

A COLABORAÇÃO PREMIADA E PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

ANDRÉ MOREIRA DE ABREU LUZ

DAVID FILETO SOARES

DELSON EMMANUEL SIQUEIRA COSTA

GABRIEL DE SOUZA SALEMA

GIBRAN GUIMARAES HABIB

IGOR COSTA ROCHA

LUCAS RODRIGUES SILVA

MARINA APARECIDA QUERINO IANHEZ MACÊDO

Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Belo Horizonte-MG

JOSÉ BOANERGES MEIRA

Doutor e Mestre em Direito Processual, Professor Adjunto IV, da Faculdade Mineira da PUC-Minas

1. Introdução

27

O presente trabalho é fruto das várias discussões ocorridas no grupo de estudos em Direito e Processo Penal, encabeçado por vários alunos da graduação do Curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito do campus Coração Eucarístico, que se reuniram com a finalidade precípua de examinarem com maior acuidade o instituto da colaboração premiada e seus desdobramento como possível meio probatório.

Da origem do instituto até a atual legislação – Lei nº 12.850/13, foi trilhado um caminho que levará o leitor a perceber que as origens da colaboração, ou delação é bem antiga e sempre conferindo aos seus autores diversos prêmios pela sua relevante participação na elucidação do fato delituoso investigado. Não se pode deixar de mencionar que procurou-se trazer a colação as experiências de outras legislações com o tema colaboração, sem se esquecer de uma rápida análise ética do conteúdo das colaborações.

Para os mais afoitos em validar a “prova obtida” a partir da chegada das informações oriundas das diversas colaborações ensejadas nas investigações criminais, não importando como foram obtidas. A lição precisa do professor Manuel da Costa

Andrade (2006), na sua obra: “Sobre as proibições de provas no processo penal”, é um sábio conselho para desestimular o aproveitamento dos elementos informativos obtidos a qualquer custo. Menciona o festejado autor lusitano que o Estado ao investigar deverá manter uma postura ética e responsável a fim de inspirar os seus agentes a agirem em conformidade com a lei maior respeitando-se, sempre, as garantias fundamentais, ou seja, a colaboração há que se sempre obtida de foram livre e espontânea sem qualquer espécie de coação. Nem mesmo com o prolongamento desnecessário de medidas constritivas de liberdade: temporária e preventiva.

A análise do tema deve ser feita de forma técnica e desapaixorada pelos estudiosos do Direito a fim de que o aqodamento midiático não venha reverberar na restrição da liberdade do cidadão inocente de forma desnecessária.

Desta maneira, o presente ensaio procurou guiar-se ao analisar tecnicamente as conveniências ou não da colaboração premiada como mais um meio probatório no Processo Penal Pátrio.

2. Origens do instituto

28

2.1 Considerações preliminares

Neste capítulo, será examinada a evolução do instituto da delação, no curso da história da humanidade e suas implicações.

2.2 As origens do instituto da delação

As origens do instituto da delação têm seus primeiros rudimentos na Antiguidade Clássica, na Europa, mais precisamente no Direito Penal Grego, assumindo o objetivo de estímulo social para combater contrabandos e assegurar o Estado. Nesse período, o delator envolvido, na ação denunciada, poderia ser perdoado e, ainda, receber uma quantia pecuniária.

2.3 A antiguidade clássica

Após a transcrição do período da Antiguidade Clássica, o instituto da delação premiada é reiterado no Império Romano. Por volta de 27 a.C. a 476 d.C., a delação torna-se coadjuvante da *persecutio criminis*, isto é, passa a ser peça fundamental e concorrente na atividade investigatória para identificar o(s) autor(es), as circunstâncias e as motivações do crime, o que levou a materializar, portanto, uma estratégia imperial de centralização de poder, elucidada no princípio *divide et impera* (dividir para conquistar). Este estimulava desconfiança na sociedade, já que viabilizava o rompimento de poderes menores existentes com o objetivo de evitar alianças entre os povos dominados.

É, também, nesse momento histórico, conforme se pode contatar através da leitura dos textos (Bíblia Sagrada), que se tem o episódio da narrativa de “delação premiada” mais afamada no ocidente, quando Judas Iscariotes delata a identidade de Jesus de Nazaré ao Império Romano, em troca de 30 moedas de prata.

2.4 A idade média

29

Com a decadência do Império Romano e o início da Idade Média, a delação premiada assume novos contornos, atingindo seu auge, mas sem perder a essência inicial, ao manter seu aspecto acentuado ligado à religião. Ocorre a implantação do tribunal eclesiástico, a Inquisição, com o fim de identificar os “inimigos da fé” da Igreja Católica, e, por conseguinte, investigar e julgar, concisamente, pretensos hereges.¹ Estes, suspeitos de praticar heresia, recebiam, por parte do inquisidor, um prazo de possível indulgência para poderem denunciar-se. Se o fizessem dentro desse decurso, cumpriam uma punição mais branda e eram comumente benquistos, novamente, no recinto religioso. Contudo, eram coagidos, por meio da tortura, a identificar e fornecer informações detalhadas sobre todos os outros hereges que conheci- am. Importante ressaltar que, nesse período, pouco importava se as informações eram procedentes ou

¹ Para o professor Hermínio C. Miranda (2011), no seu livro: “Cátaros e a heresia católica”, a inquisição iniciou, efetivamente, no sul/sudeste da França, por volta de 1215, na região do Languedoc, ao empreender uma feroz campanha para eliminar da Europa a “perigosa” seita religiosa de cristãos primitivos, os albigenses que proponham uma volta ao cristianismo “primitivo”. Os métodos utilizados pela inquisição ficaram imortalizados na obra de Nicolas Emerick, “Manual do inquisidor”.

verídicas.

É nítida que esta última prática de delação premiada permaneceu com uma conotação expressamente religiosa, de forma não espontânea, executada, habitualmente, com o uso arbitrário da força, indubitavelmente, distante da definição propositiva atual do instituto.

Perpassando pelo o absolutismo, o referido instituto permanece com uma diretriz ideológica descomedida, visto que, os governantes (monarcas), neste sistema de governo, não se restringiam a qualquer ditame ético e/ou legitimado, exercendo os poderes da clássica tripartição de Montesquieu, de forma indiscriminada, e a mera denúncia de um coautor da empreitada criminosa era suficiente para que o rei proferisse uma sentença condenatória ao acusado, aniquilando, categoricamente, os direitos individuais.

2.5 O renascimento

Durante o século XVIII, o absolutismo monárquico é, continuamente, acometido por críticas, incitado com fervor pelo ideal iluminista, nascido na Europa. A proposta do Século das Luzes era reedificar a sociedade, utilizando-se da razão para desmistificar as ideias consolidadas na tradição e na religião, desenvolvendo o conhecimento humano através do método científico. Neste período, inicia-se o rompimento com as práticas penais desumanas, como a tortura, penas de morte, banimentos e acusações secretas, até então vigariantes nos sistemas antecedentes a este.

30

2.6 A idade moderna

Por fim, na Idade Moderna, com a evolução da sociedade e conseguinte complexidade nas relações sociais, proporcionadas pela mesma, o instituto da delação premiada desenvolveu-se e, conseqüentemente, adquirindo legalidade. Passou a ser legislado e utilizado, em vários países, com o fim principal de desembaraçar os crimes praticados em concurso de agentes, e, sobretudo, acompanhar o aprimoramento e sofisticação das organizações criminosas.

3. Conceito de delação

3.1 Considerações preliminares

Neste capítulo, serão deslindados os conceitos de delação premiada e colaboração premiada, bem como os seus desdobramentos no ordenamento jurídico pátrio. Também será demonstrada, a título de comparação e ilustração, de modo sucinto, a aplicação do instituto da delação premiada nos Estados Unidos, Itália, e Espanha.

Infelizmente, no território do gigante sul-americano, o Brasil, o tema “delação premiada” é recorrente, nos veículos midiáticos, especialmente, em tempos de averiguações e desmantelamentos de robustos estratagemas de corrupção e iniquidades, deflagradas pela operação Lava Jato. Essas “empresas do crime” são como os túmulos caídos. São limpas por fora, porém, no seu imo, imperam os ossos e a podridão. Essas penetram nas entranhas estatais e maculam os alicerces da democracia. Por essa razão, o Estado não pode restar-se inerte perante esta soturna realidade, aliás, deve intervir de maneira célere e efetiva, em face desta “nova” criminalidade, com a finalidade de desarticular estas organizações criminosas. Assim, além de valer-se da produção probatória, por meio da investigação do fato para tentar conter esta expansão do crime organizado, conta não como único ou principal meio, mas como adjutório a instituição da colaboração premiada, que, se aplicada na conformidade da Lei, abreviará os trâmites da investigação criminal e economizará tempo e dinheiro público.

