

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

ADRIANE ALMEIDA CAMPOLINO

Rio de Janeiro

2018 / 1º SEMESTRE

ADRIANE ALMEIDA CAMPOLINO

**O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompílio da Hora.

Rio de Janeiro

2018 / 1º SEMESTRE

A198i Almeida Campolino, Adriane
O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS / Adriane Almeida Campolino. -- Rio
de Janeiro, 2018.
61 f.

Orientador: Nilo Cesar Martins Pompilio da Hora.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. PRINCIPAIS CONTORNOS DA DELAÇÃO PREMIADA. 2.
PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO. 3. A DELAÇÃO
PREMIADA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. I.
Martins Pompilio da Hora, Nilo Cesar, orient. II.
Titulo.

ADRIANE ALMEIDA CAMPOLINO

**O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompílio da Hora.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Nilo Cesar Martins Pompílio da Hora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018 / 1º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

De outra forma não posso começar, senão agradecendo a Deus. Sem a força que n'Ele encontro, não seria possível nem mesmo entrar na Faculdade Nacional de Direito.

Agradeço aos meus pais, Celia Regina e José Maurício, por todo o apoio dado a mim durante esses cinco anos cansativos da minha vida. Foram muitas incertezas ao longo desses anos, que sem a sua ajuda e incentivo - cada um ao seu modo, mas não menos importante – não seria possível seguir até o fim.

De maneira geral, agradeço a todos os meus familiares e amigos, por sempre acreditarem na minha capacidade, ainda que, em diversos momentos, eu mesma não acreditasse. Obrigada, também, pela compreensão em todos os eventos que faltei por causa dos estudos.

As minhas grandes amigas de faculdade, Jaqueline, Lais e Leticia por todos os anos de convivência, por todas as conversas, risadas, surtos e choros. Eu não imagino companhias melhores do que vocês para tornar todos esses períodos menos desgastantes. Levo vocês pra sempre na minha vida e no meu coração.

À minha amiga do ensino médio e depois veterana, Marianna, por sempre estar disposta a me ouvir e aconselhar. E aos meus veteranos que se tornaram amigos, Paola e Vinícius, pela paciência em solucionar minhas dúvidas na elaboração dessa monografia.

Agradeço, ainda, à minha psicóloga Jacqueline, por toda ajuda na superação das minhas angústias.

Por fim, ao professor Nilo, que, durante a orientação, me deu calma quando eu mais precisei.

RESUMO

CAMPOLINO, Adriane Almeida. O Instituto da Delação Premiada no Ordenamento Jurídico Brasileiro à Luz dos Princípios Constitucionais. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto da delação premiada, sobretudo se ele viola algum princípio ou garantia constitucional. Nesse contexto, será realizada uma breve análise dos seus principais contornos. Em seguida, são apresentados os institutos equivalentes no Direito Comparado, com ênfase no Italiano e no Norte-Americano, que serviram de inspiração para o legislador brasileiro. Também serão analisadas todas as legislações do ordenamento jurídico brasileiro que tratam do instituto, traçando um panorama histórico, demonstrando a existência de conflito de normas e expondo como isto pode ser superado do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial. Por fim, serão observados os princípios e garantias constitucionalmente previstos que acabam sendo violados quando da aplicação do instituto, refletindo sobre qual seria a forma mais legítima de aplicá-lo e interpretá-lo.

Palavras-Chave: Delação Premiada; Limites Legais; Justiça Penal Negocial; Princípios Constitucionais; Direito Processual Penal.

ABSTRACT

CAMPOLINO, Adriane Almeida. The Institute of “Delação Premiada” in the Brazilian Legal System in Ligth of the Constitucional Principles. 61 p. Monograph (Law Graduation) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

This study aims to analyze the institute of “Delação Premiada”, especially if it violates principles or constitutional guarantees. In this context, will be carried out a brief analysis of its main contours. Next, the equivalent institutes in Comparative Law are then presented, with emphasis on Italian and North American, which served as inspiration for the Brazilian legislator. It will also analyze all the laws of the Brazilian legal system dealing with the institute, tracing a historical panorama, demonstrating the existence of conflict of norms and exposing how this can be overcome from the doctrinal and jurisprudential point of view. Finally, we will observe the principles and guarantees constitutionally foreseen that end up being violated when applying the institute, reflecting on what would be the most legitimate way of applying and interpreting it.

Keywords: “Delação Premiada”; Legal Limits; Negotial Criminal Justice; Constitutional Principles; Procedural Criminal Law.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	9
2. PRINCIPAIS CONTORNOS DA DELAÇÃO PREMIADA	12
2.1. CONCEITO	12
2.2. NATUREZA JURÍDICA	14
2.3. REQUISITOS	17
2.4. FASES	20
3. DO DIREITO COMPARADO	25
3.1. NO DIREITO COMPARADO ESPANHOL	26
3.2. NO DIREITO COMPARADO ALEMÃO	27
3.3. NO DIREITO COMPARADO COLOMBIANO.....	28
3.4. NO DIREITO COMPARADO ITALIANO	28
3.5. DO DIREITO COMPARADO NORTE-AMERICANO	31
4. PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO.....	35
5. A DELAÇÃO PREMIADA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	45
5.1. DOS DIREITOS DO COLABORADOR.....	46
5.2. DO DEBATE ACERCA DA COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA DELAÇÃO PREMIADA.....	48
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57

1. INTRODUÇÃO

A expansão do chamado Direito Penal Premial - estudo do Direito Penal focado nas normas que concedem benefícios para àquele que cometeu delito, mas colaborou para sua investigação - é forte tendência no campo jurídico-criminal brasileiro. Uma de suas principais modalidades é a delação premiada, instituto que vem sendo amplamente aplicado no Brasil como um instrumento de política criminal, diante da fragilidade estatal em reprimir a criminalidade.

Conforme Walter Bittar, a delação premiada seria:¹

Instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer sem qualquer tipo de coação).

Imperioso dizer que a delação premiada é alvo de inúmeras críticas e controvérsias que abarcam tanto sua harmonização ao sistema processual penal, quanto sua compatibilização com a própria Constituição Federal de 1988, principalmente pelo fato de encontrar previsão em leis esparsas que dificultam a delimitação do seu alcance. Nem mesmo sua natureza jurídica foge deste cenário.

De fato, a principal função da delação premiada é obter informações úteis acerca do cometimento de um crime através da confissão do ilícito por um integrante do grupo criminoso que também aponta quem são os outros envolvidos na conduta delitiva.

Para tanto, o aplicador do direito deve conceder benefícios ao réu delator que contribuiu de forma voluntária e eficaz com o processo criminal, podendo, inclusive, conceder a extinção da punibilidade, o que demonstra uma fragilidade estatal e até mesmo desrespeito a certos princípios constitucionais conquistados historicamente.

¹BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

Ademais, convém esclarecer que o instituto da delação premiada encontra previsão em diversos diplomas legais brasileiros, vigentes e não vigentes, a saber: Código Penal; Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos e Equiparados); Lei nº 9.034/95 (Antiga Lei de Organizações Criminosas); Lei nº 7.492/86 (Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional); Lei nº 8.137/90 (Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo); Lei nº 9.613/98 – (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro); Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas); Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas e Afins), que substituiu a Lei nº 10.409/02; e, Lei nº 12.850/13 (Nova Lei de Organizações Criminosas).

Há que se ressaltar, ainda, que a delação premiada não é um instituto presente apenas no ordenamento jurídico brasileiro e, muito menos, mecanismo inovador para enfrentar uma “nova criminalidade”, tendo sido previsto em inúmeros ordenamentos, com destaque para os ordenamentos dos Estados Unidos e Itália que serviram de inspiração para o Sistema Processual Penal Brasileiro, demonstrando ser, também, forte tendência no cenário jurídico internacional.

Não obstante, não há dúvidas de que a delação premiada está atrelada, ao menos no Brasil, à ideia de ineficiência estatal, funcionando como um “sistema de trocas” entre Estado e delator. Por este motivo, muitos são os que discutem sua constitucionalidade, defendendo a sua não aplicação.

Logo, a fim de que seja garantida a constitucionalidade, bem como a legalidade dos procedimentos do instituto e a segurança jurídica entre as partes da delação, principalmente do delator e delatado, revela-se imperioso uma regulamentação mais detalhada quanto ao tema para que se resguarde, inclusive, a validade dos acordos com o Estado.

É com vistas a isso, que este trabalho se propõe, além de traçar os principais contornos do instituto, refletir sobre o procedimento seguido quando de sua aplicação, em confronto com os princípios e garantias constitucionalmente previstos, especialmente, o contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e vedação à autoincriminação.

Apesar de a legislação atual significar enorme avanço no Direito Processual Penal brasileiro - com ênfase na edição da Lei nº 12.850/13 que disciplinou mais cuidadosamente o procedimento legítimo a ser seguido -, ainda existem lacunas a serem preenchidas, função que vem sendo exercida tanto pela doutrina como pelos tribunais. Levando em consideração a complexidade do tema proposto, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial foi técnica primordial no desenvolvimento deste trabalho.

2. PRINCIPAIS CONTORNOS DA DELAÇÃO PREMIADA

Neste primeiro capítulo serão apresentadas noções gerais sobre o instituto em análise, tais como seu conceito, natureza jurídica, fases principais e outros temas conexos.

Para tanto, não se pode esquecer que o referido instituto, segundo apontam alguns doutrinadores, é espécie do Direito Penal Premial que encontra previsão em diversas leis esparsas do ordenamento jurídico brasileiro, tendo surgido como forma de combater o avanço da criminalidade.

