



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

Curso de Graduação em Direito

A Delação Premiada no Direito Brasileiro

Uma análise crítica da Lei 12.850/2013

Antonio Miguel Penafort Queirós Grossi

Brasília - DF

Junho de 2015

Antonio Miguel Penafort Queirós Grossi

A Delação Premiada no Direito Brasileiro

Uma análise crítica da Lei 12.850/2013

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. JOÃO COSTA NETO

Brasília - DF

Junho de 2015

Antonio Miguel Penafort Queirós Grossi

A Delação Premiada no Direito Brasileiro

Uma análise crítica da Lei 12.850/2013

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito []

BANCA EXAMINADORA:

Professor JOÃO COSTA NETO (Orientador) (UnB)

Mestre MARCELO LEAL DE LIMA OLIVEIRA

Mestre RAFAEL DE DEUS GARCIA

Brasília - DF

Junho de 2015

RESUMO

O presente trabalho cuida de uma análise crítica e não exaustiva da Lei 12.850/2013, conhecida como Lei de Organização Criminosa, frente aos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, sobretudo no tocante ao instituto da delação premiada. Este modo de produção de prova será tratado mais detalhadamente, com definição do tema, exposição de seus muitos nomes e histórico da legislação pátria que trata deste instrumento processual até a mais recente Lei 12.850/2013. Não serão utilizadas decisões judiciais, uma vez que o propósito do trabalho é a crítica partindo da doutrina e dos princípios gerais de Direito. Será dada atenção ao antigo conflito ético que é intrínseco à delação premiada. Serão analisadas as dificuldades valorativas da prova produzida com base neste instrumento procedimental.

PALAVRAS-CHAVE: Delação premiada – direito processual penal – lei extravagante – organização criminosa – Lei 12.850/2013 – confissão – chamamento de corrêu – conflito ético – produção de prova – valoração de prova – inquérito policial – investigação.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – O que é a delação premiada?.....	7
1.1. Uma definição de delação premiada.....	7
1.2. A construção do modelo na legislação pátria.....	11
1.3. A Lei 12.850/2013.....	24
CAPÍTULO 2 – Problemas da delação premiada, tal como descrita pela Lei de Organização Criminosa	26
2.1. Um conflito ético?.....	26
2.2. Incoerências desta Lei com nosso ordenamento jurídico	35
2.3. A difícil valoração provatória da delação premiada.....	43
CONCLUSÃO	51
BIBLIOGRAFIA	52

INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar os aspectos da delação premiada, descrita na Lei 12.850/2013 sob um olhar crítico, partindo dos pressupostos processuais penais, incoerências internas da própria Lei e princípios constitucionais. Almejando esta visão crítica, fará cotejo com o tema do modo com o qual foi trazido anteriormente à Lei da Organização Criminosa e trará os diversos pensamentos doutrinários sobre o tema, uma vez que são diversos posicionamentos para uma mesma questão.

Aproveitando o aspecto processual do texto legislativo, será traçado um paralelo entre ele e as anteriores previsões normativas do instituto da delação premiada (Leis 7.492/1986; 8.137/1990, 9.613/1998; 9.807/1998, 11.343/2006, Código Penal e outras) com intuito de perceber eventuais alterações em sua substância e, eventualmente, antever um modo de uso desviante do que seria, com o perdão do termo, a intenção do legislador. Note-se: a teoria originalista não se sustenta como um todo no presente escrito, sendo utilizada somente naqueles aspectos em que há claro *desvio* da função dada pela norma.

É unanimidade doutrinária que a organização dada pela norma ao tema – sobretudo no período anterior à Lei 12.850/2013 – é confusa, prolixa, incompleta e assistemática. Posteriormente, com o advento de referida norma que congrega os aspectos gerais e processuais da delação premiada, a doutrina reconhece que, ainda que altamente criticável em sua forma, o tema da delação premiada está incorporado em uma só norma capaz de orientar a aplicação processual.

Diante do enfoque constitucional, o instituto da delação premiada é passível de duras críticas. Nosso modelo, condensado na Constituição Federal de 1988, se apresenta como protetor das liberdades individuais (sobretudo no Artigo 5º). Qualquer lei – hierarquicamente inferior – apresentada de modo a ir ao encontro destas liberdades pessoais será destacado pelo contraste. Isto é verdade mesmo para as leis que contam com situações fáticas, sobretudo as inovações tecnológicas, não presentes no ano de promulgação da Carta Maior. Todavia, este não é o caso

da delação premiada, por contar com elementos existentes de há muito no Direito Penal e Processual Penal, como será adiante demonstrado.

CAPÍTULO 1 – O que é a delação premiada?

1.1. – Uma definição de delação premiada

Deve ser esclarecido de pronto qual nomenclatura será utilizada, uma vez que a Lei 12.850/2013 fala em “colaboração” (art. 3º, I, art. 4º, art. 5º, art. 6º, Art 7º, art. 18 e art. 19), sendo este um dos muitos nomes possíveis. Apontam Bitencourt e Busato¹ alguns deles: colaboração processual, delação premiada, colaboração premiada. O rol de eufemismos possíveis é grande, mas este texto adotará, exclusivamente, a expressão “*delação premiada*” por entender que melhor representa o conceito, mesmo com a carga semântica negativa que acompanha a palavra “delação”, sobretudo com a carga semântica gananciosa que acompanha “premiada”.

Alguns autores chegam a distinguir colaboração de delação, como é o caso de Renato Brasileiro de Lima². Para este autor, a *colaboração* possui sentido mais amplo, podendo abranger aqueles casos previstos nos incisos do art. 4º da Lei de Organização Criminosa que não envolvem implicar os demais autores no delito, como a recuperação do produto (IV) e localização da vítima (V). Ainda de acordo com o autor, a delação seria um chamamento do corrêu.

A argumentação acima exposta funciona como definidora da problemática aqui enfrentada. O colaborador premiado – e não o delator – será aquele beneficiado por um arrependimento eficaz ampliado pela nova modelagem legal, sem maiores problemas, conquanto não implique os demais réus ou investigados.

¹BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. 3ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.p. 115.

²BRASILEIRO, Renato de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Edição. Salvador. Editora JusPodivm, 2015.P. 525-526.

Existe, sem dúvida, uma semelhança com certos institutos da *Common Law*. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto citam Walter Maierovitch para definir os institutos do direito estadunidense que também são fonte de inspiração para o nosso modelo de delação premiada:

“Estudioso do tema, Walter Maierovitch indica pelo menos duas formas de barganha no direito estadunidense: pela primeira (“chargebargaining”), “o arguido declara-se culpado e o Ministério Público (“persecutor”) muda a acusação. Substitui o delito original por outro de menor gravidade. Na ‘sentencebargaining’, sempre depois do reconhecimento da culpabilidade, o acusador postula a aplicação de uma sanção mais branda. No mesmo trabalho, o autor diferencia tais institutos do “pateggiamento”, próprio do direito italiano, onde não há troca de acusação e, tampouco, abrandamento da pena, mas simplesmente uma abreviação do rito procedimental, quando as partes se mostrarem de acordo quanto à pena a ser aplicada.”

É certo que não ocorreu a adoção plena de referidos aspectos legais, fazendo-se a opção por menor liberdade das partes negociantes e maior vinculação ao direito codificado. Não pode o nosso Ministério Público alterar a acusação mediante confissão, o Judiciário não se pauta no pedido do Ministério Público para fixar pena e o rito não muda de forma para se adequar ao delator.

Para o modelo aqui adotado, a definição doutrinária para delação premiada varia um pouco e tende a ser finalista em sua forma.

Para Bitencourt e Busato³, em posicionamento crítico à motivação da Lei, o instituto da delação premiada consiste em:

“redução de pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delinquente que

³BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.850/2013**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.p. 115-116.

delatar seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que sejam satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.”

Já para Rogério Sanches e Ronaldo Batista⁴, é

“(…) a possibilidade que detém o autor do delito em obter perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei.”

As duas definições doutrinárias citadas até este ponto se aproximam, pois definem a delação premiada pelo modo com o qual ela é construída: delatar outros agentes, fornecer maior acervo probatório e lograr recompensas do Estado Juiz por esta ação.

Luiz Rascovski, por meio de Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto⁵, discute a natureza da delação:

“Como bem assinala Luiz Rascovski, ‘discute-se se o acordo pode ser considerado um direito público subjetivo do delator, por meio do qual, prestadas as informações, faria jus ao prêmio; ou mero poder discricionário do magistrado, que teria a faculdade de atribuir a recompensa quando lhe aprouvesse. Nem um, nem outro. Não se trata de discricionariedade do magistrado e somente poderá ser considerado direito público subjetivo do delator, quando oferecidas as informações, estas se prestarem ao fim colimado da delação. A entrega do prêmio resultante da delação deve ser conderida quando, pela observância da vontade de colaborar do delator no caso concreto, suas informações se mostrarem relevantes ao descobrimento da verdade”.

⁴CUNHA, Rogério Sanches; PINTO Ronaldo Batista. **Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)**. Editora Atlas. São Paulo, 2014. P. 35.

⁵CUNHA, Rogério Sanches; PINTO Ronaldo Batista. **Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)**. Editora Atlas. São Paulo, 2014.P. 71.