É primordial que o Estado combata as associações de delinquentes que singram pelas águas turvas da ilegalidade, violam os direitos fundamentais do cidadão e desestabilizam o Estado Democrático de Direito sobre o qual se erige a Carta da República de 1988.

3.2 Conceito de delação premiada

Consoante as lições do jurista De Plácido e Silva, a estirpe da delação significa:

Originado de *delatio*, de *deferre* (na sua acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir) é aplicado, na linguagem forense, mais, propriamente, para designar a denúncia de um delito, praticado

por uma pessoa, sem que o denunciante (delator) se mostre parte interessada diretamente na sua repressão, feita perante autoridade judiciária ou policial, a quem compete a iniciativa de promover a verificação da denúncia e a punição do criminoso [...]. (SILVA, 2001, p. 247).

Assim, a delação premiada é o ato consciente e voluntário do acusado ou indiciado, no qual admite a sua participação na obra delituosa, fornece informações das atividades ilícitas praticadas pela organização, imputa fatos criminosos aos comparsas à autoridade judiciária ou policial e, por conseguinte, facilita a desarticulação de associações criminosas. A razão do rótulo premiada não é inócua, pois se atendido os requisitos exigidos em lei para a concessão das benesses, acarretará na redução da pena e, em certos casos, até mesmo a isenção absoluta da sanção penal. Convém ressaltar que a delação premiada é fruto de um contrato, isto é, de um acordo de vontades entre o suspeito e o seu causídico com os órgãos repressivos, quais sejam, o Ministério Público e a Polícia Judiciária. Assim, o acordo deve ser avençado de modo livre e consensual, isto é, sem qualquer espécie de coação física ou moral em face do delator. Ademais, a abrangência da delação premiada limita-se as condutas ilícitas que geram responsabilidade penal, por exemplo, não prevê o nosso arcabouço jurídico, o instituto, no âmbito da responsabilidade civil. Cumpre dizer a lúcida definição do proeminente professor Damásio de Jesus (2005, p. 1): “Delação é a incriminação de terceiro, realizada por suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo do seu interrogatório (ou em outro ato)”.

32

Isto posto, podemos elencar os pressupostos para a configuração da delação premiada: a) consciente e voluntária admissão da prática do fato criminoso, pois caso não houver participado da infração penal será tachado como mera testemunha ou informante que presenciou as condutas ilícitas; b) fornecer eficazes informações relativas ao funcionamento da organização criminosa; c) nomear os codelinquentes, até então desconhecidos, que concorreram para a produção da mesma infração penal; d) obtenção dos benefícios pelo delator, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

Todavia, desde a sua implementação, no Brasil, é nítida a polarização entre os operadores do direito, no que cerne à constitucionalidade e aos ditames éticos e morais da inédita instituição. De um lado, há os que lançam argumentos contrários a delação,

por estar eivada de inconstitucionalidades, precisamente, por violar os princípios fundamentais e garantias do Direito Penal e do processo penal, entre os rogados, o devido processo legal, os elementos institutivos do processo da ampla defesa e do contraditório. Além disso, o Estado declara a sua falência de combater a criminalidade, valendo-se da institucionalização da deslealdade e da traição entre os comparsas. De outro lado, os que tecem apologias em prol do instituto, no país verde-amarelo, que, embora seja moralmente criticável, representa um franco adjutório ao corpo estatal a testilha da exasperada prática delituosa de rebuscadas organizações criminosas, destarte, indagam aos que porfiam em sentido oposto, “qual o repúdio por denunciar crimes?”. A esta posição se inclina o professor e Juiz de Direito Guilherme Nucci:

[...] parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito [...] No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por *leis* esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais. (NUCCI, 2008, p. 418).

33

Diante do exposto, podemos listar os escopos da inclusão da delação premiada, nos diplomas legais brasileiros: a) obter a confissão do acusado; b) identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa; c) reconhecer o *modus operandi* da organização criminosa; d) coletar conteúdo fático probatório; e) recuperação total ou parcial do produto das infrações penais, praticadas pela organização criminosa.

Convém ressaltar que a delação não se confunde com a desistência voluntária (art. 15, Código Penal - CP), que conforme a doutrina dominante, a desistência voluntária ou tentativa abandonada é a desistência do agente da realização típica, mesmo podendo prosseguir, interrompendo a sua execução voluntariamente. Outrossim, não se entrelaça com o arrependimento eficaz (art. 15, CP), no qual o agente, após ter esgotado todos os meios de que dispunha, de modo voluntário, arrepende-se e, evita, com outra ação, que o resultado pretendido outrora, se materialize. Adiante, são, do mesmo modo, opostos o conceito de delação premiada e arrependimento posterior (art. 16, CP), sendo que este, o agente que comete um crime, sem violência ou grave ameaça

à pessoa, repara o dano ou restitui a coisa, de forma voluntária, até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime. Findo, não se assemelha o instituto em exame com a confissão espontânea (art. 65, III, alínea *d*, CP). Ora, congruente com a definição apresentada de delação premiada, é insuficiente que o acusado confesse sua concorrência, na consecução do crime, deverá, não obstante, delatar os codelinquentes que concorreram para a prática do mesmo crime, se assim não for, restará caracterizado a circunstância atenuante de confissão espontânea.

Neste sentido, preleciona Salo de Carvalho e Camile Eltz de Lima (2009, p. 124): “a confissão reveste-se de característica particular em relação à delação, pois à declaração do agente não implica terceiros, ou seja, gera efeitos jurídicos apenas aquele que a pratica”.

3.3 Escorço histórico

No Brasil, a delação premiada é vetusta na Legislação Penal, possui previsão legislativa, desde o século XVII, nas Ordenações Filipinas, precisamente, nos Títulos IV e CXVI que tratavam, respectivamente, sobre os crimes de Lesa Magestade (*sic*) e o benefício aos criminosos que delatarem. Assim, ministra Damásio de Jesus

O Título VI do – Código Filipino, que definia o crime de – Lesa Magestade (*sic*), tratava da delação premiada, no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificadamente do tema, sob a rubrica – Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. (JESUS, 2005, p. 1).

Na terra das Minas e do ouro, nas iras de 1789, tempo em que a nação verde-amarela ainda era submissa aos lusitanos, o Coronel Joaquim Silvério dos Reis delatou os envolvidos, na Conjuração Mineira, dentre os quais, se avulta o mártir Tiradentes. Em troca, o mencionado delator obteve o perdão da sua dívida existente perante a Fazenda Real.

Entretanto, fora revogada pelo Código Penal Imperial, no ano de 1830, como relata o jurista Walter Bittar (2011, p. 89): “A História da Legislação Penal, no Brasil,

demonstra que houve a previsão da delação premiada, ainda na época das ordenações Filipinas, em 11 de Janeiro de 1603, até o início da vigência do Código Penal Imperial, no ano de 1830”.

O instituto retornou, após 160 anos, ao ordenamento jurídico pátrio mediante a Lei nº 8.072/90, referente aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII, CF/88), disposto no art. 8º, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciarem à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1990).

Além da Lei dita alhures que inaugurou, na Constituição Federal de 1988 (CF/88), a delação premiada, hoje, em decorrência de uma “inflação legislativa”, também encontra-se em diversos dispositivos legais, quais sejam: Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal Brasileiro), Lei nº 7.492/86 (Lei de crimes do colarinho branco), Lei nº 8.137/90 (Lei de crimes contra ordem tributária), Lei nº 9.034/95 (Lei de prevenção ao crime organizado), Lei nº 9.613/98 (Lei contra a lavagem de dinheiro), Lei nº 9.807/99 (Lei de proibição à testemunha e à vítima de crime), Lei nº 11.343/06 (Lei antitóxica que revogou a Lei nº 10.409/02), Lei nº 12.529/11 (reformulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e, por fim, na Lei nº 12.850/13, que será, minuciosamente, analisada em iras vindouras.

35

3.4 A colaboração premiada

Atendendo os anseios da Convenção de Palermo (2000), a Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013 definiu o conceito de organização criminosa e dispõe, sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

No capítulo II, da mencionada Lei, que aborda a investigação e os meios de obtenção da prova, encontra-se assentado o inovador termo “colaboração premiada”,

precisamente, no art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção de prova:

I- colaboração premiada; [...] (BRASIL, 2013).