2.1. CONCEITO

De início, faz-se mister abordar, mesmo que em traços gerais, a divergência doutrinária quanto a correta denominação do instituto para que possamos abordar outros pontos. Destarte, as questões que serão levantadas aqui se restringem em esclarecer se, de fato, há diferença entre delação premiada e colaboração premiada, sendo tema delicado e controvertido para a doutrina.

Parte da doutrina sustenta que existe diferença entre os dois termos e que não seria correto igualá-los devido as particularidade de cada um. Para esta parte da doutrina, delação premiada é apenas uma das espécies do gênero que é a colaboração. Ou seja, colaboração premiada seria um termo mais abrangente que englobaria não só a delação premiada, como também a colaboração para libertação, colaboração para localização e recuperação de ativos e a colaboração preventiva.

De outro lado, temos doutrinadores que defendem não existir diferença alguma entres os dois termos, sendo sinônimos. Para tanto, sustentam que as legislações que tratam do instituto não trouxeram qualquer diferenciação e que existira apenas uma preferência conceitual e estética textual para a adoção de um dos termos, uma vez que o nome “delação” carrega uma carga negativa de ordem ideológica e ética.

A despeito de toda discussão, ao longo do texto serão utilizados os dois termos como sinônimos. Livre de qualquer significado negativo.

Segundo Bitencourt e Busato²:

A colaboração premiada, ou colaboração processual, ou ainda, delação premiada (os primeiros termos, eufemísticos, visam disfarçar certa conotação antiética que a conduta em questão possui) consiste na redução da pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a total isenção de pena) para o delincente que delatar os seus comparsas, concedida pelo juiz na sentença, desde que satisfeitos os requisitos que a lei estabelece.

Logo, a delação premiada não se confunde com o instituto da confissão espontânea, já que nesta não há a incriminação de outra pessoa, mas tão somente a confissão de participação no ato delituoso.

De forma mais acertada, conceitua o doutor em Ciências Criminais Walter Bittar³:

Instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer sem qualquer tipo de coação).

Nessa esteira, é evidente que se exige uma participação do delator na mesma conduta delituosa atribuída aos delatados porque, caso contrário, será considerado mera testemunha ou informante.

Nas palavras de Mendonça⁴:

Portanto, a colaboração premiada pode ser definida como a eficaz atividade do investigado, imputado ou condenado de contribuição com a persecução penal, seja na prevenção ou na repressão de infrações penais graves, em troca de benefícios penais, segundo acordo formalizado por escrito entre as partes e homologado pelo juízo.

Ademais, por ser um tipo de justiça penal negocial, exige-se a presença de duas características básicas: a concessão e o benefício. A concessão é marcada pela renúncia a certos recursos processuais e a alguns direitos – assunto que será aprofundado em outro

²BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115.

³BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

⁴MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, vol. 04, 2013. p. 4.

capítulo. Já o benefício é marcado, principalmente, pela redução de pena, podendo chegar até mesmo na sua completa extinção.

2.2. NATUREZA JURÍDICA

Imperioso dizer que a natureza jurídica da delação premiada é outro tema controvertido na doutrina brasileira. De um lado, temos autores que afirmam que o instituto possui natureza dúplice, ou seja, é ao mesmo tempo confissão em relação ao delator e prova testemunhal em relação aos delatados⁵. De outro lado, temos autores que defendem não poder ser o colaborador considerado tecnicamente como testemunha, uma vez que possui interesse no processo⁶. Desse modo, o instituto assumiria natureza *sui generis*⁷ porque, de acordo com essa visão, não há uma regulamentação de procedimento próprio da delação, sendo aplicadas as regras do Código de Processo Penal para interrogatório, confissão e testemunha.

Aos que defendem a natureza dúplice, o ilustre mestre Valdez Pereira⁸ critica:

Do ponto de vista técnico, é incorreto estender o tratamento jurídico do testemunho, da confissão, ou de qualquer outro meio de prova a esse tipo de declaração, sem cautelas prévias. Isso porque não se está diante de testemunha, qualificada como terceiro alheio ao objeto do processo, mas sim, diante de alguém com relação direta aos fatos imputados, portanto, com interesse não só por ser sujeito processual, como também, pela expectativa de prêmio. E também não se está diante de confissão pura e simples; as declarações desfavoráveis a terceiros não se podem localizar no núcleo de relevância do gênero confissão; a sua natureza jurídica é diversa, havendo imputação direta de fatos a terceiros; deste modo, a valoração desse objeto de prova não pode desconsiderar essas circunstâncias a seguir explicitadas.

Merece especial destaque os ensinamentos de Mendroni acerca da natureza jurídica mista do instituto⁹:

Antes de nada é preciso ter em consideração que ela tem natureza jurídica anômala de um “acordo”. Isto porque, apesar de as 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 de homologação

⁵GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 161.

⁶BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 314.

⁷BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 189.

⁸PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 187-188.

⁹MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148-149.

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.

Nota-se que, em prol da preservação da imparcialidade objetiva¹⁰ do juiz, este não deve se envolver nas tratativas da delação porque eventual frustração destas implica na desconsideração ou descarte de todo seu conteúdo e, caso o juiz tivesse participação anterior à homologação, dificilmente conseguiria não se ater a todo o conteúdo que já tinha sido colhido.

O Supremo Tribunal Federal tem importante papel em relação à natureza da colaboração premiada, já que suas jurisprudências preenchem as lacunas legislativas existentes.

Os julgados mais recentes do STF (cf., por ex., Pet. 5.700, Rel. Min. Celso de Melo, DJe 24.09.2015; Inq. 4.130 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3.02.2016; e, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 4.02.2016) firmaram o entendimento de que a delação premiada seria mero instrumento de obtenção de prova¹¹. Contudo, é importante ressaltar que ao firmar esse entendimento, o STF reconhece a colaboração premiada como negócio jurídico processual, ou seja, restritivamente como acordo firmado entre o acusado e o Estado, não se confundindo com os depoimentos que podem ser prestados pelo colaborador em juízo, uma vez que estes, sim, são considerados meios de prova e não mero instrumento de obtenção de prova.

Nesse sentido, o Rel. Min. Dias Toffoli em seu voto no HC 127.483:

Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

¹⁰De acordo com Badaró: “a imparcialidade é denominada “objetiva” justamente porque deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo.”. (BADARÓ, 2014)

¹¹O Pleno do Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, em 27 de agosto de 2015, com acórdão publicado no Diário de Justiça em 04 de fevereiro de 2016, entendeu que a Colaboração Premiada tem natureza jurídica de veículo de produção probatória, porquanto, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de provas que a endossem. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

Nessa perspectiva, é de se esclarecer a distinção entre “meio de prova”, “meio de obtenção de prova” e, até mesmo, “elemento de prova”.

Quando nos referimos a “meio de prova”, estamos nos referindo àquilo que diretamente introduz o elemento de prova no processo, é algo que o juiz pode diretamente utilizar no julgamento. Exemplos de “meio de prova” são o interrogatório, acareações, perícias e a oitiva das testemunhas.

Por “meio de obtenção de prova”, entende-se que são os meios de investigação que não trazem o elemento direto para o juiz, isto é, tudo aquilo que serve para investigar e abrir caminhos ao juiz, não o convencendo diretamente por estarem, em grande parte, fora da instrução judicial. Como exemplos de “meio de obtenção de prova” temos a interceptação telefônica, quebras de sigilos bancário ou fiscal e a busca e apreensão.

Já no que diz respeito ao “elemento de prova”, temos que este se trata da informação de verdade utilizada no convencimento do juiz e que serve para fundamentação da sua decisão. São dados objetivos que confirmam ou negam uma afirmação¹², sendo exemplos disso a confissão e o depoimento.

Feitos esses esclarecimentos, é imprescindível o que ensina Valdez Pereira¹³:

É possível já concluir como o acordo de colaboração premiada, ou o negócio jurídico processual materializado no acordo previsto no §6º do art. 4º da Lei 12.850, não é, de fato, “meio de prova”, por motivos óbvios, mas também não se trata, propriamente, de “meio de pesquisa ou obtenção de prova”, uma vez que a sua concretização ou realização não irá permitir que seja inserido no procedimento nenhum dado ou elemento com capacidade probatória. Em outras palavras, pela formalização do acordo de colaboração premiada não se adquirem coisas materiais, traços, indícios ou declarações dotadas de potencialidade probatória relacionada ao objeto de imputação.

Desta forma, percebe-se que o STF simplifica, e muito, o instituto, por isso o entendimento quanto a sua natureza firmado no referido tribunal se mostra genérico demais diante da complexidade do mecanismo de justiça negocial em estudo.

¹²MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 307.

¹³PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada*, cit., p. 191.

Por fim, necessário trazer a baila as observações de Dutra Santos acerca do tema e defendendo a natureza mista do instituto, ou seja, tanto material quanto processual:

Materialmente a delação premiada pode traduzir:

- a) Perdão judicial, atuando como causa extintiva da punibilidade, *ex. vi* do art. 4º, caput, da Lei nº 12.850 (crime organizado), do §5º do art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), do art. 87, caput e parágrafo único, da Lei nº 12.529/11 (crimes relacionados à prática de cartel), além do art. 13 da Lei 9.807/99, que é o diploma legal reitor do tema;
- b) Causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando o objeto da *delatio* for organização criminosa ou lavagem de dinheiro;
- c) Causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, também se estiver relacionada com o crime de lavagem de capitais, ou de progressão do regime, em se tratando de organização criminosa, considerado o art. 4º, §5º, da Lei nº 12.850/13;
- d) Causa de redução da pena, sempre na fração de um a dois terços, presente em todas as hipóteses de delação premiada, exceto a pertinente à organização criminosa, em que o redutor é de até dois terços, não garantindo de antemão qualquer fração reducional mínima;
- e) Causa de exclusão ou de atenuação dos efeitos da sentença penal condenatória, conforme entendeu o Pleno do Supremo, à unanimidade, no julgamento do mencionado HC nº 127.483, em 27 de agosto de 2015.