Define, portanto, um meio termo em sua natureza. Discordamos veementemente desta definição. O acordo pode ser *proposto* pela acusação e deverá ser negociado entre as partes. Entendemos que é dever da acusação negociar acordo, se assim o possível delator premiado o quiser. Não poderá, entretanto, ser obrigado a firmar acordo **sob nenhuma hipótese**. É direito público subjetivo, sendo irrelevante a discricionariedade estatal em caso de preenchimento dos critérios mínimos arrolados na Lei de Organizações Criminosas e demais normas que tratam do tema.

Marcelo BatlouniMendroni⁶, furtando-se de dar sua definição do que é o instituto, ressalta a natureza jurídica do tema:

“é preciso ter em consideração que ela tem natureza jurídica anômala de um ‘acordo’. Isso porque, apesar das partes poderem ‘negociá-la’ livremente, sem a participação do Juiz, de forma que seja favorável tanto para o colaborador como para a Administração da Justiça, a sua efetivação dependerá da homologação do Juiz, que, entretanto, somente o analisará no aspecto da formalidade, não podendo interferir no que diz respeito ao seu conteúdo, conforme se infere da análise dos próprios dispositivos legais que regem sua aplicação.”

Partindo de perspectiva mais legalista, este autor acentua a diferença do propósito da delação premiada. Ao inserir a expressão “Administração da Justiça”, deixa bem claro que o foco não é, no seu entender, o benefício dado ao delator ou como e a que preço é concedido tal benefício, mas o as informação novas que pode o delator trazer para o Estado que irá julgar e aplicar pena.

Discordamos desta análise, uma vez que ela se funda no utilitarismo acusatório para valorar uma confissão e não no caráter pessoal que esta possa trazer. É eloquente a ausência de comentários sobre a voluntariedade do delator a empreender acordo.

⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** Comentário à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei nº 12.850/2013. 2ª Edição. Editora JusPodivm,. Salvador, 2014. P. 30.

Vicente Greco Filho⁷ assim define a delação:

“A colaboração premiada é causa de perdão judicial, redução ou substituição da pena daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação criminal e com o processo penal desde que dessa colaboração um ou mais resultados previstos nos incisos (SIC)”⁸

Também discordamos desta definição por se pautar exclusivamente no resultado de um acordo bem sucedido, o que não é sempre o caso. O instituto deve ser definido não pelos seus efeitos, mas pelo meio com o qual é empreendido e partindo dos princípios que sustentam este empreendimento.

É comum ao primeiro contato com o conceito de delação premiada buscar o leitor uma correlação com algo que ele já conheça. Ao decompor o conceito, chegamos à síntese: confissão que implica criminalmente terceiros agentes do delito e é recompensada com benesses processuais.

É necessário, portanto, o *concurso de agentes* incluindo o delator e a *confissão* por parte do delator. São pontos incontestes em nossa legislação que serão tratados mais amiúde em ponto posterior deste texto.

1.2. – A construção do modelo na legislação pátria

Como anteriormente afirmado, a delação premiada surge bem antes do advento da Lei 12.850/2013. Abaixo, segue um resumo simplificado do efeito de cada lei no conceito de delação premiada, com o intuito de identificar o caminho traçado pelo legislador através dos anos e em que sentido se direcionou este esforço. A organização das leis adiante expostas se dará por método cronológico,

⁷GRECO, Vicente Filho. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.P. 39.

⁸ Supõe-se que a transcrição possa ter transportado um erro na edição do livro. O correto seria “desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados previstos nos incisos”.

inclusive indicando a Lei que eventualmente as altera para inserir o instituto da delação premiada.

Lei 7.492/1986: Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional, não trazia a definição do tema até a alteração imposta pela Lei 9.080/1995. A legislação segue em vigor, exceto pelo §2º do art. 25, que agora conta com as normas trazidas na Lei 12.850/2013, sobretudo em seu art. 4º.

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes.

(...)

*§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que **através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.** (grifamos)*

Ao definir que a confissão será espontânea e deverá revelar toda a trama delituosa, o legislador não estabelece norma processual capaz de guiar o procedimento. A confissão espontânea não pressupõe negociação entre polícia, Ministério Público, Judiciário e defesa. Ao exigir que seja revelada toda a trama delituosa, o legislador restringe o grupo de possíveis beneficiários aos de maior escalão dentro da organização criminosa, ou seja, que possuirão conhecimento suficiente para satisfazer as autoridades investigadoras, ainda que a totalidade da trama não seja revelada por falta de informação ou estratégia de defesa.

Em âmbito processual, não estabelece medidas assecuratórias da proteção da identidade do delator ou do teor de sua confissão. Independente da natureza do crime, há que se prezar pela vida daqueles processados criminalmente. O foco desta Lei está nos crimes contra o sistema financeiro nacional (artigos 2º a 23º cuidam dos diversos meios de prática criminosa dentro da Lei, tipificando-os) em

âmbito empresarial, não abrangendo violência contra a vida de quem quer que seja, ainda que crimes desta segunda natureza possam ser conexos aos primeiramente descritos. A Lei 12.850/2013 é híbrida, mas se relaciona com este outro texto legal na parte procedimental. É dizer: substitui o §2º do art. 25 por suas normas próprias, mais amplas em benefício ao réu delator.

Todavia, por conta da ascendência do Estatuto de Roma sobre esta Lei mais recente, é notável um direcionamento interpretativo no sentido de abranger crimes de implicações internacionais que violem os Direitos Humanos, mormente a integridade física e psicológica. Um caminho razoável para se chegar aos crimes de violência contra a pessoa, de um modo geral. Com isto, é louvável o esforço da nova Lei para proteger e assegurar a integridade física do delator, não importando a natureza do ato ilícito cometido.

Lei 8.072/1990: Lei dos Crimes Hediondos. Agrava crimes que o Legislativo entendeu como representantes de uma grande crueldade, merecedores de mais dureza ao punir. Segue em vigor em parte, tendo a Lei 12.850/2013 substituído as alterações relativas à delação premiada no Código Penal, justamente por ser mais benéfica ao delator.

“Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

‘Art. 159 (...)

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.’

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 denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”

Como se sabe, o artigo 159 do Código Penal trata de extorsão mediante sequestro. Ao incluir o § 4º (posteriormente reformado pela Lei 9.269/1996), o legislador permite janela de ação “redentora” para quem cometeu o ilícito. Restringe o número a um mínimo de 4 partícipes (quadrilha ou bando, como vigorava o artigo 288 de nosso Código Penal à época) e requer que seja feita a denúncia do crime, sendo este fato facilitador, por óbvio, para a libertação da vítima.

A janela de ação é muito estreita, sendo premissa a polícia não ter conhecimento do crime *antes* da denúncia do coautor. Isto impossibilita, se tomado o texto legal como base absoluta, a cooperação no curso da investigação. Em outras palavras: uma vez descoberto pela polícia, é inútil ao coautor prestar auxílio, exceto para obter as atenuantes já previstas no Código Penal, como arrependimento eficaz ou posterior, etc. Do ponto de vista da delação premiada, não há qualquer benefício.

Entretanto, a criação de uma janela temporal é o início de um desenho processual penal para o instituto. Ainda que limitada, ela estabelece uma zona clara de atuação do agente do ato ilícito e uma situação pré-determinada para que lhe seja permitido agir. Mesmo com a reduzida aplicação sob um ponto de vista mais prático, esta alteração normativa germinou o lado ausente à delação premiada que se encontra, hoje, em fase inigualável de desenvolvimento. Naturalmente, isto não o exime de críticas.

Além da alteração do art. 159 do Código Penal, houve a inserção do instituto no art. 8º da mesma Lei, mas com abertura maior nos termos de pré-requisito e maior exigência de resultados. Deve a delação permitir o desmantelamento da organização que pratica os crimes descritos no *caput*, sendo o único resultado admitido em lei para concessão do benefício. Novamente encontra-se o problema da ascendência intra-organização: não sabendo o delator de informações relevantes, como nomes dos líderes, endereços, etc., não possui ele qualquer chance de preencher o requisito do resultado, se adequando tão-somente ao instituto das atenuantes, já previstas no Código Penal.

Lei 8.137/1990: Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária e Econômica e Contra as Relações de Consumo. Possui caráter similar à Lei 7.492/1986 e o instituto da delação premiada veio com a Lei 9.080/1995. Ainda vigora em nosso ordenamento, com a exceção do parágrafo único do art. 16, por ter sido substituído pelos benefícios presentes na Lei de Organização Criminosa.

Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços

O parágrafo único do art. 16 desta Lei é idêntico ao §2º do art. 25 da Lei 7.492/1986, tendo a mesma gênese (Lei 9.080/1995), dispensando maiores esclarecimentos devido ao seu caráter univitelino.

Lei 9.034/1995: Antiga Lei de Repressão de Ações Praticadas por Organizações Criminosas. Inteira e expressamente revogada pela Lei 12.850/2013. Dispunha em seu art. 6º que:

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

Como se vê, essa Lei dedicava muito menos espaço ao instituto da colaboração premiada do que a Lei que a substituiu.

Assim como a Lei 8.137/1990, traz o adjetivo “espontâneo” para definir a delação. Denota, portanto, um esforço do legislador para garantir a não-tortura do participante da organização criminosa. Referida espontaneidade não pode advir de coação policial, prisão preventiva desmotivada ou por tempo excessivo ou demais artifícios acusatórios que resultem em uma delação por influência direta e objetiva da força investigativa.