Em primeiro lugar, pedimos *vênia* ao prezado leitor, para pincelarmos, de uma maneira sucinta, o conceito de organização criminosa definido pela Lei nº 12.850/13. De acordo com o exposto no art. 1º, §1º, considera-se organização criminosa a associação de 04 ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e marcada pela divisão de tarefas, com o alvo de obter vantagem de qualquer natureza, por meio de condutas criminosas, cujas penas máximas ultrapassem 04 anos. Na verdade, retrata o anseio do legislador pátrio de combater o espantoso aumento do crime organizado. É tremendo o aprimoramento dessas associações criminosas que, não obstante, camuflam as suas práticas ilícitas, sofisticam o seu aparato organizado de poder e a distribuição das tarefas, assim, tornam complexa o papel do Estado de identificar os seus membros, reconhecer os delitos cometidos, angariar provas e, por consequência, desmantelá-los.

36

Volvendo-se ao fim precípuo do presente trabalho, vale afirmar que há distinção entre delação premiada e colaboração premiada. Assim, com fulcro no art. 4º da Lei nº 12.850/13, consideramos ser a colaboração premiada gênero, que se desmembra em cinco espécies, dentre as quais, está a delação premiada. Consoante a dicção legal do art. 4º, *caput, in fine*, detectamos o ponto central da diferenciação entre as espécies, que se dá pelo resultado pretendido e almejado.

Dessa forma, a delação premiada é o chamamento do correu, isto é, o acusado ou indiciado contribui com a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (art. 4º, I, Lei nº 12.850/13). Nota-se, portanto, que o legislador pátrio conferiu a delação premiada uma amplitude superior em face da colaboração premiada, ou seja, é mais abrangente, pois além de colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, deverá conceder a identificação dos demais coautores e partícipes do crime. Assim, é insatisfatório para o esculpimento pleno da delação premiada a “colaboração” com dados referentes a operacionalização da organização criminosa e a atuação dos seus

membros. É primordial a nomeação dos demais codelinquentes que concorreram para a prática do mesmo crime, ou seja, faz-se necessário o chamamento do correu. Assim, a delação é uma forma de exercer a colaboração premiada. Isto é, há exemplos de colaboração premiada que não são delação premiada, a título ilustrativo, o acusado que confessa a prática do crime, relata dados cruciais para que as autoridades recuperarem o produto do crime, porém, não delata nenhum comparsa.

Como já foi dito, existem outras espécies de colaboração premiada, que não se confundem com delação premiada, a saber: a colaboração reveladora da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II, Lei nº 12.850/13); a colaboração preventiva, pois com as informações prestadas pelo acusado, evita-se a ocorrência de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, III, Lei nº 12.850/13); a colaboração recuperadora dos produtos do crime ou do proveito das infrações penais, praticadas pela organização criminosa (art. 4º, IV, Lei nº 12.850/13) e, por fim, a colaboração para libertação das vítimas, na qual o acusado fornece a localização da vítima, sendo basilar que esta esteja com a sua integridade física preservada (art. 4º, V, Lei nº 12.850/13).

Ora, podemos concluir que toda delação premiada é uma espécie de colaboração premiada, todavia, nem sempre a colaboração premiada feita pelo acusado será mediante o instituto da delação premiada. Convém salientar que é suficiente que uma dessas formas de colaboração premiada seja atingida para que o colaborador tenha direito aos benefícios (art. 4º, *caput, in fine*, Lei nº 12.850/13).

37

3.5 Natureza jurídica da colaboração premiada

A colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção da prova, assim, pontua de maneira expressa o legislador de acordo com o art. 3º, *caput, in fine*, da Lei nº 12.850/13. *In casu*, o operador do direito deverá realizar uma interpretação do mencionado artigo, pautado em um método hermenêutico denominado gramatical, filológico ou literal, buscando o sentido semântico e linguístico do enunciado. Onde extraímos que a colaboração premiada não é um meio de prova propriamente dito. Na verdade, é uma forma, uma técnica, uma ferramenta para se obter provas. Por essa razão, tem-se admitido tratar-se de uma prova anômala. Nesta trilha, leciona, com

propriedade, o docente Gustavo Badaró:

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e, dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos. (BADARÓ, 2012, p. 270).

Vê-se, pois, que a colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de provas, não se reveste do patamar jurídico da prova considera em si. Aquela é, na realidade, uma espécie de “ponte” para chegarmos ao conteúdo fático probatório. Apenas em relação a esta, o julgador poderá valer-se para a preparação do seu provimento estatal jurisdicional, porque, caso fundamente a sua decisão apenas com o teor das colaborações premiadas, infringirá o art. 4º, § 16 da Lei nº 12.850/13, que assevera: “Art. 4º, [...] §16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Além desta, violará a norma constitucional, que versa sobre o requisito da fundamentação das decisões, na qual esta, somente estará bem fundamentada quando haurida de uma legalidade democraticamente construída e resultante do debate crítico sendo procedimental, prevista no art. 93, IX da Carta Magna de 1988.

Com esta cautela têm se guiado os nossos tribunais, vejamos:

Não se pode reconhecer como prova plena a imputação isolada de co-réu para suporte de um 'veredictum' condenatório, porque seria instituir-se a insegurança no julgamento criminal, com a possibilidade de erros judiciais. (Rev. Crim. 11.910. TACrimSP, rel. Ricardo Couto, RT 410: 316).

A incriminação feita pelo co-réu, escoteira nos autos, não pode ser tida como prova bastante para alicerçar sentença condenatória”. (Ver. Crim. 103.544, TACrimSP, rel. Octavio Roggiero).

Nessa mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 84.517-7/SP, relatado pelo então primoroso ministro do STF Sepúlveda Pertence, reforça essa orientação jurisprudencial:

II – A chamada de co-réu, ainda que formalizada em Juízo, é inadmissível para lastrear a condenação (Precedentes: HHCC 74.368, Pleno, DJ 28.11.97; 81.172, 1.^a T, DJ 07.3.03). Insuficiência dos elementos restantes para fundamentar a condenação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004).

3.6 Direitos do colaborador

O art. 4º, § 10 da Lei nº 12.850/13 resguarda ao colaborador o direito de retratação, em outros termos, de retirar o que fora dito, de retornar ao *status quo ante*. Assim, as provas autoincriminatórias, produzidas pelo colaborador, não poderão ser utilizadas em seu desfavor. No mesmo artigo, no § 15, assevera que o colaborador, em todas os atos da negociação, deverá ser assistido por defensor, aliás, se não observado este preceito, constituirá óbice para a homologação do acordo pelo magistrado, uma vez que o termo do acordo de colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter, dentre outras exigências previstas em lei, a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor.

No momento em que o acusado ou investigado, devidamente orientado pelo seu defensor, aceita a proposta de colaborar com a investigação criminal, torna-se um colaborador em potencial, por consequência, rompe o vínculo, seja ele profissional ou afetivo, que possuía com a associação criminosa que pertencia, tornando-se, vulnerável. Ora, ineficaz seria a normatização do instituto, se não concedesse ao colaborador a proteção necessária, diante da organização delituosa que renunciou e denunciou. Assim, virtuoso foi o legislador que proveu, de antemão, no art. 5º, da Lei nº 12.850/13, o rol de direitos que poderá gozar o colaborador, diante desta delicada conjectura, quais sejam: usufruir de medidas de proteção previstas em legislação específica para testemunhas e vítimas; ter o nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente, dos demais coautores e partícipes; participar de audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter a

sua identidade revelada pelos meios de comunicação; nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; e cumprir pena em estabelecimento penal, diverso dos demais corréus ou condenados.

3.7 Pressupostos para a concessão das benesses

A Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º, §1º, aponta os critérios para a concessão dos benefícios ao colaborador. O primeiro pressuposto é a eficácia da colaboração. O agente colaborador só fará jus as benesses, previstas em lei, se os dados prestados forem relevantes e efetivos para o desmantelamento da organização criminosa. Nesta vertente, está o julgamento do HC nº 90.962 da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “O instituto delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação do delito, fornece às autoridades informações *eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime*” (grifo nosso).