Sob o ângulo processual, a seu turno, inexistente incompatibilidade em vislumbrá-la, simultaneamente, como direito público subjetivo do acusado de um lado, e meio de formação de provas, do outro (e estritamente como meio de prova, considerado, tão só, o depoimento do delator), porquanto são perspectivas distintas do mesmo instituto¹⁴.

Com isso, a melhor doutrina é a que afirma que o referido instituto possui natureza mista, uma vez que a colaboração premiada é um fenômeno complexo de várias fases, possuindo cada uma delas natureza probatória diferente.

2.3. REQUISITOS

A principal legislação do ordenamento jurídico brasileiro a tratar com mais cuidado do assunto foi a Lei nº 12.850/2013, que em seu art. 4º, §1º¹⁵, prevê que deve ser levada em consideração a personalidade do colaborador, bem como a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, e, ainda, a eficácia da colaboração.

¹⁴DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Jus PODIVIM, 2016. p. 85-87.

¹⁵Art. 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:

(...)

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Tendo em vista os princípios republicanos inerentes ao Estado Democrático de Direito, exigir como requisito a personalidade do colaborador é inconsistente, conforme critica Bitencourt e Busato¹⁶:

Conquanto se possa entender perfeitamente as razões que levam o legislador, ao fixar a pena, a tomar em conta os requisitos de ordem subjetiva, em obediência ao princípio da culpabilidade, nos casos de *colaboração premiada* isto parece um complete disparate, assumindo ares de um direito penal do autor, incompatível com o direito penal do fato e da culpabilidade recomendado em um Estado Democrático de Direito. É que aqui não se está *individualizando pena*, mas sim, considerando as possibilidades, necessidades e oportunidades relacionadas à produção de prova, em um formato de *plea bargaining*, ou seja, das possibilidades de negociação que produzam resultados objetivos para o processo. A obrigação de levar em conta a *personalidade do colaborador* é absurda! O que importa, neste caso, são os resultados produzidos segundo variáveis objetivas. Assim, efetivamente são relevantes as circunstâncias, a gravidade, a repercussão do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Segundo o entendimento do STF, o colaborador para fazer jus às benesses deve prestar o acordo de colaboração de forma eficaz e voluntária, considerados como requisitos da colaboração. Vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PROCESSUAL. EXCESSO DE PRAZO JUSTIFICADO. PARÂMETRO DA RAZOABILIDADE. PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE DELAÇÃO PREMIADA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE COM O WRIT. 1. Clara indicação da existência de organização criminosa integrada pelo paciente, a revelar a presença da necessidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública. 2. Fundamentação idônea à manutenção da prisão processual do paciente, não tendo o magistrado se limitado a afirmar que a prisão seria mantida apenas em razão do tipo de crime perpetrado pelo paciente. Inocorrência de violação ao art. 93, IX, da Constituição da República. 3. Complexidade do processo, com pluralidade de réus (além do paciente), de testemunhas, além de imputações a respeito de fatos graves, como formação de quadrilha para a prática de crimes contra o patrimônio, porte de armas de uso proibido ou de uso restrito, furtos qualificados, entre outros. 4. Desde que devidamente fundamentada e com base no parâmetro da razoabilidade, é possível a prorrogação dos prazos processuais para o término da instrução criminal de caráter complexo (HC 71.610/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.03.2001; HC 82.138/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2002; HC 81.905/PE, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ 16.05.2003), como ocorreu no caso em questão. 5. Não-incidência do art. 13, da Lei nº 9.807/99, em favor do paciente. **A efetiva e voluntária colaboração de agente do crime para a investigação e processo penal deve resultar na identificação dos co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com integridade física preservada ou na recuperação total ou parcial do produto do crime (grifos nossos).** 6. Na estreita via do habeas corpus, não há condições de se valorar os elementos colhidos durante a fase policial, bem como aqueles obtidos durante a instrução processual, **somente podendo o juiz da causa aferir a incidência (ou não) da causa de extinção da punibilidade do agente consistente no perdão judicial (grifos nossos).** 7. Ordem denegada. (HC 89847, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em

¹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013. op. cit. p. 125-126.

10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-03 PP-00420)

Como dito acima, a eficácia da colaboração é essencial para que o colaborador possa ser beneficiado com os prêmios legais. Assim, os incisos do já mencionado art. 4º da Lei 12.850/2013 trazem cinco resultados que devem ser efetivamente atingidos, mas não necessariamente de forma concomitante, bastando alcançar apenas um deles¹⁷.

O primeiro resultado está inserido no inciso I daquele artigo, que é a “identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações por eles praticadas”. Isto é, deve haver a identificação das pessoas e, também, a identificação de cada uma das infrações cometidas, caso contrário, o acordo está inviabilizado.

O inciso II traz o segundo resultado que não necessita de demais explicações, a saber: “a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”.

O terceiro resultado, previsto no inciso III, é “a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa”. Nesse ponto, o legislador se referiu a informação prestada pelo delator de qualquer natureza, desde que capaz de prevenir novas infrações pela mesma organização.

O penúltimo resultado previsto no inciso IV é “a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”. De acordo com Bitencourt e Busato, “trata-se evidentemente, de um *resultado* não relacionado com a atividade criminosa em si, mas sim, com o seu exaurimento”¹⁸.

¹⁷Eduardo Araújo da Silva distingue corretamente efetividade de eficácia nos seguintes termos: “Não há que se confundir, pois, efetividade das declarações prestadas com a sua eficácia: é possível que o colaborador preste auxílio efetivo às autoridades, esclarecendo os fatos de seu conhecimento, atendendo a todas as notificações e participando das diligências necessárias para a apuração do crime, sem que, contudo, tal empenho possibilite os resultados exigidos pelo legislador”. DA SILVA, Eduardo Araújo. Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei no 12850/13, p. 58. O autor coloca a efetividade da colaboração como um dos requisitos da colaboração, ao lado da eficácia. Segundo nos parece, a efetividade da colaboração está implícita na sua eficácia da colaboração e nas circunstâncias subjetivas favoráveis.

¹⁸BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. op. cit. p. 127.

Por último, o quinto resultado previsto no inciso V do art. 4º da Lei 12.850/2013 é “a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”, que, evidentemente, só é cabível em crimes com vítima identificada e não localizada.

A delação premiada deve preencher, ainda, outro requisito, previstos no próprio caput do art. 4º da mesma lei, que é o da voluntariedade do colaborador.

A delação deve ser voluntária na medida em que é considerada isenta de qualquer coação moral, física ou de promessa de vantagens ilegais, bem como produto do sua vontade de abandonar o empreendimento criminoso. Logo, não é necessário que seja espontânea, visto que a ideia inicial não precisa partir do colaborador.

Para tanto, é primordial que o colaborador esteja acompanhado e assistido pelo advogado em todos os atos de negociação, confirmação e execução, como estipula o legislador¹⁹, havendo, inclusive, controle judicial acerca da sua voluntariedade como prevê o §7º do já mencionado art. 4º²⁰. É o que Antonio Scarance Fernandes²¹ chama de “dupla garantia”, proporcionando maior segurança ao colaborador quanto as possíveis implicações penais, processuais e pessoais do seu ato.

2.4. FASES

A grande inovação trazida com a promulgação da Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) foi a preocupação em disciplinar a parte processual do instituto objeto do nosso estudo. De modo inédito, o legislador introduziu o regime procedimental da delação premiada, diminuindo a insegurança até então existente por ter melhor disciplinado quais são os direitos e garantias dos envolvidos.

¹⁹ Art. 4º: (...)

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

²⁰ Art. 4º: (...)

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 283.

Importante dizer que, ainda que se observe todo o procedimento previsto, não significa, por si só, a correção do resultado, constituindo tão somente o melhor meio de obtê-lo²².

A colaboração pode ser feita a qualquer tempo, o que demandaria maiores explicações que não fazem parte do objeto principal desse estudo. Por esse motivo, abordaremos apenas o procedimento-modelo utilizado nas delações e que é marcado por fases.

A primeira fase é a da negociação, marcada pelos primeiros contatos e tratativas até a formalização do acordo.

Como preceitua o art. 4º, §6º da Lei 12.850²³, as negociações para a formalização do acordo de colaboração podem ser feitas tanto com o Delegado de Polícia quanto com o membro do Ministério Público de um lado e do outro, com o investigado e seu defensor. Embora o acordo possa ser feito pelo Delegado de Polícia, o Ministério Público deve se manifestar nesses casos como prevê a lei.

Nesse sentido, Mendonça defende que²⁴:

Embora a Lei tenha feito menção à possibilidade de o Delegado de Polícia realizar a colaboração, esta somente deve ser admitida se com a participação ativa do membro do Ministério Público. Como titular exclusivo da ação penal pública, por decorrência constitucional (art. 129, I, da CF), não pode ser aceito um acordo feito pela Polícia sem a participação ativa do MP. A vinculação do MP pelo acordo do Delegado seria, por vias transversas, a Autoridade Policial vincular o exercício das funções acusatórias em juízo, conforme lembra Eduardo Araújo da Silva. Assim, não nos parece possível a homologação de acordo que não tenha a efetiva participação do membro do MP ou, ao menos, a sua concordância. Nada impede que o MP ratifique o acordo feito, devendo ter cautela apenas em verificar a voluntariedade do agente. Porém, caso o Delegado realize acordo e o membro do MP manifeste-se em contrário, somente caberá ao juiz, caso concorde com o Delegado, aplicar o art. 28 do CPP. Não poderá homologá-lo nesse caso.