Se, porventura, houver conspurcação da espontaneidade da delação, haverá a incidência da teoria do “*fruitsofthepoisonoustree*”, que anula todas as provas decorrentes de prova manifestamente ilegal.

Adhemar Ferreira Maciel, em obra organizada por Franco e Nucci, analisa⁹ o artigo 6º desta Lei:

“O Art. 6º, como se falou acima, lembra institutos do direito anglo-americano do pleabargaininge pleagUILTY. Seu alcance é bem maior do que “arrependimento posterior” do art. 16 do CP. Desde que o agente criminoso ajude a esclarecer, de modo espontâneo, a organização criminosa, tem direito subjetivo de ver sua pena reduzida.”

O saudoso Ministro do STJ aponta somente para os crimes desprovidos do elemento de violência clássicos, uma vez que é requisito do art. 16¹⁰ do Código Penal a ausência do signo da ferocidade para que possa existir a incidência de tal artigo.

⁹NUCCI, FRANCO. Guilherme de Souza e Alberto Silva. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal – Leis Penais Especiais I**. 1ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011. P. 866.

¹⁰Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Lei 9.080/1995: Insere o segundo parágrafo ao art. 25 da Lei 7.492/1986 e o parágrafo único ao art. 16 da Lei 8.137/1990, ambas as alterações já aqui comentadas.

Art. 2º Ao art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, é acrescentado o seguinte parágrafo único:

"Art. 16.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

Lei 9.269/1996: Extorsão mediante sequestro no Código Penal, altera o §4º do artigo 159 do Código Penal, e nada mais. Substituído pelo procedimento da delação premiada presente na Lei 12.850/2013.

Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

(...)

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Ausente a espontaneidade da delação no texto. A única condição de validade do acordo é a facilitação da libertação da vítima sequestrada. Não se fala em integridade física ou psicológica, mas pressupõe-se que a vítima esteja viva, uma vez que seria absurdo libertar um cadáver. Funciona mais como o instituto do arrependimento eficaz do que propriamente como colaboração premiada. Todavia, é um aspecto processual que o instituto ganha.

Apenas para ressaltar a semelhança, buscamos a definição de Rogério Sanches Cunha¹¹ para arrependimento eficaz:

“(...) o arrependimento eficaz (arrependimento ativo ou resipiscência) é a segunda espécie de tentativa abandonada, ou qualificada. Ocorre quando os atos executórios já foram todos praticados, porém, o agente, decidindo recuar na atividade delituosa corrida, desenvolve nova conduta com o objetivo de impedir a produção do resultado (consumação)”

O mesmo autor diz, ainda, que a resipiscência existe quando os atos executórios foram esgotados e apenas para crimes com natureza material. Esta definição aproxima o arrependimento eficaz da delação premiada, embora possua viés intestino ao curso processual, não dependendo de acordo entre as partes para ocorrer. É imposta a condição pelo réu, preenchidos os requisitos de existência do arrependimento eficaz, independente de exigências do Ministério Público ou da polícia investigativa.

Lei 9.613/1998: Lei de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores. Segue parcialmente em vigor, reformada pela Lei 12.683/2012. O texto abaixo é a versão reformada:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** Parte geral. 3ª Edição. Editora JusPodivm. Salvador, 2015.P. 347.

conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

O texto do § 5º possui matiz profundamente processual, trata incomum nas Leis que cuidavam deste aspecto atenuante do crime. Estabelece que o regime inicial será aberto caso o juiz não substitua a pena por restritiva de direitos ou deixe de aplicá-la inteiramente. Fato único que aproxima tal instituto ainda mais do arrependimento eficaz é a possibilidade de autoria única, ou seja, sem demais coautores. O contraste é inegável, visto que a multiplicidade de agentes unidos em liame subjetivo é condição existencial da Lei 12.850/2013.

Ademais, a contrapartida fornecida pelo autor ou coautor pode ser de dois tipos: localização do bem protegido ou esclarecimentos que auxiliem a apuração do crime. Por elencar ambos, subentende-se que, a princípio, ambos possuem igual valor para a concessão do benefício judiciário. Não se fala, entretanto, em homologação de acordo ou participação da polícia no processo de delação.

Interessante notar que os benefícios possíveis neste texto são similares aos prometidos na Lei 12.850/2013: redução de um a dois terços contra redução de até dois terços da Lei mais nova, substituição por restritiva de direitos e deixar de aplicar a pena contra perdão judicial da Lei mais nova. Não foi replicado o mecanismo de execução de pena que garante regime inicial aberto, mesmo tendo a Lei mais antiga fixado penas que garantiriam o cumprimento inicial de pena em regime fechado, por força do artigo 33, § 2º, alínea a do Código Penal Brasileiro.

Lei 9.807/1998: Institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas. Segue em vigor, ampliada com os benefícios trazidos na Lei de Organização Criminosa.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a

investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

Dedica o Capítulo II inteiro ao método de proteção do “réu colaborador”, ou delator premiado. O art. 13 merece especial atenção, uma vez que traz o elemento da reincidência. O *caput* estabelece que o réu primário terá direito ao perdão judicial, uma vez que a colaboração seja espontânea e proveitosa. Ademais, o parágrafo único define que “será levada em conta sua personalidade”, bem como

as contingências do ato criminoso praticado, para a concessão do perdão judicial pelo juiz.

Interessante notar que a concessão do benefício é indicada como sendo “de ofício ou a requerimento das partes”. Esta definição leva invariavelmente ao questionamento da concessão do benefício a eventual confissão. O arrependimento eficaz, portanto, seria flexibilizado ao máximo do perdão judicial em caso de réu primário com “boa personalidade” e que tenha praticado crime não demasiadamente abominável. Não há o pressuposto, inclusive, de concurso de agentes ou associação criminosa para que esta medida seja possível, exceto na hipótese do inciso I, que trata especificamente da coautoria.

Já o artigo 15 se relaciona aos métodos de proteção dispensados ao delator premiado, relacionando-se ao artigo 5º da Lei 12.850/2013. Pressupõe-se na Lei mais antiga a prisão do colaborador premiado, preventiva ou em cumprimento de execução penal. Há ampla concessão de liberdade nas escolhas das medidas protetivas, em reconhecimento da complexidade que as condições do mundo real podem criar, imprevisivelmente.

É Nucci quem atenta para o fato de que os requisitos dos artigos 13 e 14 desta Lei não podem ser usados de forma cumulativa¹². Em seu reforço, busca as lições de Damásio de Jesus e David Teixeira de Azevedo, que escreveram no mesmo sentido: da alternatividade dos requisitos para aplicar-se o benefício.

Importa dizer que a interpretação dada pela doutrina é favorável ao colaborador, que é investigado ou réu. Por óbvio, quanto menor o número de pré-requisitos a serem preenchidos, mais facilmente será possível obter o benefício previsto em texto legal.

Lei 10.409/2002: Lei de Drogas – prevenção, tratamento, fiscalização. Substitui a Lei 6.368/1976. Inteiramente revogada pela Lei 11.343/2006.

¹²NUCCI, FRANCO. Guilherme de Souza e Alberto Silva. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal – Leis Penais Especiais I**. 4. 1ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011. P. 74.

“Art. 32. Vetado

§ 1º Vetado

§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

§ 3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.”

Texto legal com um imenso número de vetos presidenciais, tornando-o de impossível coesão. Trazia, todavia, o instituto da colaboração premiada no trecho acima transcrito. João José Leal, em obra organizada por Nucci e Franco¹³ atenta para a possível falta de vigência (enquanto durou) destes parágrafos *decapitados*. Sem o primeiro parágrafo e o *caput* do artigo, sua legalidade seria, quando nada, discutível, visto que estava ausente o comando principal que haveria de guiar o artigo por inteiro.

Lei 11.343/2006: Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre as Drogas. Segue vigorando em grande parte, com o artigo 41 tacitamente revogado pelas instruções da Lei de Organizações Criminosas.

“Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-

¹³ **NUCCI, FRANCO.** Guilherme de Souza e Alberto Silva. Doutrinas Essenciais do Direito Penal – Leis Penais Especiais I. 6. 1ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011. P. 76.

autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

Segue o padrão de redução entre um e dois terços para delação premiada que tenha sido eficaz (identificar os demais autores ou recuperar o produto) na investigação do crime, bem como a condição da espontaneidade da delação.

Lei 12.683/2012: altera a Lei 9.613/98, com foco no crime de lavagem de dinheiro. Segue em vigor, sendo o §5º do artigo 41 tacitamente revogado pela Lei 12.850/2013.

“Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

(...)

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

O parágrafo 5º contém em seu corpo uma benesse que só se fez presente anteriormente na Lei 9.613/1998, quase inteiramente alterada pela que dá origem a este tópico. A inserção de novos termos e condicionantes merece análise mais pausada: de “a pena será” para “a pena poderá ser reduzida de um a dois terços”, permitindo ao juiz ter grau modular de decisão. Insere, também, a expressão “a qualquer tempo” para definir quando o juiz se pronunciará sobre o que será concedido.

Destoa da Lei 12.850/2013, que só admite a aplicação dos benefícios no momento da sentença. Insere a já assentada posição legal de que a eficácia da delação se medirá também pela identificação e localização dos coautores e partícipes do evento crime.