O segundo pressuposto é corolário do primeiro, visto que, a colaboração premiada deverá, como já tratado, produzir um ou mais dos resultados almejados, de acordo com a previsão legal, podendo ser: identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas; revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; prevenir as infrações penais, decorrentes das atividades da organização criminosa; recuperar total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais, praticadas pela organização criminosa e/ou localizar o paradeiro da vítima com a sua integridade física preservada.

O terceiro requisito disciplina que o julgador deverá levar em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso. Respeitosamente, cumpre dizer, os anos de tepidez e omissão, de modo quase comungante, dos tribunais do Brasil, no tocante a aferição da personalidade, *in casu*, a do colaborador. Ora, como o julgador analisará a personalidade, se inexistente, na quase totalidade dos processos, ausência do estudo psicológico? Árdua será a tarefa do magistrado se optar por aferi-la, pois, certamente, esmiuçar o conteúdo dos autos e com o ego do colaborador não se deparará.

3.8 Consequências jurídico-penais da colaboração

A Lei nº 12.850/13 determina que, após a formalização do acordo de colaboração, entre o investigado e o seu defensor com o delegado de polícia, com a manifestação do Ministério Público, ou, de acordo com o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e o seu defensor, será o respectivo termo remetido ao juiz para homologação. Neste ponto, ponderamos que o regime da colaboração premiada exige do julgador uma perspicácia elevada. Aquele que exerce a função judicante deverá analisar, com cautela, as informações prestadas pelo colaborador, com o fim mínimo de afastar dados e acusações, que não guardam nexo causal com as provas obtidas durante o trâmite processual, que poderão, não rara às vezes, conduzir terceiros inocentes ao processo. Por essa razão, mostra-se mister uma avaliação sublime do julgador.

O juiz deverá, a requerimento das partes e satisfeitos os requisitos exigidos em lei, conceder os prêmios da colaboração. Os benefícios concedidos poderão ser: não oferecimento da denúncia, perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade, substituição por restritiva de direitos ou progressão de regime.

A primeira benesse constitui uma clara exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo em vista que o Ministério Público, dispondo dos elementos basilares para a propositura da ação penal, deve promovê-la. Assim, o representante do *Parquet* poderá deixar de oferecer a denúncia se o colaborador: a) não for o líder da organização criminosa; b) for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Adiante, se a colaboração prestada for relevante para a resolução do crime, poderá o Ministério Público ou o delegado de polícia, com a manifestação daquele, requerer ao juiz a concessão do perdão judicial ao colaborador, que constitui uma causa extintiva de punibilidade e, via de consequência, a sentença que concedê-lo não será considerada para efeitos de reincidência, conforme o exposto no arts. 107, IX e 120 do Código Penal, respectivamente. É, na verdade, uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, pois, nestas circunstâncias, apesar de o Ministério Público possuir elementos para o oferecimento de denúncia ao investigado ou acusado, não o faz, pela envergadura da relevância da colaboração prestada. Veja a taxativa redação do art. 4º, § 2º, da Lei nº 12.850/13:

Art. 4º [...]

§ 2º. Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (BRASIL, 2013).

O colaborador poderá ser beneficiado com a redução da pena que lhe foi imposta. Se, por ventura, a colaboração ocorrer em momento anterior à sentença, isto é, na fase da investigação e no curso do processo criminal e sendo relevante e efetiva, o juiz poderá reduzi-la até 2/3 (art. 4º, Lei nº 12.850/13). No entanto, se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime. Vale ressaltar que a Lei de Execuções Penais estabelece que a obtenção de transferência de um regime mais severo para outro menos rigoroso (progressão) é condicionado à existência de alguns requisitos, que podemos classificá-los de objetivos e subjetivos.

Contudo, conforme a dicção legal do art. 4º, § 5º da Lei em estudo, o colaborador poderá progredir de regime, ainda que ausentes os seguintes requisitos objetivos: a) cumprimento de um sexto da pena: é a exigência de cumprimento de uma parcela da pena, no regime anterior, no Direito Vigente, fixado em um sexto, no mínimo. Nos casos de crime hediondo, há uma elevação do tempo de cumprimento que varia entre dois quintos (réu primário) ou três quintos da pena (réu reincidente); b) parecer da Comissão Técnica de Classificação poderá propor à autoridade competente, ao juiz de execuções das penas privativas de liberdade, as progressões e regressões do regime do apenado; c) reparação do dano quando se tratar de crime contra a administração pública. Findo, o último benefício poderá ser concedido pelo juiz e consiste na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

3.9 Direito comparado

3.9.1 No direito comparado norte-americano

Volvendo-se a década de 1960, ocorreu que as máfias atormentaram o sistema político e econômico nas terras do “Tio Sam” (do inglês, Uncle Sam), assim, fez-se necessário uma intervenção rápida e efetiva do Estado. Porém, durante o curso das investigações, penosas eram as identificações dos seus membros, a obtenção de dados relevantes e a coleta do conteúdo probatório para dismantelar as associações de delinquentes. Dessa forma, com a finalidade de conter a expansão do crime organizado, adotou-se, nos Estados Unidos da América, o instituto, vulgarmente, denominado de *plea bargaining*, no qual o Ministério Público negocia com o acusado o acordo de colaboração.

Convém destacar que a atuação do órgão acusador norte-americano é mais autônoma do que no Brasil. Naquele, o Ministério Público guia-se pelo princípio da oportunidade, ou seja, após a averiguação do caso concreto, poderá o promotor de justiça, conforme a oportunidade e conveniência, optar por não mover a ação, ainda que presentes todos as condições basilares da constituição do crime para o oferecimento da denúncia. Em contrapartida, no sistema brasileiro, o Ministério Público é regido pelo princípio da indisponibilidade da ação penal pública, que, se atendidos os elementos da configuração da prática delituosa pelo agente, o representante do *Parquet* deverá instaurar o procedimento, sem cabimento de desistência. Neste viés, preleciona o professor Walter Bittar:

[...] enquanto no Brasil, diante da prática de um delito, o promotor está obrigado a propor a ação penal, no sistema americano, ainda que estejam presentes todos os elementos do crime, o promotor pode optar por não mover a ação, sem prestar satisfação à vítima, ao Poder Judiciário, ou a qualquer outra instância de poder. (BITTAR, 2011, p. 26).

Desse modo, o investigado ou acusado confessa o seu envolvimento no crime e fornece informações que desembocam na identificação dos demais codelinquentes, possibilitando o findar da organização criminosa. Os benefícios do colaborador poderão

ser uma pena mais branda, a possibilidade no que não seja proposto outro processo, no qual configura como acusado, ou, até mesmo a exclusão de processos em curso. No tocante a sua confissão, a colaboração premiada norte-americana possui três espécies principais, sendo elas: a *charge bargaining*, usada quando o investigado ou acusado se declara ser culpado de crime menos grave, que o originalmente apontado, a fim de evitar o processo de julgamento; a *count bargaining*, aplicada nas situações em que o acusado se declara culpado em troca de não ser sentenciado a pena privativa de liberdade e, por fim, a *sentence bargaining*, quando o réu se declara culpado do crime para esquivar-se de pena mais grave.

Impressionante é a frequência da utilização da colaboração premiada no sistema norte-americano, conforme acentua Walter Bittar (2011, p. 28): “[...] que 90 % dos condenados em causas penais, a nível local (estadual) ou federal, declaram-se culpados, em vez de fazer uso do seu direito a ser julgado por um jurado ou tribunal”.

3.9.2 No direito comparado italiano

Na Itália, a colaboração premiada, vindoura da Lei nº 497 em 14 de outubro de 1974, surgiu com o objetivo de desarticular as máfias que, sobretudo, no século XX, dominaram o país da “Velha Bota”. Por isso, a colaboração premiada é conhecida como *patteggiamento*, quer dizer, como pontua Renato Brasileiro (2009, p. 562): “[...] em prol do desmantelamento da máfia”.

O *pentitismo* (arrependido, tradução do italiano), como também é reconhecido o instituto, aproveita a colaboração prestada pelo acusado, que, no entanto, ocorrerá apenas nos crimes em que ele atuou conjuntamente com a organização delituosa, com o fim de angariar a confissão do réu, identificar os demais membros da corporação criminosa, libertar as vítimas de sequestro, até, paulatinamente, desmontar a máfia. As benesses conquistadas com a colaboração estendem-se, desde a redução de um terço da pena definitiva até a substituição da prisão perpétua, na qual responderia por uma pena privativa de liberdade de quinze a vinte e um anos.