²²FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. op. cit. p. 38/39.

²³Art. 4º: (...)

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

²⁴MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, vol. 04, op. cit. p. 14.

Ainda no que se refere às tratativas, encontra-se uma dificuldade em como chegar a um acordo entre as partes, uma vez que, em um primeiro momento, pode haver uma relação de desconfiança entre o colaborador em potencial e o membro do MP ou Delegado. Para tanto, pode ser realizado um “pré-acordo” no qual o MP ou Delegado deverá se comprometer em não utilizar as provas produzidas antes da concretização do acordo, respeitando o dever de lealdade – decorrente do princípio da moralidade expresso no *caput* do art. 37 da CR – e a inteligência do art. 4º, §10 da Lei de Organizações Criminosas²⁵.

Finda a fase de negociação, temos a formalização do acordo que deve ser realizada através de um termo por escrito, consoante o art. 4º, §7º e art. 6º da Lei 12.850/13²⁶, este último, traz também seu conteúdo mínimo.

Segundo Mendonça, a conversão das negociações em um acordo por escrito proporciona quatro vantagens²⁷:

(i) traz maior segurança para os envolvidos; (ii) estabelece com maior clareza os limites do acordo; (iii) permite o consentimento informado do imputado, assegurando a voluntariedade; (iv) dá maior transparência e permitir (*sic*) o controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral.

Em seguida temos a primeira fase na qual o magistrado tem participação. É a homologação do acordo, momento em que verificará a regularidade, legalidade e voluntariedade do colaborador, sem efetuar juízo de mérito.

²⁵Art. 4º: (...)

§ 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.

²⁶Art. 4º: (...)

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

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

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

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

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

²⁷MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, vol. 04, op. cit. p. 16.

Necessário esclarecer que ao proibir a participação do juiz na fase de negociações no já citado §6º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, o legislador buscou preservar sua imparcialidade, especialmente para melhor atuar nessa fase da delação.

Homologado o acordo, temos a chamada colaboração efetiva que é a fase de execução do acordo, na qual o delator irá executar e dar início ao cumprimento às cláusulas do acordo.

Finalmente temos, então, a fase de sentenciamento. Nesta, o mesmo juiz da homologação fica responsável por verificar na prática se o acordo foi cumprido²⁸ e, no caso de uma resposta positiva, fica obrigado a conceder o benefício²⁹. Entretanto, há posições contrárias a esse entendimento por entenderem que o magistrado não pode ficar vinculado, existindo apenas mera expectativa de direitos aos pactuantes³⁰.

Sobre o tema, o STF consolidou a seguinte posição:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELAÇÃO PREMIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELO JUÍZO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A garantia de fundamentação dos provimentos judiciais decisórios (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. A necessidade de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebida na reforma penal de 1984. Tanto que a ela o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao tratar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade. 3. Na concreta situação dos autos, o magistrado não examinou o relevo da colaboração do paciente com a investigação policial e com o equacionamento jurídico do processo-crime. Exame, esse, que se faz necessário para determinar o percentual de redução da reprimenda. Noutros termos: apesar da extrema gravidade da conduta protagonizada pelo acionante, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais fundamentos para embasar a escolha do percentual de 1/3 de redução da pena. 4. **A partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada (art. 14 da Lei 9.807/99) como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a**

²⁸ Art. 4º: (...)

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

²⁹ Segundo Marcos Zilli: (...) uma vez cumpridas todas as obrigações por parte do colaborador, restar-lhe-á um direito subjetivo ao prêmio pactuado. Se este não lhe foi concedido – ou se foi concedido parcialmente – poderá, obviamente, desafiar a decisão pela via recursal. Mas também haverá interesse recursal – senão dever – do Ministério Público. Afinal, ao celebrar o acordo, assumiu este a obrigação de concretizá-lo de perseguir os seus termos. Isso lhe impõe deveres de atuação processual. (ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim do IBCCRIM*, n. 300, novembro 2017, p. 5.)

³⁰ Nesse sentido, Manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA sobre colaboração premiada, p. 9.

retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade. 5. Ordem parcialmente concedida para o fim de determinar que o Juízo processante aplique esse ou aquele percentual de redução, mas de forma fundamentada.

(HC 99736, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00849 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 513-518) (*grifos nossos*)

Esse direito subjetivo do colaborador às sanções premiaias acordadas, novamente foi reconhecido em decisão posterior no HC 127.483/SP³¹, que expressamente recorreu àquele precedente, completando que:

(...) os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.

Ressalte-se que as declarações dadas pelo agente colaborador no acordo, por si só, não são suficientes para a condenação do delatado, devendo ser amparada por outras provas auferidas no processo, em respeito a regra da corroboração exposta no §16 do art.4º da Lei 12.850/13³².

³¹Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=127483&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 24/05/2018.

³²Art. 4º: (...)

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

3. DO DIREITO COMPARADO

A expansão dos mecanismos negociais no Sistema Processual Penal Brasileiro é resultado de uma tendência já observada, há algum tempo, no cenário jurídico internacional. Legisladores de diversos países têm optado por inserir nos ordenamentos pátrios³³ alguma forma de justiça negocial, sendo tal medida até mesmo incentivada por organismos internacionais importantes³⁴.

Como uma das formas de justiça negocial, o instituto da delação premiada se instalou no Sistema Processual Penal Brasileiro graças a forte influência do direito italiano e, principalmente, do direito norte-americano que tem seu sistema processual penal pautado, em grande parte, pela utilização de um instituto denominado de “*plea bargaining*”.

Neste ponto, é essencial trazer os ensinamentos de Dutra Santos³⁵:

A colaboração premiada é um instituto que, ideologicamente, afina-se ao movimento de política criminal Lei e Ordem (Law and Order), de inspiração norte-americana. Foi introduzido maciçamente, no Brasil. Na década de 1990, época em que essa ideologia teve o maior apogeu no País, sobretudo com o advento da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990). É uma das ferramentas do *plea bargaining*, própria a um sistema processual penal inteiramente pautado na barganha, em que a reprimenda aplicada ao agente espelha não necessariamente a efetiva responsabilidade da conduta, e sim a maior ou menor capacidade de negociação com o Estado. No final das contas, a pena imposta ao delator torna-se menor do que a fixada aos demais réus, ainda que a censurabilidade destes últimos seja menor.

É mister esclarecer como os mecanismos negociais característicos do Direito Penal Premial ganharam espaço em cada um dos sistemas jurídicos.

Nos sistemas jurídicos de origem no *common law*, temos como um dos pilares da persecução penal o chamado princípio da oportunidade que pode ser traduzido como sendo o amplo poder conferido ao Ministério Público daqueles países de selecionar e conduzir o

³³Sobre as principais regulamentações da delação premiada em nível internacional, ver: BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara. Breve análise do direito estrangeiro. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 7-30.

³⁴De acordo com Eduardo Silva, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, e ratificada internamente no Brasil através do Decreto 5.015, recomenda que os Estados-partes adotem medidas que encorajem integrantes de grupos criminosos organizados a colaborarem com a justiça criminal (SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*, cit., p. 54).

³⁵DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. *Colaboração (Delação) premiada*. Salvador: Jus PODIVIM, 2016, p. 27.

processo penal, motivo pelo qual pode-se dizer que os mecanismos capazes de facilitar a negociação do imputado com a justiça criminal são típicos desse sistema jurídico.

Por sua vez, nos sistemas jurídicos de origem no *civil law*, ou seja, de tradição romano-gêrmanica, os mecanismos negociais, como a delação premiada, foram inseridos com o específico propósito de controlar a criminalidade, devendo estar previsto expressamente no ordenamento jurídico de cada país que adotou esse sistema o incentivo à colaboração processual ou, como afirma Valdez Pereira, deve haver “previsão na *fattispecie* penal da expectativa de benefício ao colaborador, consistente na atenuação, ou mesmo na remissão da pena ao final do procedimento.”

Nesse sentido, dispõe Valdez Pereira³⁶:

A situação é bem diversa nos países de tradição romano-germânica, nos quais, conforme anteriormente mencionado, a introdução do mecanismo de persecução penal embasado na colaboração de um dos envolvidos no fenômeno delituoso não decorre de postulados orientadores do sistema jurídico, mas, sim, de uma necessidade de eficácia no controle à grave criminalidade, com cunho eminente de política criminal.

Ademais, sobre a diferença dos mecanismos negociais nos dois sistemas, Valdez Pereira conclui:

Nos sistemas regidos pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade da ação penal, algum juízo de discricionariedade que, pode reconhecer-se, venha a ser exercido ante a previsão legal do recurso aos arrependidos como técnica de reforço investigativo, será sempre um juízo de “*discrezionalità tecnica rigidamente vincolata*”, em decorrência mesmo do princípio da legalidade. Daí por que dizer-se, no tema dos colaboradores da justiça, que o sistema europeu continental está alinhado ao modelo da premialidade legal, enquanto que o processo de *common law* caracteriza-se essencialmente pela premialidade negocial.

Desta forma, a fim de uma melhor compreensão acerca do instituto da delação premiada, se mostra necessária realizar uma breve abordagem do Direito Comparado, com enfoque maior no estudo dos ordenamentos da Itália e dos Estados Unidos.

3.1. NO DIREITO COMPARADO ESPANHOL

³⁶ PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada, cit., p. 48.