1.3. - Da Lei 12.850/2013 e suas diversas inovações

De modo bem menos tímido do que o anteriormente executado, o legislador trouxe no texto de uma só norma todas as disposições que cuidam da delação premiada. É de se notar que a amplitude aqui descrita é bem maior, tendo revogado ou ampliado os textos anteriores que tratavam do mesmo assunto.

Caminhou como uma *codificação* do tema que era tratado de modo esparso e pouco procedimental.

Dispõe o artigo 3º da legislação em foco:

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

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.” (grifamos)

Em oito incisos, são apresentados quatro modos probatórios regulados na mesma Lei, três (II, V e VI) com remissão à Lei específica e um absolutamente redundante (VIII).

O último inciso é mera retórica legislativa, uma vez que seu descumprimento não implica em qualquer efeito oriundo da Lei. Esta retórica, entretanto, está fundada na histórica dificuldade de coesão interna dos poderes estatais investigativos.

Tanto é assim que, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal legitimou o Ministério Público para investigar penalmente (Recurso Extraordinário 593.727/MG, decisão do plenário em 14/05/2015). Fica evidente que a investigação meramente policial não basta, aos olhos da Suprema Corte e que há uma *disputa* – e não uma cooperação – entre os órgãos estatais na busca de provas.

Invoca-se a visão dos Professores Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, na obra *Comentários à Lei de Organização Criminosa*:

“A própria previsão legal de *cooperação entre órgãos públicos* consiste em uma expressa confissão de incapacidade de realização do controle social penal por parte do Estado. Não é concebível que seja necessário constar de disposição legal tamanha obviedade. Aliás, a obstrução de investigação criminal, seja por agente público ou por particular, constitui crime previsto no

Código Penal desde 1940, pois resulta necessariamente em um favorecimento real ou pessoal (arts. 348 e 349 do CP). Assim, a colaboração entre os órgãos públicos para fins de investigação criminal é medida de rigor e – ao menos deveria ser – a regra em tais casos. Trata-se por conseguinte, de uma previsão meramente programática, que corresponde quase que perfeitamente à redação do art. 7º, *b*, da Convenção de Palermo, o que serve para revelar, também, o quanto a legislação interna brasileira absorve de influência internacional.”¹⁴

Neste breve trecho, os autores apontam o já referido esforço retórico do legislador para, de certa forma, manter a coesão interna estatal no aparato policial brasileiro. Em trecho subsequente, há uma brevíssima descrição do estranho abismo policial que separa as Polícias Militar e Civil, gerando mais animosidade que cooperação, talvez justificando este esforço retórico legislativo. É do entendimento dos autores que haja uma fusão destas classes policiais, uma vez que a divisão em nada facilita investigar delitos.

Não trazem, todavia, a problemática do *parquet* agindo como órgão investigador e a recém declarada legalidade deste ato, até porque a decisão é posterior aos textos publicados.

Dos modos regulados na Lei (acesso a registros na Seção IV, infiltração de agentes na seção III, ação controlada na Seção II e colaboração premiada na Seção I), apenas um será o foco deste escrito. A menção aos demais é válida por situar as contingências da Lei, bem como seu propósito em inovação probatória ao regular processualmente alguns aspectos investigativos.

CAPÍTULO 2 – Problemas da delação premiada tal como descrita pela Lei de Organização Criminosa

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014. P. 108.

2.1. – Um conflito ético?

O instituto da delação premiada se funda em conflito: a confissão de ato de terceiro e um oferecimento de vantagem por isto. Oferecer a vantagem retira da delação qualquer resquício de boa-fé que ela possa apresentar. Funda-se no medo da condenação ou no egoísmo aflorado pelo benefício oferecido. Mittermaier¹⁵ fala: “é certo que nada pode fazer calar a voz da alma”. A noção é por demais romântica para ser aplicada num acordo no qual um diretor de grande empresa delata meia dúzia de corrêus visando escapar da prisão preventiva na qual se encontra e obter benefícios na inevitável sentença.

Não se fala, absolutamente, em Omertà ou noções similares de acordos de silêncio e honra entre criminosos. Esta subjetividade não é produtiva, sendo mais enriquecedor questionar se o Estado pode, por via processual, *arrancar* a delação e consequente confissão do réu ao oferecer um benefício como moeda de troca.

A questão é: poderá alguém se beneficiar denunciando outrem com quem concorrera para participação no delito? De imediato, surge a máxima do Direito *venire contra factum proprium*, ou a ninguém é dado o direito de se beneficiar da própria torpeza.

Todavia, em 2011, o legislador permitiu que a Lei 12.529/2011 trouxesse o Capítulo VII – Do Programa de Leniência. Esta lei possui caráter administrativo com reflexos penais e dispõe em referido capítulo que o acordo de leniência celebrado entre o CADE e pessoa física ou jurídica a se desgarrar do cartel pode ter como benefício a extinção da ação punitiva, entre outros benefícios menores. É dizer: todo o lucro ilegalmente obtido será conservado mediante cessação da conduta e auxílio nas investigações.

O meio encontrado para possibilitar a investigação em outro âmbito (administrativo concorrencial, embora com reflexos penais) foi justamente violar a máxima anteriormente referida.

¹⁵MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 5ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2008.P. 244

A leniência incomoda *menos* que a delação premiada por se dar, majoritariamente, entre o CADE e pessoas jurídicas que visam o lucro. Economicamente, firmar um acordo de leniência é o modo mais lucrativo de se finalizar um cartel.

Já para pessoas físicas envolvidas em organizações criminosas diversas, a delação premiada pode ter muitos outros objetivos que não a obtenção de lucro.

Ainda de acordo com Bitencourt e Busato, é *incômodo* ter o Estado de sujeitar-se ao insondável e desimportante motivo de um dos membros de uma organização criminosa aderir à delação.

O simples fato de ser imperscrutável o motivo, podendo ele esconder vingança, ódio ou até mesmo arrependimento, gera imenso desconforto ao intérprete e ao aplicador da Lei. É patente que a prova obtida por meio de delação premiada não pode servir de prova única para a condenação, devendo haver suporte de outras fontes (Lei 12.860/2013, art. 4º, §16: *nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador*). Não fosse esta a realidade, haveria um verdadeiro caos de desconfiança e vaidades pessoais servindo como matéria incriminadora de cidadãos, independente da participação destes no fato tido como criminoso.

É, também, confissão da incapacidade estatal de investigar, apurar e punir, em paráfrase foucaultiana. Os motivos, escusos ou não, do delator sempre trarão carga semântica negativa. O Estado deverá absorver e aceitar isto sem outras medidas que não a boa investigação para encontrar provas que sustentem as alegações feitas por tal agente.

A análise da questão ética faz sentido se pensarmos que ela poderá influir na interpretação legal, e não apenas na composição dos institutos presentes na Lei 12.850/2013 pelo Legislativo.

Como aponta Greco¹⁶, a Lei buscou adequação à Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). O artifício de influenciar o corréu a depor é amplamente utilizado (códigos penais como o argentino,

¹⁶ GRECO, Vicente Filho. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014. P. 8.

colombiano, italiano, espanhol, chileno e em países sem tradição de código, como Inglaterra e Estados Unidos¹⁷). Foi implementado na Convenção de Palermo e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (o Brasil é signatário das duas, Decreto 5.015/2004 e Decreto 5.687/2006, respectivamente), contendo, portanto, previsão internacional.

Se faz presente na inspiração o já referido conceito de *pleabargaining*, utilizado na Common Law como modo de obter benefícios processuais.

Dentre os maiores exemplos inspiradores, está o direito italiano. É, todavia, imperfeita a tradução entre direitos, seguindo a regra da eterna imperfeição entre traduções. Exemplo cristalino está no art. 4º, §12, da Lei 12.850/2013. Diz o texto normativo:

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou **não denunciado**, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. (grifo nosso)

Partindo do trecho citado, há a inserção de categoria jurídica verdadeiramente alienígena ao nosso direito. Bem aponta Rogério Sanches e Ronaldo Batista¹⁸.

A figura do não denunciado, ou seja, daquele que não teve o inquérito policial contra si arquivado e que ainda não foi alvo de oferecimento de denúncia, ocupa um limbo em nosso sistema jurídico. Em contrapartida, como indicam os autores, é figura existente e criticada no Direito Penal italiano. Dentre os críticos, está Paulo Tonini, trazido no livro de Rogério Sanches e Ronaldo Batista. Indica ele a figura do não denunciado como *acusado conexo*: pode fazer uso do direito de não produzir prova contra si mesmo, mentindo ou permanecendo silente nos atos que disserem respeito aos atos praticados por ele. Todavia, quando os atos referidos

¹⁷BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014. P. 116.

¹⁸CUNHA, Rogério Sanches; PINTO Ronaldo Batista. **Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)**. Editora Atlas. São Paulo, 2014. P. 77.

sãos de outras pessoas, o não denunciado adquire caráter de testemunha e se vincula a um dever de falar a verdade sobre aqueles atos.

O questionamento ético possui um ponto infrutífero, mas que se insere justamente no senso comum: o *animus* do delator.

Dura a crítica feita por Zaffaroni¹⁹:

“A impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constitui uma séria lesão à eticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito.”

Mais adiante:

“O Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprado ao preço da sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.”