Contudo, a implementação do instituto, no arcabouço jurídico italiano, não resultou no singelo “mar de rosas”. O poderio das máfias italianas não é módico, por essa razão, à mercê da crueldade e da veracidade destas organizações, restavam os

colaboradores e as testemunhas. O quadro se agravou com o assassinato do magistrado Rosário Livantino, que desencadeou uma revolta dos magistrados da Sicília, em prol de um aparato que fornecesse aos colaboradores, às testemunhas e às autoridades uma devida tutela, em face das ações estapafúrdias das máfias. Por isso, afirma o ilustre professor Walter Bittar (2011, p. 17-18): “motivou a criação do Decreto-Lei nº 8, de 15 de Janeiro de 1991, convertido com a modificação da Lei nº 82 de 15 de março, concernente a proteção dos colaboradores e testemunhas”.

3.9.3 No direito comparado espanhol

Na Espanha, a colaboração premiada é oriunda da Lei Orgânica nº 3 de 25 de maio de 1988, destinada, em princípio, somente para a testilha ao terrorismo. Entretanto, com o a elaboração do Novo Código Penal de 1995, admitiu-se a inclusão ao instituto os delitos referentes ao tráfico de drogas e contra a saúde pública. É, corriqueiramente, chamada de *delincuente arrepentido* (delinquente arrependido, tradução do espanhol).

Os requisitos para a concessão dos prêmios da colaboração são o abandono voluntário das atividades delitivas, colaboração efetiva, seja com o impedimento da consumação ou produção de novos crimes, ou com o fornecimento de provas primordiais para a captura dos coparticipantes, ou impedir a atuação ou o desenvolvimento das organizações que tenha pertencido ou colaborado. Vale dizer que o requisito da confissão voluntária, na participação do crime, foi suprimido pela Lei Orgânica nº 15.

Dessa forma, podemos afirmar que o legislador espanhol adotou duas formas de colaboração, a preventiva e a repressiva, exigindo não só dados cruciais para o desvendamento do crime praticado, bem como a extensão da eficácia da colaboração para a desarticulação de crimes vindouros. Assim, só fará jus as benesses, o indivíduo que prestar uma colaboração ativa, ou seja, que preencha os dois âmbitos consagrados pelo ordenamento espanhol, o preventivo e o repressivo.

4. Aspectos éticos da delação premiada

4.1 Considerações preliminares

Conforme fora apresentado ao leitor até aqui, as colaborações premiadas representam um especial instrumento de repressão ao crime, especialmente àqueles praticados por organizações criminosas, dentro e fora do Brasil. Não obstante, ao falarmos das delações premiadas, é preciso certa cautela. Isto por que tal instituto, apesar de ser uma realidade no arcabouço jurídico pátrio, ainda recebe críticas de renomados juristas a respeito da sua aplicabilidade, no tocante aos direitos individuais frente ao poder inquisidor estatal. Daí, decorrem questionamentos de cunho ético sobre a validade das delações, no paradigma do Estado Democrático de Direito, e a importância de se aperfeiçoar tal instrumento para que se consiga, ao mesmo tempo, mitigar as obscuridades que velam as práticas criminosas sem que se desrespeite a dignidade humana.

Com efeito, antes de tudo, faz-se necessário entender os impactos das organizações criminosas, na sociedade, e como se dá a impotência do poder público frente às tão bem consolidadas e poderosas entidades criminosas, que se infiltram nas instituições estatais como parasitas e desvirtuam o que se entende por probidade, decoro e justiça, dentro e fora da administração pública.

Para começarmos, vale citar brevemente a Operação Mãos Limpas, na Itália. Tal operação deflagrada, nos anos 90, foi uma das maiores operações anticorrupção do mundo, por meio da qual o instituto da colaboração premiada foi fundamental. A *Mani Pulite* levou a Itália a um período importantíssimo de sua história, em que concepções políticas foram superadas, grandes executivos e parlamentares, dentre os mais de 5 mil investigados, foram presos. Este marco político, na história mundial, que envolveu o Brasil, indiretamente, mostrou a eficácia da Delação Premiada. Neste caso específico, esquemas de fraudes foram quebrados, tão somente, porque os acusados eram motivados, por desconfiança e pelos benefícios dos acordos, a delatar seus comparsas, o que viabilizou a persecução penal e, desta forma, o retorno de parte do dinheiro desviado para os cofres públicos.

Do mesmo modo, não é possível deixar de lado a experiência norte-americana

com as colaborações premiadas, principalmente na investigação de casos envolvendo grandes organizações criminosas, como as que envolvem crimes de colarinho-branco, corrupção governamental, tráfico de drogas e terrorismo. Nas palavras do juiz norte americano Stephen S. Trott, reverenciado pelo Juiz Sérgio Moro, em entrevista à *Revista Veja*, em dezembro de 2015,

‘Em casos como esses, é impossível investigar a fundo sem o uso de criminosos como informantes’ [...] ‘se não fossem eles, só pegaríamos peixes pequenos – ‘os tubarões’ ficariam intocados. Entre as funções dos ‘peixes menores’, está justamente a de isolar e proteger os grandes. Como os investigadores brasileiros conseguiriam dismantlar essa quadrilha da Lava Jato, sem o depoimento de Alberto Youssef, por exemplo? É preciso que alguém rompa o silêncio’. (TROTT, 2015).

Tal Juiz chega a relacionar a operação Lava Jato com a operação norteamericana do Watergate, que consistiu na maior experiência dos EUA no combate à corrupção e que ensejou na renúncia do ex-presidente Richard Nixon, acusado de ter ciência dos escândalos de corrupção, à época.

47

E ao comentar sobre a Operação Lava Jato, é salutar darmos destaque à esta operação, que começou com uma investigação de lavagem de dinheiro, estimada em 26 milhões de reais, mas que, devido às delações feitas pelos acusados, propiciou a descoberta de, aproximadamente, 6 bilhões de reais, somente de valor auferido em pagamento de propinas, bem como a existência de cartéis, formados por grandes empresas multinacionais.

4.2 Materialização do instrumento

Passemos agora, em uma abordagem linear, à dissecação de como ocorre a delação premiada para que, deste modo, seja possível eliminarmos qualquer controvérsia a respeito de supostos lapsos éticos que insistem em circundar tal instituto.

No sistema legal brasileiro, a Delação dá-se mediante a voluntariedade ou mesmo a espontaneidade do acusado/indiciado em cooperar com as investigações. Em síntese, o investigado pode ter a iniciativa de procurar o órgão investigador e oferecer

como estratégia de defesa a delação em busca de amenizar a sua iminente condenação, quando não é o próprio Ministério Público que oferece tal acordo, de sorte que o investigado pode rejeitar as condições da delação e permanecer em seu direito de defesa.

Alguns críticos ao instituto postulam que a Delação Premiada serve como método de pressão² para se chegar á uma condenação, tal como uma última saída do acusado. Contudo, o acordo configura uma oportunidade de amenizar as consequências das ações criminosas que já estavam sujeitas a sanções e ao poder punitivo estatal, e não o resultado de algum tipo de cerceamento ou até excesso do Estado. Insta ressaltar que o delator deverá demonstrar a autoria e a materialidade nos crimes em comento, para que se possibilite a colação de provas à instrução penal. Assim, as condições para uma delação premiada vão desde o reconhecimento de culpa por parte do delator, até o ressarcimento do objeto dos crimes e a obtenção de novos fatos e provas que viabilizem a concretização da investigação.

Outrossim, podemos considerar outro aspecto da delação que consiste, no momento ulterior à decisão do delator em contribuir com a investigação, qual seja o teor de validade conferido às suas alegações. Impende salientar que as palavras do delator não adquirem o status de prova e são insuficientes para se instaurar um decreto condenatório em desfavor de alguém, por exemplo. Desta forma, as futuras condenações que advirem das alegações do colaborador só serão possíveis quando tais declarações se revestirem de provas suficientes e cabais para que as medidas legais possam ser aplicadas e se viabilize a persecução criminal. Isto possibilita que as mentiras e omissões do delator, caso existam, possam ser constatadas e afastadas da investigação. Daí o caráter de vetor da delação premiada, que revela uma potencialidade para que a investigação se suceda.