De forma semelhante do que ocorre no Brasil, a colaboração processual encontra previsão nas normas penais e processuais penais do direito espanhol com o intuito de combater as associações ou organizações criminais. Todavia, na Espanha, a previsão da possibilidade de conceder sanções premiaias é dedicada apenas aos crimes de terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e crimes contra a saúde pública, sendo o colaborador chamado de *delicuyente arrepentido*.³⁷

Os benefícios que podem ser concedidos de acordo com o sistema espanhol são tanto os da exclusão da pena como sua atenuação. Para tanto, se exige do colaborador seu abandono voluntário as atividades ilícitas, a confissão de seus atos, a identificação ou a condução direta até a justiça dos demais membros da organização criminosa ou, por último, que este consiga frustrar a consumação do resultado criminoso³⁸. Desta forma, o legislador espanhol reconhece a colaboração de forma preventiva e repressiva, e, como o legislador brasileiro, exige a verificação da eficácia de seus atos para a concessão do prêmio.

3.2. NO DIREITO COMPARADO ALEMÃO

Ainda no continente europeu, o instituto da delação premiada encontra respaldo na legislação alemã com o chamado *Kronzeugenregelung*, ocorrendo quando, de forma voluntária, um dos agentes impede que a associação criminosa tenha continuidade ou, então, a denuncia para a autoridade competente, impossibilitando a consumação de um crime do qual ele tinha ciência, ainda que o resultado não tenha sido obtido por outras circunstâncias que não se podia evitar, uma vez que se busca impedir o cometimento de novos delitos através da apuração ou captura dos outros corréus.³⁹

Assim como no direito brasileiro, poderá ser concedida a diminuição da pena imposta ao agente ou até mesmo sua não aplicação. Somado a isso, também é possível a dispensa da ação penal ou o arquivamento do procedimento já em andamento.

³⁷GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006, p. 107-108.

³⁸VILLAREJO, Julio Diaz-Maroto. Algunos aspectos jurídicos-penales y procesales de la figura del “arrepentido”. Revista Ibero-Americana de Ciências Criminales, ano 1, n. 0, maio/ago. 2000. Apud GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006, p. 107

³⁹GUIDI, op. cit. p. 108-109.

3.3. NO DIREITO COMPARADO COLOMBIANO

Outro país do continente sul-americano que prevê um mecanismo negocial é a Colômbia. Neste país, o direito premial foi criado com o fim de combater especialmente o narcotráfico.

Aquele que voluntariamente delatar os corréus da conduta delituosa através de provas eficazes de suas imputações e que estejam em consonância com os termos da delação, fará jus ao recebimento dos benefícios previstos, até mesmo sem a confissão de seus crimes.⁴⁰

São previstos como benefícios a diminuição da pena imposta, a concessão de liberdade provisória, a substituição da pena privativa de liberdade e sua inclusão no programa de proteção a vítimas e testemunhas dada a provável situação de perigo em que se põe ao auxiliar a justiça na persecução penal.

3.4. NO DIREITO COMPARADO ITALIANO

Inicialmente, é preciso esclarecer o contexto histórico da Itália até o surgimento do instituto do *patteggiamento*, mecanismo de justiça negocial lá utilizado.

No século XIX, teve início um movimento de resistência ao Rei de Nápoles que anos depois ficou conhecido como “Máfia”, uma vez que seus membros começaram a desempenhar atividades criminosas.

Com o intuito de conter o crescimento das organizações criminosas, em 1982, há a instauração da chamada “Operação Mãos Limpas”, culminada com a edição da Lei *misura per la difesa dell ordinamento costituzionale*, que trouxe a possibilidade de extinção da

⁴⁰GUIDI, José Alexandre Marson. Delação Premiada no combate ao crime organizado. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006, p. 109-110

punibilidade para aqueles – chamados de *pentiti* (arrependidos) – que contribuísem com o Estado na contenção das atividades dos mafiosos⁴¹.

Para Eduardo Araújo Silva⁴²:

No direito italiano, as origens históricas do fenômeno dos “colaboradores da Justiça” é de difícil identificação; porém sua adoção foi incentivada nos anos 70 para o combate dos atos de terrorismo, sobretudo a extorsão mediante sequestro, culminando por atingir seu estágio atual de prestígio nos anos 80, quando se mostrou extremamente eficaz nos processos instaurados para a apuração da criminalidade mafiosa. O denominado pentitismo do tipo mafioso permitiu às autoridades uma visão concreta sobre a capacidade operativa das Máfias, determinando a ampliação de sua previsão legislativa e a criação de uma estrutura administrativa para sua gestão operativa e logística (Setor de Colaboradores da Justiça). O sucesso do instituto ensejou, até mesmo, uma inflação de arrepentidos buscando os benefícios legais, gerando o perigo de sua concessão a indivíduos que não gozavam do papel apregoado perante as organizações criminosas.

Insta destacar que, assim como no Brasil, na Itália quem detém o exercício privativo da Ação Penal Pública é o Ministério Público, sendo seu sistema processual penal regido pelo Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, conforme expresso no art. 112 da Constituição da República Italiana e art. 50, *comma* 1, do Código de Processo Penal italiano⁴³.

A justiça negocial italiana possibilita ao réu e ao Ministério Público – partes do processo – transacionarem acerca da reprimenda aplicada e, inclusive, acerca do procedimento ou rito a ser utilizado.

Quanto à negociação do procedimento, esta pode ser realizada pelas partes através do juízo abreviado ou por decreto penal (ou monitório).

O juízo abreviado se dá por iniciativa do réu, na qual ele deve manifestar seu interesse, na fase de audiência preliminar, em ter um julgamento imediato da pretensão acusatória, abdicando de algumas garantias, sendo possível, no caso de condenação, a redução de pena ou sua substituição por outra medida.

⁴¹LESCANO, Mariana Doernte. *A delação premiada e sua (in)validade à luz dos princípios constitucionais*. Dissertação apresentada para conclusão do curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2006. Disponível em: www3.puc.br/pucrs/files/uni/poa/direito/.../tcc/.../mariana_lescani.pdf. Acesso em 24 de abril de 2018.

⁴²SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 79.

⁴³DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. op. cit. p. 51-52.

É o que preleciona Dutra Santos⁴⁴:

O Juízo abreviado tem lugar ainda na fase de audiência preliminar, quando o acusado – a iniciativa é dela – pede o imediato julgamento da pretensão acusatória. O imputado abdica às garantias processuais – contraditório e ampla defesa, principalmente-, aqui esquecendo que o Judiciário dedica a demanda com lastro exclusivo nas peças de informação colhidas na fase investigatória – art. 438, *comma* 1, do CPP. A Corte Constitucional italiana, em 27 de julho de 2001, declarou a constitucionalidade desse procedimento.

De outro lado, o procedimento por decreto penal se dá, também em fase preliminar, só que por iniciativa exclusiva do Ministério Público que, imediatamente, oferece acordo no qual decide pela aplicação de uma pena pecuniária.

Nesse sentido, ensina Dutra Santos⁴⁵:

O procedimento por decreto penal, a seu turno, depende da iniciativa do Ministério Público. Findas as investigações, ainda na fase preliminar, o *parquet* oferece ao Juízo um decreto penal condenatório, consistente na imediata aplicação apenas de uma pena pecuniária (art. 459, *comma*, I, do CPP) ou mínimo legal, reduzindo da metade (art. 459, *comma* 2, do CPP). O decreto igualmente aponta, se for o caso, o civilmente responsável pela reparação do dano à vítima (art. 460, *comma* 2, do CPP).

Importante frisar que em ambos os procedimentos há um controle jurisdicional, contudo, exercido de forma diferente em cada um deles. No procedimento abreviado, o réu é condenado se houver adequado suporte fático, devido à celeridade intrínseca desse tipo de procedimento. Já no procedimento monitório, observa-se um maior controle jurisdicional por ser um “esboço de condenação”. Neste, para que o juiz proceda ao acolhimento ou a rejeição do acordo, deve estar presente a justa causa (indícios suficientes de autoria e materialidade) e, ainda, ausentes as excludentes da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, podendo o silêncio do réu, após sua notificação, importar em sua condenação.

Nesse contexto, temos que o chamado *patteggiamento* nada mais é que o resultado das negociações entre o Ministério Público e a Defesa do imputado sobre qual pena deve ser aplicada. Ou seja, é o acordo propriamente dito.

No que diz respeito aos requisitos do *patteggiamento*, Dutra Santos explica⁴⁶:

⁴⁴DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. op. cit. p. 55-56.

⁴⁵Ibidem. op. cit. 56.

⁴⁶ Ibidem. op. cit. p. 62-63.

Como o *patteggiamento* é fruto da livre e consciente manifestação da vontade do imputado, mostra-se imprescindível que este seja mentalmente saudável e ostente plena capacidade de entendimento e autodeterminação, *ex vi* do art. 446, *comma* 5, do CPP – daí a impossibilidade de transacionar medidas de segurança.

O *patteggiamento* resulta na prolação, em desfavor do réu, de uma sentença penal condenatória, logo é fundamental que haja justa causa (lastro probatório mínimo), sob pena de rejeição pelo juiz – art. 444, *comma* 2, do CPP.

Finalmente, o *patteggiamento* não se reserva a toda e qualquer infração penal, nem tampouco acusado, mostra-se vedado, por exemplo, ao delinquento profissional, habitual e por tendência, na linha do preceituado no art. 444, *comma* 1bis, do CPP.

De forma geral, os benefícios concedidos pela legislação italiana aos colaboradores se limitam, principalmente, no campo dos crimes cometidos contra a segurança nacional e do narcotráfico.

Ademais, restam nítidas semelhanças entre o instituto do *patteggiamento* adotado na Itália e o instituto da delação premiada no Brasil adotado.

3.5. DO DIREITO COMPARADO NORTE-AMERICANO

Inicialmente, é preciso ressaltar que nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre no Brasil, o exercício da Ação Penal Pública pelo Ministério Público – órgão acusador – é pautado pela discricionariedade.