C.J.A. Mittermaier²⁰ aponta aspecto antinatural da confissão por si só, já assim reconhecido desde Roma. Sua visão baseia-se em trecho da obra de Quintiliano e segue para uma descrição subjetiva do agente, calcada na noção de plena consciência do ilícito e da reprovabilidade da conduta. Descreve o autor um Rodion Romanovitch Raskolnikov²¹, preso dentro de si mesmo pelo próprio crime. Fosse tal comportamento generalizável, não seria a confissão antinatural, mas sim uma fuga da dilaceração da consciência. Contradiu-se o autor ao abraçar o senso comum.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Crime organizado: uma categoria frustrada. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Revan. Rio de Janeiro, 1996. P. 45.

²⁰ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 5ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2008. P. 243-244.

²¹ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e Castigo*. , 6ª Edição. Editora 34. São Paulo, 2009.

A delação premiada não foi feita para Rodkas, pois o medo da condenação é infinitamente mais eficaz para motivar o acordo do que o duelo de consciência.

A Lei 12.850/2013 possui um aspecto moral menos problemático: os incisos IV e V do caput do artigo 4º preveem a concessão do benefício após o investigado possibilitar a recuperação do produto das infrações ou localizar a vítima fisicamente íntegra. Quanto ao referido inciso V, este já está abarcada no nosso Código Penal como circunstância atenuante (art. 65, inciso III). Não se fala aqui em delatar.

Para estas hipóteses, em que não há o duro conceito de “traição”, não cabe o argumento da falta de ética estatal, pois não força a deslealdade de um comparsa para com os outros.

A traição pode germinar a vingança, seja ela de modo direto (o fim é prejudicar um comparsa) ou de modo indireto (o fim é conseguir mais benefícios da autoridade investigativa, sendo o meio o prejuízo dos comparsas). Daí o inciso I do artigo 4º delimitar claramente que as infrações devem ter sido cometidas durante o período de organização criminosa, não cabendo atribuir qualquer crime, por mais desconexo que seja, para obter vantagens processuais.

Vale notar que a utilização prática da norma deve seguir as diretrizes processuais que permitem *lastrear* eventual falsidade do delator. Em matéria de prova em processo penal, Nicola Framarino deiMalatesta menciona a certeza físico-histórica. Embora faça referência à apreensão de prova testemunhal, o método lógico para absorver e valorar tal informação é exatamente o mesmo utilizada ao se colher uma delação premiada como prova:

“Vem, em seguida, a certeza físico-histórica, subespécie da certeza mista, na qual a possibilidade de erro é maior que na certeza física. Na certeza físico-histórica, que deriva da afirmação direta da pessoa, não se trata mais de uma simples e direta percepção intelectual, como na certeza física; o trabalho do espírito é mais elaborado. Tem-se a necessidade do raciocínio para estabelecer a veracidade do atestante, fundada na negação do engano e na vontade de enganar o atestante; é depois de se estar convencido disto,

*pele trabalho do raciocínio; que se deduz a verdade, natural e simplesmente, do fato atestado. Quem não vê a maior possibilidade de erro, em que pode incidir o julgador?*²²

Ao combinar dois tipos de certeza, a sensorial e a puramente lógica, Malatesta gera as chamadas certezas mistas. Ainda para esta certeza físico-histórica, afirma:

*“E como em qualquer relação, também nesta a luz provém da natureza dos termos: é a natureza do testemunho (verossímil, não contraditório etc.), é a natureza do testemunho (probo, desinteressado etc.), é a natureza destes termos, subordinada à ideia do constante modo de ser e agir da natureza eu nos leva a afirmar que a relação existente entre o afirmante e a afirmação é a relação de veracidade. Quando, pois, na direta afirmação da pessoa, estabeleceu-se por trabalho racional a relação de veracidade entre a pessoa que afirma e a afirmação, a relação e conformidade entre afirmação e a coisa afirmada é uma consequência natural, espontânea, que não requer trabalho algum ativo da inteligência.”*²³

É a compreensão básica que se faz sobre qualquer afirmação em direito: pressupõe-se a veracidade do atestado. O maior exercício do espírito ao qual Malatesta faz referência em citação anterior é justamente a contraposição entre acervo probatório e afirmação da testemunha, que equivale ao delator.

Resta evidente a diferença máxima entre testemunha e delator. É o cabresto pelo qual toda a delação se guia: oferecimento de vantagem. A testemunha, via de regra, não auferir ganho pessoal ao falar a verdade. O próprio Malatesta afirma em mesma obra²⁴ que o homem tem uma tendência natural a ser

²² MALATESTA, Nicola Framarino de. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 6ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2005. P. 43-44.

²³ MALATESTA, Nicola Framarino de. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 6ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2005. P. 36.

²⁴ MALATESTA, Nicola Framarino de. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 6ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2005. P. 319-321, 337.

verídico pelo dom da inteligência. Conquanto isto não seja sempre verdade – afinal, é tendência, não regra – parece-nos um ponto de partida razoável.

Com clareza, Mittermaier²⁵ toca o cerne da questão ao definir o que é a testemunha suspeita, reforçando a dificuldade em se aferir a verdade de uma testemunha que tem algo a ganhar com o desfecho processual que pode por ela ser influenciado.

“Parece-nos que com fundamento só se pode assinar a incapacidade de três causas principais. Existe ela:

1º Quando o juiz tem a certeza de que a testemunha não pode observar os fatos por lhe faltarem absolutamente as faculdades necessárias para essa observação;

2º Quando há completa verossimilhança em que a testemunha, em razão de sua situação na causa, não falará no interesse da verdade, se, por assim dizer, representar um papel de acusador;

3º Enfim, se resulta a incapacidade de uma expressa disposição da lei penal.

(...)

Chamamos suspeita a testemunha cujo depoimento não pareça digno de inteira fé ou só pode ter crédito em certas condições;

(...)

4ª Mas a causa mais séria de suspeição resulta do interesse, que a testemunha pode ter no resultado do processo; este interesse pode muito bem afastá-la do caminho da verdade. Assim, estarão suspeitas: a) aquelas a quem pessoalmente aproveitar a sentença neste ou naquele sentido;

(...)

5º O denunciante é uma testemunha suspeita. É bem sabido que ele empregará os esforços para sustentar sua denúncia, para demonstrar sua sinceridade, ao que é, aliás, obrigado pelas penas decretadas contra a calúnia. E, depois o fato de denunciar um concidadão é um ato insólito, e

²⁵ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 5ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2008.P. 325-326.

que desperta logo as susceptibilidades do juiz; muitas vezes não é um motivo nobre, uma razão de interesse público que impele o denunciante, e sentimo-nos levados a ver em seu ato o resultado só do ódio ou de um sórdido interesse particular. Mas tudo isso só prova uma coisa, é que o depoimento do denunciante deve ser pesado com cuidado.

6ª O depoimento do Cúmplice oferece também graves dificuldades. *Aquele que, por confissão própria, manchou com um crime a sua vida não tem mais o direito de ser acreditado em seu testemunho, como o homem que se conservou puro sempre. Depois é natural que o cúmplice faça recair sobre o sócio no delito uma parte de sua própria falta; mais claramente: ele tem interesse direto em depor contra a verdade.” (grifamos)*

Algumas hipóteses, no entanto, parecem ser capazes de persuadir a testemunha a mentir de modo consciente. Se algo lhe é caro e não gostaria de ser privada disto, pode ser que coloque o dever cívico de falar verdade abaixo do valor dado à posse de tal coisa. Se sua motivação para falar – mentir – provém apenas do risco de perder tal coisa, não tendo tal testemunha procurado o Estado-Juiz enquanto seu bem estava fora de risco, resta evidente que o próprio Estado pode dar a esta testemunha o *motivo* para mentir. Este risco é conhecido e integra a natureza humana.

Na delação premiada, é oferecido um ou mais benefícios em troca de informação. Tendo o delator algo a perder por definição (é investigado, réu ou condenado), o Estado oferece sempre motivos para que minta. Alcançar o benefício que pode lhe conceder a liberdade pode lhe ser mais caro que a fidelidade aos demais membros da organização criminosa que compunha. Quão exaustivo será o trabalho do espírito da investigação, da acusação e do judiciário para que a sempre presente tentação do delator não os leve a erro que, a depender do grau de conhecimento do delator, jamais será percebido? Os mecanismos de contenção da Lei 12.850/2013 são eficazes neste aspecto?

Esbarramos aqui em outro ponto moral sensível: a investigação propriamente dita. É sabido que justificar qualquer uma das medidas arroladas na Lei depende principalmente da existência de organização criminosa. Ora, não se

faria uma Lei exclusivamente voltada para delitos desta ordem abrindo as medidas *de exceção* nela previstas aos demais crimes, de natureza diversa.

Nesse aspecto, a força investigativa se depara com um problema de *ansiedade*: ao empregar alguma dessas medidas ao perseguir um determinado crime, adiantando a existência de organização criminosa sem possuir prévia comprovação, estará a força investigativa *obrigada por suas ações* a encontrar algo que tipifique seu alvo como organização criminosa.

Prova forçada, portanto. Porém, como antes advertido, seria um problema de ansiedade facilmente evitável por uma força policial consciente do devido processo e das garantias constitucionais de cada cidadão investigado. Esse feito, no entanto, seria aplicável a todas as modalidades probatórias da Lei, não se restringindo apenas ao modelo de delação premiada.

