, tal qual o desrespeito a seus direitos fundamentais através da celebração de um eventual acordo de delação premiada, à parte dos potenciais constrangimentos sofridos que culminaram na opção pela barganha, tudo em prol da celeridade na autorização para a imposição da pena corporal.

A delação premiada, portanto, situa-se nesse imbróglio sociojurídico no qual as categorias jurídicas que estabilizavam valores democráticos foram esvaziadas. Dessarte, amplia-se quase irredutivelmente a utilização da colaboração premiada, *nomus* que dissimula o desvio ético intrínseco a uma delação, fazendo do processo instrumento a serviço das tendências punitivas atuais.

Referências

BATISTA, Nilo; BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. Política criminal, polícias e segurança dos direitos em tempos de Regressão. Entrevista concedida a Thiago Allisson Cardoso de Jesus. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 23, n. 1, p. 287-295, 2019.

BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez, e María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

CASARA, Rubens R. *Em tempos de pós-democracia: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. Trad. Artur Renzo. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos: O breve século XX (1914-1991)*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal brasileiro: Introdução crítica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *Direito Penal do Inimigo: A terceira via do Direito Penal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: Reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOLANO, Esther. Pós-democracia e o espetáculo moralista da Justiça messiânica. In: CASARA, Rubens R. (Org.). *Em tempos de pós-democracia*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 25-68.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376-395, 2016.

Recebido em: 14.04.2021 - Aprovado em: 23.05.2021 - Versão final: 09.06.2021