Dessa forma, entende Musso que⁴⁷:

Tamanha discricionariedade conferida aos promotores obedece às razões políticas e utilitaristas: procura-se destacar os delitos irrelevantes, (sic) concentrando-se os esforços da criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no seio social, e, exatamente por isso, é a que interessa combater. Promove-se, de um lado, a despenalização, pontual e casuística, de determinadas condutas que não mais causam repulsa social; de outro, permite-se, através do *plea bargaining*, uma plena individualização da pena.

Pesquisas apontam que, nos EUA, a maior parte dos conflitos criminais é resolvida por meio do *plea bargaining system*. Para se ter uma noção da importância do instituto no Sistema Acusatório norte-americano, até 2015, 97% dos casos criminais eram resolvidos através do *plea bargaining*⁴⁸, sendo mínimo o número de casos processados e julgados perante o Júri.

⁴⁷MUSSO, Rosanna Gambini. *Il processo penale Statunitense, sogetti ed atti*. 2 ed, Torino: GG. Giappichelli Editore, 2001. p.32 (Tradução livre).

⁴⁸NEYFAKH, Leon. *No Deal - Should prosecutors be forced to have their plea bargains approved by juries?* Disponível em <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/crime/2015/04/plea_bargains_should_prosecutors_be_forced_to_have_their_plea_bargains_approved.html>. Acesso em: 26 maio de 2108.

Dada a importância do Ministério Público nos Sistema Processual Penal estadunidense, a Suprema Corte se manifestou no sentido de afirmar que todos os atos praticados pela promotoria gozam de presunção de correção, como afirma Dutra Santos⁴⁹:

A prosecutorial discretion encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, convicta de que a liberdade desfrutada pela promotoria é guiada por referências estritamente técnicas, de modo que os seus atos gozam de presunção de correção.

Antes de adentrarmos em mais detalhes acerca do *plea bargaining*, é preciso esclarecer que o *plea bargaining* não é o acordo em si, mas sim o procedimento negocial. Ao acordo em si é dado o nome de *guilty plea*.

Ao analisar o Sistema Processual norte-americano, verifica-se que é dada três possibilidade ao denunciado: declarar-se culpado e abrir mão de suas garantias fundamentais (*plea of guilty*); declarar-se inocente (*plea of not guilty*); ou, não assumir a culpa, mas também não contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).

Das três possibilidades acima mencionadas, a mais interessante é a do *plea of guilty* uma vez que o denunciado opta em declarar-se culpado a fim de evitar uma eventual punição mais grave.

Nesse sentido, entende Dutra Santos⁵⁰:

A declaração de culpa – *plea of guilty* – implica condenação criminal, com todos os gravames daí decorrentes, inclusive título executivo judicial à disposição da vítima. Entre as opções de acusação ou de sanção apresentadas pela promotoria, o acusado escolhe a resposta penal que lhe parece mais brande. Em suma: o réu prefere declarar-se culpado, obtendo, por conta disso, uma reprimenda mais leve, a enfrentar um julgamento e assumir o risco de ser apenado com mais rigor, em caso de condenação. De qualquer forma, a *plea of guilty* dá azo a uma sentença penal condenatória, perpassando, inclusive, pela imposição de sanções privativas de liberdade.

Note-se que não momento específico para que a promotoria formalize sua proposta, mas claro que após a formalização da acusação se mostra o mais ideal por permitir uma negociação maior com a defesa do acusado. Isto é tão verdade que não há qualquer limite à

⁴⁹DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. op. cit. p.32.

⁵⁰Ibidem. p. 33-34.

declaração de culpa do acusado, podendo ela abranger infração penal de toda natureza, até mesmo infrações cometidas sem coautores.

Neste ponto, novamente trazemos os ensinamentos de Dutra Santos⁵¹:

Não há requisitos objetivos para a deflagração do *plea bargaining*, mesmo porque qualquer réu pode negociar com a promotoria a sua pena, pouco importando os seus antecedentes ou o teor da imputação delituosa que lhe é dirigida. Em verdade, o *plea bargaining* é visto como um procedimento negocial entabulado entre a acusação e a defesa, resultando num acordo quanto à pena a ser imposta ao acusado. Trata-se de um verdadeiro pacto, regido pelos princípios contratuais.

Dessa forma, para que a declaração de culpa ou de não contestação seja válida, é imprescindível que resulte de vontade livre e consciente do acusado. São exatamente a voluntariedade e a inteligência do desiderato do réu que constituem os pressupostos subjetivos de validade da transação penal.

No mesmo sentido assevera João Pedro Coutinho Barreto:

Dessa maneira, é de se argumentar que o instituto do *Plea bargaining*, enquanto sistema de transação penal, na justiça negociada, tem natureza jurídica de acordo ou pacto processual celebrado entre a parte Acusatória e a Defesa, sendo certo que negociarão a aplicação da pena, que deverá ser mais benéfica do que aquela que seria imposta ao fim de um Processo Penal. Ademais, o Ordenamento Jurídico norte-americano enaltece certos requisitos subjetivos para caracterizar o benefício, quais sejam: o acordo deve resultar de vontade livre e consciente, ou seja, o agente não poderá ser coagido a celebrar o acordo e nem a ser forçado.

Quanto a isto, há precedentes⁵² da Suprema Corte norte-americana que firmam o entendimento de que o acordo poderá ser anulado pelo magistrado quando ficar constatada que, na época da celebração do acordo, o agente tinha sua capacidade mental reduzida. Isto é, se não restarem preenchidos os requisitos subjetivos, a declaração de culpa que compôs o acordo poderá ser anulada.

Para tanto, o magistrado é responsável por verificar publicamente a voluntariedade do acusado em colaborar, verificando se esta não é fruto de coações físicas ou morais, bem como é responsável por analisar sua capacidade de compreender a proposta feita pelo Ministério Público, levando em consideração sua idade, inteligência, entendimento da língua inglesa e seu estado mental.

Um ponto crucial acerca das declarações dadas pelo réu colaborador é quanto a sua veracidade. No Sistema Processual Penal norte-americano, o acusado que deseja colaborar é

⁵¹DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. op. cit. p. 36.

⁵²Brady v. U.S. (1970) e Henderson v. Morgan (1976).

equiparado à testemunha, visto que suas declarações são feitas sob juramento e compromisso de dizer a verdade, podendo ser processado por perjúrio ou falso testemunho caso seja constatada falsidade nas declarações prestadas.

Assim como no Brasil, os magistrados podem apenas homologar o acordo firmado entre réu e acusação, verificando sua legalidade e presença de suporte probatório suficiente para uma condenação, lhe sendo vedada a sua participação no processo de negociação a fim de resguardar sua imparcialidade.

No *plea bargaining* é evidente que existe uma vulnerabilidade maior do acusado na relação processual, uma vez que ele fica a mercê do órgão ministerial que, além de realizar os acordos, tem a competência de conduzir a investigação criminal e declinar ou dar prosseguimento à ação penal.

4. PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

Delineada a ideia do instituto, a questão que se coloca nesse momento é saber se a delação premiada pode ser admitida em qualquer crime do nosso sistema penal ou, se não, em quais. Antes disso, contudo, indispensável apresentar um comparativo entre as legislações vigentes no nosso ordenamento jurídico e discutindo qual(is) pode(m) ser utilizadas atualmente.

Para tanto, será traçado um panorama legislativo brasileiro atualizado, demonstrando possíveis conflitos de normas e as hipóteses de cabimento de cada uma das leis que tratam desse mecanismo negocial.

De início, precisamos deixar claro que o instituto da delação premiada não se aplica somente aos casos que envolvem a criminalidade organizada, mas é claro que sua aplicação se dá em maior parte nestes.

Começando a apresentar o cenário contemporâneo da legislação brasileira no que tange ao referido instituto, encontramos sua previsão em diversas leis, o que acaba por dificultar seu estudo.

A despeito de já existir indícios de sua aplicação no Brasil desde o período colonial com fulcro nas Ordenações Filipinas, a primeira lei que inseriu esse mecanismo negocial no nosso ordenamento, nos moldes que hoje conhecemos, foi a Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos e Equiparados) que, com o seu art. 7º, acrescentou o §4º ao art. 159 do Código Penal, que diz: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”⁵³. E, ainda, em seu art. 8º, parágrafo único, determina que: “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”.

⁵³Alguns anos depois alterado pela Lei nº 9.269/96, a fim de não mais se exigir a prática do delito por mais de três integrantes, ficando assim redigida: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Da leitura do dispositivo podemos perceber que o legislador brasileiro se preocupou apenas em disciplinar o direito material do instituto premial, estando ambas as previsões vigentes no nosso ordenamento. Ressalte-se, também, que mesmo havendo a concessão do prêmio que é a redução de pena, não há o afastamento dos outros efeitos da hediondez como, por exemplo, a impossibilidade de fiança.

A Lei nº 9.034/95 (Lei das Organizações Criminosas), por sua vez, trouxe em seu art. 6º o seguinte: “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”, gerando debate acerca da espontaneidade da colaboração⁵⁴. Contudo, a Lei nº 12.850/13 a revogou.

No mesmo ano foi editada a Lei nº 9.080 que expandiu o âmbito da aplicabilidade da delação, incluindo o §2º ao art. 25 da Lei nº 7.492/86 (Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional) e o parágrafo único ao art. 16 da Lei nº 8.137/90 (Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo)⁵⁵ que passaram a prever, de forma idêntica, que: “Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor 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”. Ambos dispositivos estão em vigência.