Diante do quadro fático, pode ser a delação premiada o formato menos propício a ocasionar antecipações investigativas como esta acima descrita por conta do tempo de negociação entre múltiplas partes e envolvimento direto do Judiciário que, em tese, é desinteressado no modo com o qual termina a ação e teria mais condições de garantir a boa aplicação da lei. A homologação do acordo pelo juiz e a presença do Ministério Público, bem como da defesa técnica, seriam elementos garantidores, ausentes na ação controlada e interceptação telefônica, por exemplo.

Mas torna-se, ultimamente, falha se não conseguir garantir a veracidade das informações prestadas.

2.2. Incoerências desta Lei com nosso Ordenamento Jurídico

Diante de todas as complicações já mencionadas, fica claro que a Lei 12.850/2013 não se encaixa plenamente com o Direito Penal brasileiro. Em estrita análise do texto legal, é possível notar uma série de institutos alienígenas ao nosso ordenamento jurídico vigente, bem como alguns trechos que destoam inteiramente de nossa tradição em Direito Penal.

Um destes temas, anteriormente mencionado, é a figura estrangeira do *não denunciado* (vide ponto 2.1.). Situa-se entre a testemunha e o réu, sem ser nenhum dos dois. O legislador trouxe a figura híbrida sem dar a ela o necessário fundamento normativo. Restará a categoria de texto vazio para este trecho, uma vez que não houve interesse na Lei em trazer esta figura por completo, obrigada coercitivamente a prestar um depoimento verdadeiro sobre terceiros e com a ressalva de poder não produzir prova contra si mesma. Destoa do mote central da delação premiada, que é justamente uma opção do acusado, não uma obrigação ambígua em relação aos demais partícipes. A espontaneidade da delação é incompatível com esta figura trazida de ordenamento jurídico externo e tão-somente de modo parcial.

Uma das questões mais inquietantes desta é a *legalidade da prova na iniciativa da delação*. Produzir prova através de delação premiada é o propósito do instituto, não servindo ele para outra coisa que não facilitar a investigação e condenação dos demais envolvidos no ato ilícito. Seu surgimento deve ser *espontâneo*, como indica o conjunto de textos legais, vigentes ou revogados, que trata do assunto. Em outro viés de entendimento, mais abrangente, deveria o surgimento ser *voluntário*²⁶, ou seja, fruto da vontade do agente, não necessariamente ideia dele. Este ponto de vista parece ser mais coerente com a Lei, uma vez que a proposta de acordo de delação pode partir também do Ministério Público ou do delegado que preside o inquérito.

A problemática surge quando é dado ao delegado investigador levar ao investigado a sugestão de delação. Afora todas as questões que naturalmente acompanham esta proposta (coação policial, tortura em seus vários aspectos etc.), é de se espantar que o **investigador** se encontra investido de prerrogativa de **parte** no procedimento. Age, portanto, em dois campos incompatíveis. Ainda que se admitisse esta perversão procedimental, seria necessária a participação de alguma entidade que servisse para averiguar a legalidade da negociação. É, todavia, vedada a participação do juiz nesta fase. Ora, se a prova será para ele produzida, qual o sentido de vedar o monitoramento do que ocorre entre as partes?

²⁶BRASILEIRO, Renato de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Edição. Editora JusPodivm. Salvador, 2015.P. 536.

A questão é levantada por Bitencourt e Busato²⁷, que dedicam o 3º ponto dentro do capítulo de Colaboração Premiada exclusivamente a este tópico, possui construção argumentativa da seguinte forma, para os autores: o §2º do art. 4º da Lei 12.850/2013 permite ao delegado investigador do caso que este *proponha* a delação. §6º veta a participação do juiz nas negociações. A negociação se dará, portanto, entre as partes, com o delegado de polícia elevado a esta condição. Pode ele produzir esta prova mediante mera manifestação do Ministério Público, em status próximo à equivalência dentro da relação processual. Parece clara a inconstitucionalidade deste artigo, uma vez que viola a titularidade do Ministério Público na ação penal pública.

O ponto mais escandaloso da Lei é o §14º do art. 4º. Não se usa a expressão de modo descompromissado, uma vez que referido parágrafo permite a flexibilização dos princípios mais basilares do Direito Penal atual:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

(...)

*§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador **renunciará**, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.” (grifo nosso)*

A renúncia do direito ao silêncio **não** é idêntica ao instituto da confissão no Direito Penal, uma vez que esta pode ser parcial, ao contrário daquela, além de ser vinculativa a renúncia.

²⁷BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.P. 122-123.

Condição para que o ato de confessar seja válido é: (i) espontaneidade e (ii) perante autoridade, como indica Rogério Sanches Cunha²⁸, na análise do artigo 65, III, *d*), do Código Penal Brasileiro.

Poderia se traçar um paralelo com outra alínea, *ab*), deste mesmo inciso. Talvez até de modo mais adequado, visto que admite a hipótese do réu *terprocurado*, independente do grau de efetividade, reparar o dano causado. Tal comando legal encontra eco no art. 4º, IV e V, da Lei de Organizações Criminosas, ainda que o inciso V requeira a preservação da integridade física da vítima.

Em uma situação hipotética, um acusado pode confessar, por exemplo, um crime, fazendo jus à atenuante correspondente, suportando a acusação de outro crime qualquer, sem confessar, por acreditar na ausência de material probatório que suporte a hipótese acusatória. Caso ele se decida por fazer a delação premiada, está claro que esta pode ser invalidada se o acusado não confessar o segundo crime e a acusação encontrar meios de comprovar sua tese. Nesta hipótese, a confissão do primeiro crime ainda poderá atenuá-lo.

Na hipótese descrita, há benefício estatal de informações obtidas de modo “voluntário” e sem contrapartida, uma vez que, invalidada a colaboração, o acusado se vê em posição idêntica aos demais.

Ainda nesta linha o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp²⁹ assinou parecer em 09/03/2015, juntado aos autos da já conhecida Operação Lava Jato. Neste parecer, que está voltado a um caso específico, o jurista questiona a validade da delação premiada feita por réu que já havia descumprido delação premiada anterior. Conclui pela invalidade da nova delação, visto que houve descumprimento da anterior.

Fala, também, em *desvio de motivação e omissão de informação*. A construção de seu argumento se dá na premissa de que o Ministério Público defende o interesse da sociedade, sendo este inegociável e incorruptível.

²⁸CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** Parte geral. 3ª Edição. Editora JusPodivm,. Salvador, 2015.P. 342-345.

²⁹ Parecer disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/delacao-youssef-invalida-afirma-ex-ministro-gilson-dipp>. Acessado em 02/06/2015, às 22h28min.

Portanto, é direito subjetivo da sociedade recusar uma delação premiada quando ela apresentar elementos que a tornem “incompatível, desproporcional ou inconveniente ao resto da sociedade”³⁰.

Não possuímos, em nosso ordenamento, o crime de perjúrio nos moldes do Direito norte-americano. Aos nossos acusados, é reservado o direito de permanecer em silêncio, não importa a situação. Tal direito é, a nosso ver, *irrenunciável*. Sustenta a mesma posição Renato Brasileiro³¹, ao atribuir ao legislador um “equivoco (...) ao fazer uso do verbo *renunciar*”. Seria, na visão do autor, uma “*opção por seu não exercício*”.

Uma violação a este direito está descrita no art. 1º da Lei 9.455/1997, inciso I, alínea a:

“Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;”

Esta *obtenção* de informação, tentada por via de sofrimento, é um dos meios que as autoridades policiais se utilizam para conseguir “confissões” ou que forças militares fazem uso contra prisioneiros de guerra. Ambas as vertentes da prática são vistas de modo profundamente negativo pela Organização das Nações Unidas e são banidas em um sem-número de pactos internacionais.

Muito embora o princípio fundante desta valoração seja preservar a dignidade humana e evitar o sofrimento, há que se levar em consideração o baixo grau de confiabilidade de informações obtidas assim. A tortura é um instrumento falho por natureza.

³⁰Parecer disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/delacao-youssef-invalida-afirma-ex-ministro-gilson-dipp>. Acessado em 02/06/2015, às 22h28min, página 23.

³¹ BRASILEIRO, Renato de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Edição. Editora JusPodivm. Salvador, 2015.P. 528.

Assim a define a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Não se quer dizer que esta Lei incentiva ou faz apologia à tortura, mas apenas traçar um paralelo com um ponto em comum: a vontade de extinguir o silêncio que o indivíduo pode invocar para seu resguardo.

Bitencourt e Busato³² atacam o mesmo ponto:

“Uma vez iniciado o processo, sendo o colaborador, indubitavelmente, parte no processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei, incorrendo em nova inconstitucionalidade, estabelece, em seu art. 4º, § 14, que o colaborador renunciará – utiliza-se voz cogente – ao direito ao silêncio na presença de seu defensor. Ora, o dispositivo legislativo é claramente inconstitucional, enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição como em todos os pactos internacionais de direitos humanos. Afinal, o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância alguma, mesma a pretexto de “colaborar” com a Justiça, ou seja, na condição de colaborador. Afinal, interessa-lhe muito mais (é-lhe muito mais benéfico) uma sentença absolutória, que a aplicação dos benefícios decorrentes da colaboração.”

³²BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.P. 134-135.

Este trecho legal, portanto, não parece encontrar respaldo em nosso Texto Máximo.