Lição esta brilhantemente postulada pelo procurador, Deltan Dallagnol, o coordenador da Operação Lava Jato, que em seu artigo “Luzes da Delação Premiada”,

² A preocupação tem a sua razão de ser. A Lava Jato tem sido lembrada também pelo excessivo número de prisões provisórias decretadas (temporária e preventiva) como forma de quebra da resistência dos indiciados e acusados e levá-los a um confinamento excessivo, a fim de se obter informações para que se atinja o desmantelamento da organização criminosa estabelecida, dentro do próprio aparato estatal. Se por um lado as informações têm permitido um avanço sistemático nas investigações, de outro lado a liberdade do cidadão tem sido sacrificada. Em muito lembra-nos os processos medievos que com a utilização das masmorras e as ordálias extraíam tudo e mais um pouco dos acusados.

publicado em 04 de setembro de 2015 pela *Revista Época*, explicita os caminhos infundáveis que um pedaço de prova tem e como são grandes as possibilidades de falha das investigações, haja a vista as sofisticadas formas de mascarar os vestígios dos crimes praticados por estas organizações.

‘Mesmo quando aparece algum indicativo do crime, os maiores estudiosos mundiais da produção da prova ensinam que há infinitas possibilidades investigativas, diante de um pedaço de prova’. É humanamente impossível dar conta da investigação de todas as possíveis frentes. Dentro desse contexto, a colaboração de um investigado funciona como um guia, um catalisador, que otimiza o emprego de recursos públicos, direcionando-os para diligências investigatórias com maior perspectiva de sucesso. (DALLAGNOL, 2015).³

4.3 Crítica filosófica

Um aspecto que deve ser comentado é o fato de que criminalistas de renome, entendem a delação premiada, unicamente, como uma forma de traição e, consequente, como um ato contrário à ética e à moral, que não deveriam estar no ordenamento jurídico porque isto significa uma legitimação da perfídia pelo próprio Estado.

A partir disto, é perceptível que há uma controvérsia de cunho ético em uma questão jurídica. Desde o estudo das disciplinas propedêuticas, nos cursos de Direito, percebemos que o conjunto de leis reflete toda uma bagagem antropológica de cada sociedade. Igualmente, não podemos analisar o Direito por um aspecto meramente técnico, sob pena de se cair no campo da ineficácia e de se cometer o erro de afastar as regras de comportamento das próprias ações humanas.

Nestas considerações, a melhor metodologia para o debate de tal celeuma é, sem dúvidas, por meio da filosofia. Isto por que, em uma regressão histórica, percebe-se que a ética é objeto de estudo, desde a Antiguidade Clássica, de Aristóteles e Platão, passando pela Modernidade com Descartes, Hegel e Kant, até a filosofia

³ Com efeito! Há uma visível falta de criatividade por parte do Estado ao investigar, para justificar a sua falência investigatória, recorrer a meios escusos para obter a prova: transformar o acusado/investigado em colaborador/delator. Qual a maneira de fazê-lo: encarceramento forçoso, preventivo ou temporário?

contemporânea, inclusive com nomes pátrios como Clóvis de Barros Filho e Mário Sérgio Cortella. Mesmo com tantos séculos de estudo e postulações, a ética não é uma pauta esgotada, já que está em constante modificação com o decurso do tempo.

O que deve ser entendido, contudo, é que, independente de qual seja o questionamento, ao falarmos sobre ética, suas características precisam ser apreendidas, como o fato de que a ética não é universal e nem mesmo individual. O que se entende por ética é um conjunto de valores que pressupõe em si mesmo uma escolha. É a liberdade de cada um agir, sopesando determinado princípio em determinada ação livre.

Como ponto de partida, as palavras do criminalista Antônio Mariz de Oliveira, para quem as delações premiadas são como uma “traição a serviço da Justiça”, posicionamento defendido em seu artigo “Delação, chave de entrada e de saída da cadeia”, *in verbis*:

O acusado preso sofre um rebaixamento no seu senso ético e moral, sendo atingidas as noções do certo e do errado, do justo e do injusto, do bem e do mal. Fragilizado, o colaborador fica sujeito a qualquer tipo de estímulo para ver minimizado o sofrimento imposto pela sua estada no cárcere. E, atualmente, a delação premiada, incentivada pelas autoridades, apresenta-se como o mais viável meio de alcance da liberdade. (OLIVEIRA, 2015).

50

De maneira consoante, Antônio Carlos de Almeida Castro (*Kakay*), que diz:

Confesso que tenho aversão a este método, até por uma questão de princípio. Não me parece ser a melhor maneira de forjar a têmpera de um povo, em um estado democrático, o incentivo à ‘deduração’, principalmente se ela for feita em um regime de barganha, e sendo impossível o seu controle. (CASTRO, 2014).

Dois dos maiores criminalistas do país utilizam-se de argumentos semelhantes para combater o instrumento da delação premiada, refletindo o posicionamento de diversos outros juristas de todo o mundo. Ora, comecemos a analisar sobre o prisma do próprio Imperativo Categórico do Direito de Kant (*Metafísica dos Costumes*, 231), a possibilidade moral que um crime tem de receber alguma repressão pelo Estado. O Imperativo categórico do Direito preceitua a coexistência do arbítrio individual com a liberdade de todos. Há uma faculdade de coagir pela qual a prática de um crime viola o

preceito fundamental do Imperativo Categórico, qual seja, “age apenas segundo uma máxima tal, que possa, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal” (KANT, 1980). Por conseguinte, a coação que se opõe a um delito concorda com a liberdade e é por si só, coerente, visto que, se todos começarem a praticar crimes, a sociedade entraria em colapso. Portanto, em nome da possibilidade de se conviver em sociedade, o crime deve ser punido. Isto é uma certeza.

Partindo disto e dado o carácter universal das leis, não devemos tomar a delação como uma forma de perfídia apenas. Isto porque, devemos levar em conta que a denúncia de um crime é também um dever moral, haja vista que é do interesse da coletividade mitigar as práticas criminosas, pois as mesmas lesam a todos nós. Este dever é ainda mais latente ao delator, visto que ele está nesta condição porque também cometeu um ilícito, mesmo conhecendo o grau de reprovação que a sua ação tem.

Levando o aspecto moral em sua real importância, as delações deveriam ocorrer sem qualquer benefício legal para o delator, visto que é moralmente condenável, tanto a impunidade, quanto a ocultação de um crime e suas consequências. Em uma abstração ainda mais profunda, sequer os crimes deveriam ocorrer, seguindo a moral que advém da autonomia da razão pura. Portanto, a delação nada mais é do que a viabilização de se efetivar a função estatal de punir, simplesmente porque as organizações criminosas atingiram um patamar de atuação que transcende os mecanismos de investigação e persecução estatal. Definir tal instituto como uma forma de traição injustificável e até mesmo indefensável, trata-se, na verdade, de uma mera manifestação conveniente, real vanilóquio, para tornar um criminoso em vítima de um suposto sistema inquisitorial.

Focando no crime de corrupção, por exemplo, pode-se perceber que o mesmo possui baixos riscos (a pena de dois a doze anos) e altos benefícios (impunidade e garantias penais de regressão de regime e substituição da pena). Tal afirmativa é fundamental, se seguirmos os estudos da professora de Direito e Ciência Política Rose-Ackerman, da Universidade de Yale, nos EUA. A brilhante acadêmica postula que aquele criminoso que pratica atos de corrupção difere-se, diametralmente, daquele criminoso das ruas. Isto porque o corrupto faz uma análise de custo e benefício da sua ação delituosa e as consequências da mesma, o que só é permitido pelo seu lapso ético, na função pública.

Em outras palavras, parafraseando o professor Mário Sérgio Cortella, o dito

popular “A ocasião faz o ladrão”, na verdade, deveria ser modificado para “a ocasião revela o ladrão”. Isto por que a escolha pelo delito antecedeu a oportunidade de praticá-lo.

Tais exaustivas argumentações, em suma, provam que os argumentos contrários às delações premiadas apresentados, são verdadeiras falácias. As críticas à delação premiada, de uma recompensa para uma ação imoral, tentam atribuir uma ética aos criminosos, que não poderiam jamais cometer a suposta traição de seus comparsas. Tais críticos se esqueceram, contudo, de que tais criminosos cometeram o ato ainda mais repugnante, traíram a sociedade, que agora lhes dá a possibilidade de abrandar suas punições em troca de se reparar uma pequena parte de um dano pavoroso.

Levando em conta a relação entre o corrupto que está dentro do sistema e aqueles que atuam fora, tanto no meio empresarial, bancário ou qualquer que seja, que acabam constituindo uma organização criminosa, o Estado não consegue se livrar deste organismo parasitário, exatamente, por que não há evidências consistentes que incriminam tais figuras de poder. Contas e propinas muito bem escondidas, mecanismos de blindagem de patrimônio ilegal, a corrupção de ainda mais agentes públicos. Acrescentando isto a pedaços de provas que não representam nem uma pequena fração de todos os delitos cometidos, a delação não só viabiliza, mas permite a manutenção da justiça e da ética pelo poder público.