Três anos depois, temos a promulgação da Lei nº 9.613/98 (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro) que no §5º do seu art. 1º, em sua redação original, ampliou o momento em que poderia ocorrer a delação, bem como os benefícios ofertados ao colaborador que, até então, se limitavam à possibilidade de redução de pena⁵⁶.

⁵⁴ Assunto já abordado no item 2 deste trabalho.

⁵⁵ Alterada pela Lei nº 12.529/2011 no que tange aos crimes econômicos, passando a prever o Acordo de Leniência. Sobre isso, em análise pormenorizada, ver: BARRETO, João Pedro Coutinho. *Colaboração premiada como instituto violador da Constituição Federal: a exceção virou regra?* Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 59-60.

⁵⁶ Art. 1º: (...)

§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, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Entretanto, o referido dispositivo foi alterado pela Lei nº 12.683/12 de forma a ampliar seu âmbito de incidência⁵⁷. Neste ponto, importante lição traz Vinicius Gomes de Vasconcelos⁵⁸:

O disposto no §5º do art. 1º da Lei 9.613/98, que regula a denominada “colaboração espontânea”, foi alterado pela Lei 12.683/12, com o objetivo de ampliar as hipóteses de cabimento de sua incidência. Desse modo, confirmou-se o aumento do rol de colaborações possíveis: a) esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais; b) à identificação dos autores, coautores e partícipes; ou c) à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Tal reforma possibilitou, ainda, a concessão do benefício a qualquer tempo, ampliando o momento possível para a realização da colaboração, inclusive para a execução penal.

Desta forma, percebemos a ampliação dos benefícios a serem concedidos pelo colaborador que nas legislações anteriores se limitavam à redução da pena, bem como a ampliação do momento para a realização da colaboração, inclusive para a execução penal.

Importante frisar que, caso o benefício seja o perdão judicial, este deve ser concedido com orientação nos termos do princípio da proporcionalidade, conforme aduz Mendroni:

Com todo o benefício gerado ao criminoso, a concessão de “perdão judicial” em casos da Lei nº 9.613/98 deve ser praticada como “exceção”. Tamanho é o benefício que deve proporcionar vantagem, em contrapartida à Administração da Justiça, no mesmo “tamanho” de sua concessão.

Para a concessão do Perdão Judicial, parece lógico que a colaboração deva ser de fato muito eficiente para viabilizar a um criminoso pertencente a uma organização criminosa obtê-lo.

Acima de tudo, a aplicação deste dispositivo exige a sua orientação nos termos do Princípio da Proporcionalidade.

Com a Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), o legislador se preocupou em garantir uma proteção ao réu colaborador proporcionando um aumento na aplicabilidade do instituto, uma vez que traz medidas especiais de segurança e proteção, em especial, no seu art. 15⁵⁹.

⁵⁷Art. 1: (...)

§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.

⁵⁸VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2017. p. 71.

⁵⁹Art. 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.

Diferentemente das outras leis até então promulgadas, a Lei nº 9.807/99 regulamentou o instituto de forma genérica, não especificando em quais crimes seria aplicável.

Nela, encontramos o capítulo II que prevê no art. 13 alguns tipos específicos de colaboração, bem como os critérios a serem avaliados para a concessão do perdão judicial que, apesar de constituírem requisitos objetivos, entende-se ser de concessão facultativa⁶⁰. E, por sua vez, no art. 14 continuou a estabelecer a redução da pena como outro benefício possível ao réu colaborador⁶¹.

A Lei nº 10.409/02 (Lei de Entorpecentes) trouxe um desenho do instituto parecido com o que temos hoje. Isto é, passou a conceber a delação premiada como um acordo entre as partes⁶². Contudo, foi substituída pela Lei nº 11.343/06 que em seu art. 41 traz redação semelhante com o que as legislações anteriores já previam, demonstrando, assim, um retrocesso⁶³.

§ 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.

⁶⁰Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente 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 coautores 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.

⁶¹Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores 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.

⁶²Art. 32: (...)

§ 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.

⁶³Art. 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.

Somente em 2013 o legislador se preocupou em disciplinar a parte processual do instituto com a promulgação da Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas). De modo inédito, o legislador introduziu o regime procedimental do mecanismo negocial⁶⁴.

Mister colacionar o que a ministra Maria Thereza Moura conclui acerca das legislações que regulam a delação⁶⁵:

Embora as leis que previram a delação premiada tenham utilizado diferentes termos para denominar (denúncia; colaboração espontânea; confissão espontânea; colaboração efetiva e voluntária; colaboração voluntária; revelação espontânea; revelação eficaz), as hipóteses em muito se assemelham em seu âmago, qual seja, a de premiar o delator que, como autor, coautor ou partícipe, tenha colaborado com a autoridade policial e judiciária, na coleta de provas que levem, de forma eficaz, à apuração da infração penal e de sua autoria.

Diante de todas essas legislações, percebemos que “alguns requisitos e consequências previstos destoam em diversos sentidos, além da eventual amplitude de aplicabilidade de cada dispositivo”⁶⁶, o que faz emergir a dúvida se é necessário a cumulatividade ou alternatividade dos requisitos.

Quanto a isto, o Defensor Público da União, o Dr. Fernando da Cunha Cavalcanti, defende⁶⁷:

A se exigir todos os requisitos ao mesmo tempo, conclui-se que o único delito que ensejaria a obtenção do benefício seria o de extorsão mediante sequestro que, aliás, já tem previsão própria em dispositivo específico (art. 159, § 4º, do Código Penal), o que não parece razoável entender que a lei de proteção a testemunhas pretenda apenas regulamentar um único delito contido no Código Penal, sem que o faça de forma expressa. Inadequada, portanto, a interpretação que haveria uma cumulatividade dos requisitos de forma implícita.

Nesse contexto, torna-se necessário cuidado e cautela para sistematizar o tratamento dado ao tema no ordenamento jurídico brasileiro, diante da possibilidade de situações em que haja conflito de normas, que pode ocorrer nos casos em que a uma mesma conduta ou fato pode, aparentemente, ser aplicada mais de uma norma penal.

⁶⁴Procedimento já analisado nos itens 2.3 e 2.4 deste trabalho.

⁶⁵MOURA, Maria Thereza R. A. Delação premiada. Revista Del Rey Jurídica. Belo Horizonte, ano 8, n. 16. 1º sem. 2006. p. 69.

⁶⁶VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2017. p. 73.

⁶⁷CAVALCANTI, Fernando da Cunha. A delação premiada e sua (in)conformidade com a Constituição Federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380>. Acesso em jun 2018.

A partir daí, surgem duas questões que podem ser problematizadas: 1) a norma de direito material que deve ser aplicada (requisitos, benefícios, etc.); e 2) o procedimento cabível⁶⁸.

Com relação ao direito material, a Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) teve seu caráter de "sistema geral de delação" consolidado, conforme reconhecido pelo STJ no paradigmático HC 97.509, assim ementado:

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR HABEAS CORPUS. DELAÇÃO PREMIADA. EFETIVA COLABORAÇÃO DO CORRÉU NA APURAÇÃO DA VERDADE REAL. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A legitimação do Ministério Público para impetrar habeas corpus, garantida pelo art. 654, caput, do CPP, somente pode ser exercida de acordo com a destinação própria daquele instrumento processual, qual seja, a de tutelar a liberdade de locomoção ilicitamente coarctada ou ameaçada. Vale dizer: o Ministério Público somente pode impetrar habeas corpus em favor do réu, nunca para satisfazer os interesses, ainda que legítimos, da acusação" (HC 22.216/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 10/3/03).

2. O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício.

3. A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena.

4. A aplicação da delação premiada, muito controversa na doutrina e na jurisprudência, deve ser cuidadosa, tanto pelo perigo da denúncia irresponsável quanto pelas consequências dela advinda para o delator e sua família, no que concerne, especialmente, à segurança.

5. Competindo ao Órgão ministerial formar o convencimento do juiz acerca da materialidade e autoria delitiva aptas a condenação, ficou consagrado o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Apesar da ausência de previsão expressa do princípio da não autoacusação na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ficou assegurada a presunção de inocência e o direito absoluto de não ser torturado.

6. O Pacto de São José da Costa Rica consagrou o princípio da não autoacusação como direito fundamental no art. 8º, § 2º, g, dispondo que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem a se declarar culpado.

7. A delação premiada, por implicar traição do corréu ao comparsa do crime, não pode servir de instrumento a favor do Estado, que tem o dever de produzir provas suficientes para o decreto condenatório.

8. Ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real.

9. Ofende o princípio da motivação, consagrado no art. 93, IX, da CF, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso.

⁶⁸VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2017. p. 74.

10. Ordem concedida para aplicar a minorante da delação premiada em seu grau máximo, fixando-se, assim, a pena do paciente em 2 anos e 4 meses de reclusão, competindo, destarte, ao Juízo da Execução a imediata verificação acerca da possível extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena imposta na Ação Penal 3.111/04, oriunda da Comarca de Estrela do Sul/MG. (HC 97.509/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010) (*grifos nossos*)

Da mesma forma, tal norma generalizou a aplicabilidade da colaboração premiada - ao menos teórica e abstratamente -, pois não apresenta qualquer espécie de restrição ao tipo ou gravidade do crime.

Quanto ao conflito de normas, reconheceu Valdez Pereira⁶⁹:

Premissa importante na resolução da questão passa pela consideração do caráter genérico e abrangente da Lei. 9.807/99, de proteção a vítimas e testemunhas, a qual indica a possibilidade de aplicação do benefício de modo amplo a indiciado ou acusado, sem condicionamentos subjetivos ou relacionados à natureza do delito, pelo que se aceitava, ao menos em tese, sua aplicação para qualquer crime. Além do que, a previsão de benefícios no âmbito penal era mais ampla em relação às legislações anteriores, com exceção da Lei 9.613/98, podendo chegar ao perdão judicial, mantendo ainda coerência na disciplina legal contida nos arts. 13 e 14, ao contemplar uma técnica que possibilitava melhor graduação do prêmio ao caso concreto, e mais adequada à finalidade do instituto premial, de modo que regulou inteiramente a matéria de forma mais benéfica aos agentes.