O § 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013 faz proposta heterodoxa em nosso sistema:

“§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”

Mendroni³³ esclarece o interesse estatal de modo breve:

“O melhor momento para a Administração da Justiça, para receber a colaboração, é sem dúvida antes do oferecimento da Denúncia, quando será possível aferir a sua real eficácia e viabilizar a retribuição de diminuição penal.”

Já Bitencourt e Busato³⁴ identificam um problema grave no dispositivo legal: a coisa julgada. Só admitida a alteração dela em caso de Revisão Criminal³⁵, é absurdo que se crie outra exceção interpretativa, sendo necessário

³³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** Comentário à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei nº 12.850/2013. 2ª Edição. Editora JusPodivm. Salvador, 2014.P. 43.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.P. 129

³⁵ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

ao Judiciário aplicar cuidadosamente este parágrafo quanto à interpretação possível, de modo a não gerar uma exceção ilegal.

Dizem os autores supracitados:

“Finalmente, cumpre comentar um dispositivo completamente inaplicável e flagrantemente inconstitucional a respeito das benesses: a previsão legal do § 5º do art. 4º, que especialmente menciona que: § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

O dispositivo é completamente inaplicável porque duplamente aflitivo da coisa julgada, que é garantia fundamental constitucional! O art 5ª, inciso XXXVI, da Constituição da República prevê expressamente que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Sendo assim, não é possível que, uma vez fixada a pena, transitada em julgado a sentença, um acordo e colaboração premiada possa implicar em afetação desta coisa julgada, reduzindo pena ou alterando o regime do seu cumprimento, independentemente do quantum de pena aplicado!”

Ainda que benéfico ao réu, esta noção perturba o modo com o qual foi construído nosso procedimento penal, permitindo uma última saída, caso as outras todas falhem. Seria uma verdadeira “carta na manga”, um modo de, mesmo após a organização desfeita e seus membros condenados, a alguns deles fosse permitido o aproveitamento de qualquer resquício de informação que ainda possa render benefício, em detrimento dos demais.

Vale dizer que as informações passadas nesta fase necessitam, ainda, cumprir os requisitos elencados no art. 4º, incisos I ao V.

Art. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.

Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.

Ainda no tema, a ausência de coisa julgada no acordo de delação premiada se faz notar, como aponta Vicente Greco³⁶. O §10º do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas prevê, inclusive, a retratação:

“§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”

Outro ponto controverso é o breve artigo 7º, que diz respeito à preservação da identidade do delator. Em seu segundo parágrafo³⁷, a Lei estabelece que o defensor do delator premiado não possuirá acesso às diligências em andamento. É dizer que não há confiança plena no acusado, nem mesmo depois de estabelecido o acordo.

O grau de desconfiança firmado em lei pode ser auspicioso, dando algum tipo de resposta à fragilidade da posição estatal ao valorar provas tão moralmente conflituosas como aquelas decorridas da delação premiada. É, todavia, necessária a garantia da ampla defesa e contraditório, não podendo a investigação estabelecer, a um só tempo, um vínculo de confiança e prosseguir com a investigação contra aquele mesmo réu, como se delação não houvesse.

2.3. A difícil valoração probatória da delação premiada

³⁶GRECO, Vicente Filho. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.P. 39.

³⁷Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Como anteriormente definido, é necessário o *concurso de agentes* e a *confissão* para que se efetive o instituto da delação premiada. São pontos incontestes em nossa legislação.

Está a **confissão** nos artigos 197 e 200 do Código de Processo Penal brasileiro:

*“Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz **deverá confrontá-la com as demais provas do processo**, verificando se entre ela e estas existe **compatibilidade ou concordância**.*

*Art. 200. A confissão será **divisível e retratável**, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.”*
(grifamos)

Estes dois artigos estabelecem o que foi mais adiante condensado no § 16 do artigo 4º da Lei 12.850/2013: *“Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.”* A compatibilidade e concordância entre as provas servem à discussão sobre o poder estatal frente à prova produzida voluntariamente contra si mesmo.

Fica evidente a tentativa legislativa de retirar do delator a capacidade de agir em má-fé, aproveitando-se da própria torpeza. Esta tese foi brevemente discutida no ponto 2.1 Um conflito ético?, sem, todavia, ser feito o cotejo com o disposto no ordenamento jurídico interno na forma do CPP, que já legislava sobre aplicação de normas referentes à confissão. Agora, com a comparação entre delação premiada e confissão estabelecida, é manifesta a necessidade que teve o legislador ao optar por este presente modelo.

A exposição de motivos para o Código de Processo Penal, no tópico As Provas, ponto VII, dispõe:

“VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. **A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade.** Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.” (grifo nosso)

Diz Carl Joseph Anton Mittermaier³⁸:

“O povo nutre a respeito dessa prova opiniões muito notáveis: nunca se convence melhor da culpabilidade de um acusado do que quando sabe que fizera este uma confissão completa. Porém toda a confissão, qualquer que seja em si, e qualquer que seja a sua forma, não convence a princípio de sua sinceridade: para ter esse poder, é preciso reunir certas condições. Quem ousaria condenar o seu semelhante só porque apresenta-se em juízo, e se denuncia como o autor de uma morte cometida há seis anos? Exigimos, antes de tudo, uma concordância demonstrada entre a confissão e as circunstâncias da causa, e, na pessoa do acusado, uma atitude inteiramente em harmonia com a ideia que fazemos da de um homem impelido por sua consciência a descobrir a verdade”

³⁸MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 5ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2008.P. 243.

Nas palavras de Aury Lopes Jr³⁹:

“em suma, a confissão não é mais, felizmente, a rainha das provas, como no processo inquisitório medieval. Não deve ser buscada a todo custo, pois seu valor é relativo e não goza de maior prestígio que as demais provas.”

Mais adiante, o mesmo autor:

“A confissão deve ser analisado no contexto probatório, não de forma isolada, mas sim em conjunto com a prova colhida, de modo que, sozinha, não justifica um juízo condenatório, mas, por outro lado, quando situada na mesma linha da prova produzida, em conformidade e harmonia, poderá ser valorada pelo juiz na sentença.

*Deve-se insistir na necessidade de abandonar-se o ranço inquisitório (e a mentalidade nessa linha estruturada), em que a confissão era considerada a ‘rainha das provas’, pois o **réu era portador de uma verdade que deveria ser extraída a qualquer custo**. No fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o **réu deve confessar e arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados** (inclusive com a atenuação da pena, art. 65, III, ‘d’, do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados”(grifamos)*

Mittermaier, embora tenha escrito há bem mais de cem anos, demonstra o incômodo intrínseco ao ato de se confessar perante o Estado. Divergente, portanto, a ideia presente no senso comum. Confessar, como expõe o autor logo adiante, é ato *antinatural*. Cabe aqui um paralelo com o conflito ético já apresentado. Se o ato de se confessar para ser punido (ou não) é antinatural, seria delatar um comparsa um ato natural? Entendemos que não, uma vez que a

³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.P. 652.

diferença de ambos se dá pela recompensa oferecida e pelo valor probatório para terceiros, ambos na delação, como já explicitado.

Com o seu tom crítico, Aury Lopes Jr. aponta⁴⁰ as origens *medievais* da noção de confissão que possuímos no Direito Processual Penal hoje. De raízes religiosas e aplicação no período Inquisitorial (que empresta o nome ao ramo mais cruel e abreviado da aplicação processual penal), a questão da culpa é de rica discussão. Interessa-nos, todavia, somente o trecho que afeta o instituto da confissão.

Notável a atualidade dos questionamentos, ou como as classificações postas encontram eco no chamado senso comum. A “extração da verdade” do réu está longe de ser uma lembrança distante. Diante destas considerações, a delação premiada carregará a impressão de uma *entrega da verdade*, facilitando o trabalho do acusador, ao poupá-lo de ter que *extrair* do réu aquela mesma informação. Sua única tarefa (sendo o Estado Acusador de mesma raiz que o Estado Julgador) será premiar o réu com alguma benesse pela sua cooperação. Novamente, encontramos-nos no emaranhado ético que é oferecer prêmios para delatar comparsas, sendo este ato (premiação) maculado por natureza, uma vez que demonstra que a delação sem prêmio não trará benefício nenhum ao réu. Premiar é, então, condenar o ato ao vexame.

É auspicioso observar que a confissão (e a *confissão em nome de terceiro*) já não mais possui condão de fixar a certeza do Juiz.

Todavia, novo problema se apresenta na leitura daquele § 16 do art. 4º: e se mais de um agente delatar o mesmo fato? Se a delação de um for corroborada pela delação de outro? Poderá o juiz, caso o crime em tela não deixe vestígios, utilizar duas ou mais delações como prova condenatória, sem outros embasamentos?

A noção é assustadora, uma vez que o acusado pode estar em uma situação processual totalmente desfavorável, como pouca coisa a perder. Não é inédita a venda de informações falsas para atrair oponentes políticos para dentro da relação processual (vide o chamado “Escândalo do Dossiê”, em 2006). De

⁴⁰LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.P. 652.

nada custaria uma delação forjada e combinada entre dois réus, sobretudo se o crime não deixar vestígios físicos.

A questão ética, mais uma vez, se mistura com a aplicação prática da norma, forçando o Estado Juiz a buscar *outros* meios de comprovar o comportamento a-ser-condenado. Relacionado a este ponto está o artigo 158 do Código de Processo Penal:

“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

É dizer: a confissão não substitui prova e não pode ser valorada desconexa das demais provas.