4.4 Crítica jurídica

Como foi visto até aqui, as críticas de cunho ético devem ser afastadas das colaborações premiadas, visto que não constituem premissas válidas para descaracterizar o referido instituto. Restam ser tratadas, portanto, as críticas de cunho jurídico.

Antes de tudo, é preciso contextualizar tais críticas com a realidade jurídica brasileira. É notável que, em diversos processos criminais, teses, por vezes, esdrúxulas, tentam inocentar vários réus em ações penais com base na arguição de nulidades processuais, por vezes, adquirindo preponderância com relação à discussão de mérito. Com as delações premiadas não é diferente. Grandes bancas jurídicas, inclusive, sustentam diversos entraves à aplicação do instrumento, insistindo na sua extirpação do

ordenamento jurídico.

Com efeito, algumas críticas merecem prosperar, visto que servem para o aprimoramento de um instituto que ganha força, cada vez mais, no combate ao crime organizado.

A primeira delas, feita por renomados advogados, principalmente aqueles atuantes em grandes casos de corrupção como o Mensalão e a Lava Jato, diz respeito aos vazamentos não só da realização dos acordos, mas também do seu conteúdo pela imprensa. Com efeito, a própria Lei nº 12.850/13 traz ao delator a garantia do sigilo. Há, contudo, uma falta de controle a respeito das informações contidas no acordo, visto que o mesmo transita nas mãos de várias pessoas, desde juízes e escrivães, até os advogados do delator e o próprio Ministério Público.

É de se espantar que a imprensa tenha acesso a dados tão sigilosos, antes mesmo de se acabarem as diligências legais sobre o acordo. Pode-se perceber isto com os acordos realizados, no caso do Mensalão, em que os mesmos vazaram no Jornal Folha de São Paulo, antes que advogados de defesa pudessem ter acesso ao acordo que denunciava seus clientes, como foi o caso do Daniel Dantas, no Mensalão, conforme a defesa do Dr. Nélio Machado, no HC nº 95.009. A partir deste acontecimento, questionamentos foram feitos sobre a legalidade do instituto, uma vez que impedia o exercício pleno do contraditório por parte do delatado. Isto por que, no posicionamento defendido por alguns criminalistas, aquelas pessoas delatadas só saberiam dos fatos imputados contra elas, no momento em que todas as provas já estivessem reunidas e a condenação fosse iminente.

Tal lógica não merece prosperar, visto que a delação objetiva a efetividade de uma investigação que poderia restar ineficaz frente às complexas barreiras que protegem os membros de uma organização criminosa. Qualquer informação conferida ao delatado, não só descaracterizaria o objetivo da delação, mas também, ofereceria uma ameaça ao delator e às possíveis provas que emanariam de sua colaboração, já que um inquérito é a parte ulterior da delação com relação ao delatado.

Quanto aos vazamentos, é preocupante e requer cautela o fato de que não há o devido controle por parte das autoridades com relação aos acordos de delação. Esta circunstância deve ser veemente combatida, a fim de se proteger os envolvidos, no acordo e as suas alegações, já que a mera delação não constitui prova contra o delatado,

nem mesmo é elemento suficiente para determinar-lhe culpa sobre qualquer ato, como já fora ressaltado oportunamente. Visto que o conteúdo do acordo de delação deve ficar em sigilo, em razão da viabilização da reunião de provas, no caso de vazamento, aqueles que foram delatados tomariam conhecimento do acordo e dos fatos imputados contra si, pela imprensa, antes mesmo do exercício do seu direito ao contraditório. É inegável o poder e a influência da imprensa. Contudo, a divulgação dos conteúdos dos acordos, os quais sequer deveriam entrar em contato com a mídia, constitui um crime e não pode sobre qualquer hipótese, ocorrer.

Já, nos trâmites de elaboração do acordo, especialmente nas condições oferecidas pelo Ministério Público, reside, por vezes, uma previsão de desistência da oposição de recursos e impetração de *habeas corpus* por parte do colaborador.

Com efeito, apesar da contribuição do delator com as investigações, é salutar que o devido processo legal e a garantia constitucional à ampla defesa e ao direito de se recorrer, durante um processo, sejam respeitados. A partir do momento que o acordo é homologado pelo juiz, tanto o Ministério Público quanto o delator são obrigados a cumprir os termos ali firmados. Claro que os recursos provenientes do delator, que versem sobre a matéria do acordo, se causarem alguma alteração às condições do mesmo, não merecem provimento, do mesmo modo que algum tipo de ofensa à sua liberdade deve ser remediada por *habeas corpus*, já que este constitui garantia constitucional a todos os cidadãos, criminosos ou não.

Por ultimo e não menos importante, questiona-se inclusive, quais as consequências de uma decisão que indefere a homologação. Tal questionamento faz-se pelo fato de que é após a negociação entre o Ministério Público e o delator, bem como a elaboração dos anexos, que as declarações do investigado serão submetidas ao juiz que homologará ou não o acordo.

Ressalta-se que a homologação é feita após a realização das declarações, que podem restar insuficientes. A consequência disto é que tais declarações já estarão nas mãos das autoridades, que poderão se utilizar delas para a obtenção de novas provas, mesmo que invalidadas aquelas alegações. Há, contudo, uma ressalva a ser feita. Nos acordos de delação, a figura do juiz, ainda que crucial para dar validade ao mesmo, é limitada ao aspecto formal da minuta, ali presente. O conteúdo do acordo, a sua materialidade fica a critério dos envolvidos e independe de análise do juiz. Deste

modo, levando em conta que as informações presentes no acordo são minuciosamente verificadas antes de sua ratificação e as eventuais dúvidas e divergências esclarecidas antes da apreciação pelo juiz, não há, em nenhuma hipótese, qualquer violação ética ou mesmo legal.

Isto por que devemos ter em conta que as declarações advêm daquele criminoso, doravante delator, que está prestes a receber um benefício. A discussão não se trata de suas palavras serem ou não merecedoras de alguma fé, mas, sim, do risco de não homologação ser proporcional ao risco da não veracidade daquelas alegações, que são provenientes de uma pessoa em circunstâncias de colocar tudo a perder, já que está prestes a delatar seus comparsas, o que pode lhe causar retaliações.

Finalmente, o último dilema a respeito da aplicação das delações premiadas diz respeito à realização dos acordos com réus presos. Algumas críticas, por parte da comunidade jurídica e, até mesmo, da própria imprensa, constitui na possibilidade de se realizar um acordo de delação com um acusado que se encontra preso preventivamente. A forma de se fazer os acordos, nos EUA, permite-nos uma análise mais acurada de tal situação. No posicionamento dos juristas norte-americanos, que coaduna com o nosso entendimento, a decretação de uma prisão preventiva não serve como meio de coação para que o acusado se sinta pressionado a delatar os membros de sua organização. Isto por que, a partir do momento em que o acusado comete um ilícito, ele está ciente da punição que seu ato acarreta e a delação constitui uma maneira eficiente de diminuir a sua pena. A prisão, deste modo, ainda o motivará a proceder com a colaboração.

Com efeito, devemos entender que conforme o Código de Processo Penal (CPP), em seu artigo 282, §6º, as prisões preventivas são aplicadas quando não for cabível a sua substituição pelas cautelares presentes no artigo 319 do mesmo diploma legal. Do mesmo modo, os requisitos para tal reprimenda, conforme nos ensina Fernando Capez (2008), consistem na necessidade, na urgência e na insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica. Desde que respeitados tais pressupostos, não há o que se falar em ilegalidade, abuso ou mesmo cerceamento de defesa por parte do Estado. Paralelamente, devemos considerar que pessoas influentes e dotadas de poder político e econômico, tais como os membros de organizações criminosas, geralmente, ao ficarem soltos, representam grande risco à instrução criminal, podendo, além de cometer mais crimes, adotar medidas para assegurar a sua impunidade, como uma blindagem ainda

mais poderosa dos recursos por eles desviados, mascarar ainda mais os depósitos de armamento e substâncias ilícitas, objeto de seus crimes, e ainda, proceder com a corrupção de agentes públicos que garantam seu afastamento da justiça.