O entendimento aqui esposado é o de que múltiplas delações, por serem de igual valor, não podem ser utilizadas como prova única para uma condenação. O mesmo risco que um delator apresenta por poder mentir é facilmente coordenado entre outros delatores. Seria temeridade decisória a adoção de caminho contrário.

Renato Brasileiro dá nome a esta fragilidade intrínseca à delação⁴¹: regra da corroboração. De acordo com esta regra, o delator deve trazer em seu depoimento fatos verdadeiros que possam ser averiguados como indiciários de verdade. Mas apenas a *verossimilhança* do delator não é suficiente para gerar uma condenação que não encontre outros suportes que não a prova da delação.

Interessante notar que a colocação legislativa na questão da retratação prevê que ambas as partes podem se retratar. Isto implica dizer que o Estado, por sua via policial, ainda que de dúbia participação como parte investigadora, pode abrir mão do acordo se o que foi nele produzido aproveitar aos demais réus.

⁴¹BRASILEIRO, Renato de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Edição. Editora JusPodivm. Salvador, 2015.P. 544-546.

Em outro enfoque, o delator fica preso ao que diz, não podendo retirar que disse dentro do acordo. É cristalino que, caso o teor do acordo só afete o delator, não é possível que aquele seja juridicamente válido, portanto, não se aplica o §10º do art. 4º.

Todavia, tudo que o delator entrega ao Estado envolvendo terceiros será aproveitado, independente da efetivação do prêmio da delação. Serviria, portanto, como uma espécie de *confissão*. Mas espontânea? O questionamento que cabe é: poderiam estas informações obtidas mediante acordo alvo de retratação servirem como atenuante de confissão espontânea? Uma vez feita, ela depende das demais provas para se converter em condenação. Entendemos que o réu, neste caso, não pode retirar a confissão feita e a ele será dado o benefício da confissão espontânea, mesmo sem o acordo de delação premiada.

Já o **concurso de agentes** está previsto no Título IV do Código Penal brasileiro, artigos 29 a 31. Define Rogério Sanches Cunha⁴²:

*“Entende-se por concurso de pessoas a reunião de vários agentes concorrendo, de **forma relevante**, para a realização do mesmo evento, agindo todos com **identidade de propósitos**.” (grifamos)*

Em um segundo plano de associação, temos o artigo 288 do Código Penal, que define como crime a associação de 3 ou mais pessoas “para o fim específico de cometer crimes”. Este artigo, inclusive, foi alterado pela Lei 12.850/2013 no número de integrantes, tamanho do aumento de pena e inclusão da participação de menor de idade como causa de aumento de pena. De todo modo, o segundo pressuposto é, sem dúvida, o menos polêmico.

Ainda na questão probatória, é notável a falta de segurança oferecida pela Lei – tanto ao delator quanto ao investigador – por meio processual. O próprio modo de celebração do acordo é passível de críticas.

⁴²CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** Parte geral. 3ª Edição. Editora JusPodivm, Salvador, 2015.P. 357.

Trata do tema Rogério Sanches Cunha⁴³:

“é que de nada adiantará ao agente celebrar um acordo com o Ministério Público ou com a polícia sem que conte com a certeza de que, mais à frente, ser-lhe-á concedido algum benefício. Já ocorreu, conquanto não seja regra, que premido por uma prisão e tomado de surpresa com tal medida, o colaborador firme pacto de delação com o Ministério Público, obtendo, com isso, sua liberdade. Ocorre que a efetivação concreta desse acordo é tarefa exclusiva juiz (sic), a quem sabe, na sentença, conceder o perdão judicial ou a redução de pena (ou sua substituição). É verdade que a lei em tela amenizou um pouco esse risco ao prever no § 10 abaixo, a possibilidade de retratação do acordo. De qualquer forma, o compromisso, ainda que verbal, de que o acordo será honrado, é mesmo fundamental”.

Discordamos da posição do autor quando afirma que basta compromisso de honrar acordo verbal para efetivar a delação premiada. O rito para validação de tal acordo é precário do ponto de vista processual, convertendo órgão investigador em parte processual e dispensando participação do juiz, a não ser para homologar o acordo. Permitir que o réu assuma o risco de que mero assentimento verbal – não registrado por excelência – será sua garantia do benefício possível mediante delação beira a candura.

Vislumbrando uma possível solução, quiçá mais solidamente fundamentada no modelo anglo-saxão, surge a hipótese da *negociação*. Todavia, nosso ordenamento é cristalino ao vetá-la, não permitindo ao Ministério Público a autonomia necessária para transacionar as condições da ação penal.

Diz o Desembargador Doorgan Andrada⁴⁴, em entrevista sobre o tema:

“Eventuais benefícios penais fora do texto da lei ferirão os sagrados princípios da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

(...)

⁴³CUNHA, Rogério Sanches; PINTO Ronaldo Batista. **Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)**. Editora Atlas. São Paulo, 2014. P. 71.

⁴⁴ ANDRADA, Doorgan. **A delação premiada tem limites na Lei nº 12.850/2013 e não se confunde com o pleabargaining**. Revista Justiça & Cidadania, Edição 175. P. 48. Editora JC. Rio de Janeiro, março de 2015.

Assim o Ministério Público, embora seja o titular da ação penal, a persecução penal se submete aos princípios da Indisponibilidade e Indivisibilidade e não poderá, com base na Lei 12.850/2013, dispor da obrigatoriedade da denúncia, ou seja, a delação premiada não permite negociar o não oferecimento da peça penal exordial.

Esta é uma das muitas limitações dadas pela nossa tradição jurídica. O modelo de delação premiada buscou fora desta tradição algumas soluções que, por sua própria natureza, não inaplicáveis em todo o seu vigor à legislação pátria, restando uma mera sombra da real eficácia destes institutos.

CONCLUSÃO

Após a pesquisa doutrinária e análise do texto legal, fica evidente que a Lei 12.850/2013 está longe de um ideal garantista, apresentando traços inquisitoriais e integrando ao ordenamento jurídico brasileiros elementos externos desprovidos do necessário manto de adequação. É dizer que há uma espécie de *contrabando* de figuras jurídicas - cabendo analogia com a ilegalidade do produto contrabandeado – que são externas ao nosso vínculo tradicional romano-germânico ou a mais recente tradição penal brasileira propriamente dita. É compreensível o esforço legislativo, uma vez que este esboço de novos métodos de investigação e produção de provas podem agradar aos intérpretes da Lei, ainda que estes não consigam aplicar concretamente o conteúdo alienígena.

A Lei não peca apenas por esta intenção. Possui caráter inquisitório em certos trechos, como naquele em que obriga o delator a abrir mão do silêncio ou naquele outro em que o delegado investigador pode agir como parte, propondo o acordo de delação premiada. É vasto o conteúdo criticável do texto legal, não tendo ele sido exaurido nesta obra.

Deixando de fora uma análise pormenorizada de casos de grande repercussão que se utilizam dos instrumentos dispostos na Lei de Organização Criminosa, fecha-se um universo de críticas possíveis. Mas, concomitantemente, há um ganho ao não vincular o escrito com um punhado de casos que, embora de imensa importância, podem ainda ser objeto de alegações de nulidade, suspeição, recursos etc. que alterem sensivelmente o modo com o qual foi aplicada a Lei 12.850/2013.

O reforço argumentativo trazido pelos doutrinadores de outrora é perturbadoramente atual. As críticas feitas na Itália e Alemanha do Século XIX ao modo de inquirição da testemunha interessada ainda se sustentam praticamente sem alterações. Este elemento evidencia o dilema ético que aqui foi tratado: pode o estado oferecer uma benesse para extrair a verdade que busca? Se sim, até que ponto este ato contamina a verdade entregue?

Conquanto as respostas para estes questionamentos estejam longe de serem absolutas, a discussão deve perdurar de modo a não se perder de vista que a delação premiada nos moldes atuais não é a salvação do Estado no combate aos grupos criminosos das mais diversas estirpes. É um instrumento em fase de experimentação, de teste dos limites de uso, de consolidação da forma, auxiliado, agora, por uma Lei que congrega seus elementos procedimentais. Não se buscou demonizar o texto normativo, mas apontar algumas de suas limitações mais graves, que certamente ultrapassam os limites do aceitável dentro de nosso ordenamento jurídico-normativo.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. 3ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª Edição. Editora JusPodivm. Salvador, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO Ronaldo Batista. **Crime organizado – Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)**. Editora Atlas. São Paulo, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado** Comentário à Lei de Combate ao Crime Organizado. Lei nº 12.850/2013. 2ª Edição. Editora JusPodivm, Salvador, 2014.

GRECO, Vicente Filho. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.

NUCCI, FRANCO. Guilherme de Souza e Alberto Silva. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal – Leis Penais Especiais I**. 1ª Edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** Parte geral. 3ª Edição. Editora JusPodivm,. Salvador, 2015.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 5ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Crime organizado: uma categoria frustrada*. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Revan. Rio de Janeiro, 1996.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e Castigo**. 6ª Edição. Editora 34. São Paulo, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino de. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 6ª Edição. Editora Bookseller. Campinas, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

Parecer do Ministro Gilson Dipp nos autos da Lava Jato. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-07/delacao-youssef-invalida-afirma-ex-ministro-gilson-dipp>. Acessado em 02/06/2015, às 22:28