Desta maneira, a prisão é uma medida que se faz necessária para viabilizar a punição de agentes criminosos, devendo ser aplicada conforme os trâmites legais e respeito à dignidade humana, sem que isto impeça, de toda sorte, a devida manutenção da justiça e aplicação da lei penal.

À vista da explanação suma, podemos concluir que, apesar da adoção do instituto de delação premiada significar um avanço, tal instrumento ainda merece algumas reparações e necessita, indiscutivelmente, de avanços. Contudo, as represálias de alguns jurisconsultos sobre a falta de ética que o mesmo representa, não devem prosperar como fora analisado acima. Ademais, é notável o papel que as colaborações premiadas assumam ao longo da história, significando um importantíssimo instrumento de combate às organizações criminosas, proporcionando o desmantelamento destas instituições paraestatais, que são incompatíveis com a justiça e a democracia, no paradigma do Estado de Direito.

5. A delação premiada, seus procedimentos e fases

A Lei nº 12.850/13 foi um marco no que tange o Instituto da Delação Premiada, como já foi relatado, pois foi a primeira a trazer, de modo exaustivo, a forma procedimental para a sua efetivação, obtendo grande visibilidade social, já que traz consigo a possibilidade de perdão judicial para o delator.

Segundo os ensinamentos de Eduardo Luiz Santos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Najur:

Entende-se que o advento da normatização da lei 12.850, além de não revogar os dispositivos anteriores, pode servi-los de complemento em suas respectivas áreas de aplicação, uma vez que o atual diploma legal normatiza de forma bem mais detalhada os procedimentos para a colaboração. Isso, aliás, era uma lacuna por demais prejudicial à devida aplicação do instituto por meio dos diplomas legais que antecederam à atual Lei do Crime Organizado. (CABETTE; NAJUR, 2014, p. 182).

Conforme a leitura da referida lei, nota-se que não há restrição da aplicabilidade do instituto, em análise, nas fases investigatória e processual, sendo possível seu uso, mesmo após sentença penal condenatória, exigindo para tanto, a efetividade e voluntariedade da Delação. Entretanto, não é permitida a concessão desse instituto de ofício e sempre de forma provocada. Em todas as fases, é restrita à figura do magistrado a participação nas negociações que levarão ao acordo de Delação Premiada.

Não obstante, na fase inquisitória (I), o acordo de delação é firmado entre Delegado de Polícia, investigado e o seu defensor, sendo necessário, também, a atuação do Ministério Público, seja como *custus legis* ou como parte ativa na negociação. É importante salientar que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia se o delator não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração, mesmo por que, essa norma não tem o condão de esvaziar o preceito contido no artigo 28 do Código de Processo Penal, que possibilita ao juiz, caso considere improcedentes as razões invocadas, a remessa dos autos ao procurador-geral, e este oferecerá denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, sendo nesse caso, o juiz obrigado a realizá-lo.

57

Na fase processual (II), as negociações só poderão ocorrer entre o acusado, junto ao seu defensor e o Ministério Público. Se a colaboração for posterior a sentença condenatória, as partes envolvidas serão as mesmas, alterando apenas o que diz respeito aos benefícios concedidos ao colaborador, sendo possível, somente, a redução da pena até a metade ou a progressão do regime.

O prazo para oferecimento de denúncia, conforme o artigo 46 do CPP⁴ relativo ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 meses, prorrogáveis por igual período até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. O mesmo ocorre com os processos que já estejam em curso.

Depois da negociação, o Acordo de Delação deverá ser formalizado contendo, segundo o artigo 6º da Lei nº 12.850/13: o relato do colaborador, os eventuais resultados pretendidos, as condições de proposta do Ministério Público e da Autoridade Policial, a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, as assinaturas de todos

⁴ O prazo para oferecimento de denúncia, estando o réu preso, será de cinco dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de quinze dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial, contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

participantes e, por fim, as medidas de proteção ao colaborador e de sua família.

Realizado o acordo, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologar ou não o acordo. Este deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador e seu defensor. Após a homologação, iniciam-se propriamente as medidas colaborativas, nas quais o delator deverá reiterar todas as informações prestadas e participar do processo, sendo ouvido, sempre que o Ministério Público ou delegado de polícia acharem necessário.

A Lei de organizações criminosas traz como novidade a possibilidade de retratação da proposta pelas partes, seja colaborador, seja representante do Estado. Há de se observar que a colaboração poderá trazer mais malefícios do que benefícios, tanto para colaborador quanto para o órgão acusatório. A retratação será admitida depois da homologação do acordo e até antes da sentença condenatória.

Em respeito ao princípio constitucional do Juiz natural, previsto no artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal da República, e o princípio da prevenção geral, o juízo que homologou o acordo será o mesmo que delimitará sua eficácia, nos termos da sentença. Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta fatores subjetivos, tais como a personalidade do delator, a natureza, as circunstâncias, a gravidade como também a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

É de suma importância salientar o caráter relativo do conjunto probatório, formado pelo instituto da Delação premiada, pois existe a incidência de diversos interesses ocultos ao Estado, tornando as informações obtidas suspeitas. O mesmo caráter pode ser observado, no instituto da confissão que, em consonância ao da Delação, manteve-se diligente ao determinar que sua apreciação deverá sempre ser confrontada com as demais provas do processo, verificando se há, entre elas, verossimilhança e compatibilidade. Condição esta, positivada no artigo 4º § 16 da Lei nº 12.850/13 que objetiva que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamentos apenas nas declarações de agente colaborador.

5.1 Da (in)constitucionalidade da lei nº 12 850/13

A Lei nº 12. 850 de 2013 traz, no seu bojo, garantias constitucionais, o que a faz ter a aparência de está em consonância com o ordenamento jurídico vigente, como por exemplo, assegurando o direito constitucional da defesa técnica com atuação obrigatória em todos os atos do processo penal e da eficiência de tal atuação (Súmula nº 523 do STF), podendo ser comprovado pela leitura dos parágrafos 6º, 9º e 15 do artigo 4º⁵, e do inciso IV do artigo 6º da lei em comento⁶. Ambos asseguram a presença do defensor, no processo de delação premiada, exclusivamente, para o delator.

Em contramão ao acima revelado, a lei viola vários preceitos constitucionais, sendo possível afirmar que o processo de delação premiada viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, ao negar a participação do delatado, no referido processo, em que o delator o acusa de forma isolada. Se, por absurdo fosse de o delatado não participar do processo, a lei prevê que a defesa necessita de precedida autorização judicial para ter acesso aos autos, violando de forma frontal os princípios previstos no artigo 5º inciso LV da Carta Magna, que assegura o contraditório e a ampla defesa aos litigantes, em processo judicial.

Pela ordem constitucional vigente o § 14 do artigo 4º não está correto, devido o direito ao silêncio ser um garantia fundamental e, como tal, não passível de renúncia, já que o Pacto de São José da Costa Rica tenha consagrado o princípio da não autoacusação como direito fundamental no artigo 8º, § 2º, g, que dispõe que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem se declarar culpado.

Conclui-se, que, por fim, o instituto da delação premiada tornou meio de perversão do sistema punitivo, uma vez que rompe com os princípios instituidores do

⁵ § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

§ 15 Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

⁶ Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: [...]

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

Estado Democrático de Direito e com os ideais humanistas e liberais, preconizados pelo Código Penal.

6. Conclusão

Atualmente, não há como desprezarmos as informações que advêm ao inquérito e à ação penal, por meio das colaborações premiadas. É uma realidade que invadiu o Processo Penal, assim como a videoconferência (inquirição de testemunhas e até o interrogatório do acusado). O importante é relacionarmos com esse meio de prova inominado (colaboração) com reservas e precauções.

Não se pode olvidar que tanto a confissão quanto a colaboração premiada deverão ser obtidas sem coação de espécie alguma para que não sejam desfiguradas. Obviamente, os encarceramentos excessivos e prolongados constituem um desvirtuamento da finalidade do instituto que prevê: a colaboração espontânea dos envolvidos, fornecendo as informações vitais para o dismantelamento da organização criminosa ao sacrifício do achatamento da não-culpabilidade.

Ademais, não se pode deixar de frisar a impotência do “aparelho estatal” em aliar-se ao criminoso para poder receber informações que deveriam ser obtidas pela pronta atuação dos seus órgãos investigatórios.

Eis o dilema: dismantelar a organização criminosa com o auxílio dos criminosos ou deixar o crime perpetrar? Sem dúvida é a assunção da falência do sistema.