Por outro lado, Vinicius Vasconcellos conclui⁷⁰:

Isso posto, se o regime da Lei 9.807/99 é aplicável a todos os casos, mas existem hipóteses de espécies delitivas com regramento individualizado e ainda em vigência, surgem problemas com conflito de leis aplicáveis ao caso concreto. Por um lado, há quem sustente que a referida legislação revogou implicitamente as anteriores, o que manteria em vigência somente os dispositivos das Leis 11.343/06 (drogas), Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro, reformada pela Lei 12.683/12) e Lei 12.850/13. Por outro, afirma-se que não houve revogação, de modo que cada uma teria sede de aplicação própria.

Contudo, segundo o Ministro Gilson Dipp "acordo de delação premiada é para crimes graves, não só do corréu colaborador como daquele corréu delatado, porque acordo de delação premiada não foi feito para furto de galinha, não pode ser banalizado (...)"⁷¹. Ou seja, o instituto da colaboração premiada só poderia ser um meio de obtenção de provas em crimes

⁶⁹PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 125-126.

⁷⁰VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2017. p. 75.

⁷¹Voto proferido no bojo do HC 59115/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 12/02/2007, p. 281

graves, para que o mesmo não seja utilizado de forma ordinária, afrontando, inclusive, o princípio da proporcionalidade.

Diante de tudo que foi exposto, quanto ao regime das Leis nos. 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) e 12.850/13 (nova Lei de Organizações Criminosas), a posição majoritária é que deve ser aplicado o regime mais benéfico ao acusado, variando de acordo com cada caso concreto.⁷²

Quanto ao direito processual, conforme já mencionado, este foi regulamentado pela Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), que introduziu regras procedimentais sobre como deve ser desenvolvida a colaboração premiada, bem como garantias e funções das partes.

Com isso, diante da insuficiência dos demais diplomas legais, afirma-se majoritariamente que o regime procedimental da Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) deve ser aplicado, analogicamente, a todos os casos de delação, independente do regime material em questão⁷³, inclusive de forma retroativa, ou seja, em processos iniciados ou colaborações negociadas antes da sua vigência, seguindo a regra de aplicação imediata do CPP⁷⁴.

⁷²“(…) haverá possibilidade de o juiz, por meio de seu papel consolidador do sistema, escolher por aquela que mais ampara os direitos fundamentais, ainda que configure norma de natureza geral diante de norma de natureza especial” (GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 223). De modo semelhante: BRITO, Michelle B. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 97; BITTAR, Walter Barbosa. A delação premiada no Brasil. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). *Delação premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 158; PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 854.

⁷³MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 4. De modo distinto, afirmando que o regime da Lei nº 12.850/13 se aplica exclusivamente ao crime de organização criminosa e outros a ele ligados: CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 154.

⁷⁴GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 215; OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile E. Considerações sobre a colaboração premiada; análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/13. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÙ, Carlos Eduardo (Orgs.). *Processo penal e garantias*. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 160; ANSELMO, Márcio A. *Colaboração premiada. O novo paradigma do processo penal brasileiro*. Doutrina e prática. A visão do delegado de polícia. Rio de Janeiro: Mallet, 2016. p. 76.

Nesse sentido, Valdez Pereira afirma⁷⁵:

(...) não é apenas admissível, tendo em conta a analogia, mas plenamente recomendável que se apliquem as regras procedimentais disciplinada na Lei das Organizações Criminosas a todas as hipóteses de utilização do instrumento premial no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Insta observar que na decisão paradigmática do STF já mencionada em outro capítulo (HC 127.483), foi indicada a possibilidade de a colaboração premiada prevista nas legislações anteriores à Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) não necessariamente se embasaria em acordo formalmente homologado em juízo, ainda que se entenda que as etapas da colaboração premiada são, numa visão geral, negociações, formalização, homologação, colaboração e sentenciamento.

No caso acima, teremos a chamada "cooperação premiada unilateral", na qual o acusado colabora com a persecução penal mesmo sem acordo de colaboração firmado com o Ministério Público, e o julgador, ao final, valora a efetividade de sua cooperação para definir um benefício, o que é deveras censurável, haja vista a formalização do acordo tornar todo o procedimento mais confiável, permitindo o controle pelo Judiciário, especialmente na homologação, para evitar violações, arbitrariedades e insegurança jurídica.

Da mesma forma, defende Vinicius Vasconcellos⁷⁶:

Autorizar brechas para que o Ministério Público realize acordos informais acarreta inadmissíveis espaços para arbitrariedades e insegurança jurídica para processo penal, ao passo que afasta qualquer controle judicial.

Assumindo uma posição criticável, a Suprema Corte brasileira entendeu, ao menos em *obiter dictum*, que⁷⁷:

(...) o direito do imputado colaborador às sanções premiaias decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente.

⁷⁵PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 127.

⁷⁶VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2017. p. 78.

⁷⁷STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 40. Assim também em: STF, Inq. 3.204, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.06.2015, p. 18.

De maneira complementar, sustenta Vinicius Vasconcellos⁷⁸:

Assim, em situação de inclinação do acusado em colaborar e cumprimento dos pressupostos e requisitos do instituto, a não proposição do acordo pelo acusador, sem motivação legítima, autoriza que o réu realize a colaboração que entender possível, o que será posteriormente valorado pelo juiz no momento do sentenciamento, em razão de sua necessidade e efetividade, ainda que inexistente a formalização anterior do acordo.

Sendo assim, só é possível a colaboração sem a realização de acordo nos casos em que houver indevida recusa pelo Ministério Público, haja vista a realização do acordo ser considerada um direito subjetivo do acusado, quando preenchidos os pressupostos e requisitos do instituto. Caso contrário, consoante a Lei nº 12.850/13, deve haver um acordo escrito entre os interessados, que será submetido sigilosamente à homologação do juiz para análise da legalidade, regularidade e voluntariedade, podendo homologá-lo, rejeitá-lo ou adequá-lo.

⁷⁸VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2017. p. 79.

5. A DELAÇÃO PREMIADA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Esclarecida a atual situação do instituto no nosso ordenamento, seguimos para o objeto principal deste trabalho que é a análise do instituto da delação premiada quanto a sua constitucionalidade, sendo esta indispensável para que se descubra se esse instituto é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, a delação premiada está pautada na ideia de ineficiência do Estado em combater a criminalidade. Como forma de obter auxílio, o Estado oferta um prêmio ao investigado que, por ter interesse direto no desfecho do processo, se torna delator, representando um verdadeiro sistema de trocas e abreviando a investigação criminal.

Contudo, há uma enorme discussão quanto a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, ao passo que:

(...) de um lado há a ideia de trazer um indivíduo acusado de um crime a atuar como auxiliar da justiça na punição de seus coautores, por outro lado há um ataque aos princípios fundamentais sobre os quais se estrutura o Estado Democrático de Direito.⁷⁹

Ressalte-se que, embora a previsão do instituto tenha se dado em leis esparsas, nenhuma delas se prestou a definir quais seriam os critérios de escolha do delator entre os demais réus ou investigados. Com esta lacuna, há uma total discricionariedade do Ministério Público quanto a esta escolha por ser ele o titular da ação penal, o que acaba por tornar o processo injusto, visto que não são asseguradas todas as garantias constitucionais àqueles que são acusados, especialmente, as garantias quanto à igualdade no contraditório e na ampla defesa.⁸⁰

Sendo assim, restam claros os motivos para que se verifique a delação premiada à luz dos princípios constitucionais.

⁷⁹TASSE, Adel El. *Delação Premiada: Novo passo para um procedimento medieval*. In: Ciências Penais - Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 3, p. 269-283, jul./dez. 2006, p. 270.

⁸⁰CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 112.

A fim de melhor compreender este cenário, inicialmente, serão expostos os direitos do colaborador para, em sequência, realizar a análise propriamente dita da sua compatibilidade constitucional.

5.1. DOS DIREITOS DO COLABORADOR

Os direitos dos colaboradores foram previstos no art. 7º da Lei nº 9.807/99⁸¹ e, posteriormente, consubstanciados no art. 5º, da Lei nº 12.850/13⁸².

Um dos mais importantes direitos do colaborador é o de ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações preservadas. Entretanto, esse sigilo só é garantido até o oferecimento da denúncia, uma vez que a partir desse momento deve vigorar a publicidade dos atos processuais para que o contraditório e a ampla defesa sejam exercidos de forma plena, conforme disposto no art. 5º, LX da Constituição Federal⁸³.

⁸¹Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

⁸²Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

⁸³ Art. 5º: (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Reforçando tal entendimento, escreve Dutra Santos:⁸⁴

II – “Ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados”, direito este que subsiste apenas até o oferecimento da denúncia, uma vez encerrado o sigilo do termo, afinal não há como negar às partes a identidade do delator, até para que o contraditório e a ampla defesa possam ser exercidos – a fim de rebater as alegações, há de se conhecer a fonte.

Apesar de a opinião pública ter direito de saber da existência e do teor do processo. Cita-se Mendroni:⁸⁵

Qualquer revelação da identidade do colaborador pode tornar a colaboração ineficaz. É preciso enfatizar que a Lei trata de proteger o réu – e não apenas o seu termo de depoimento em colaboração. A proteção dos dados de identidade e imagem deve ser mantida protegida, portanto, inclusive para depois do seu depoimento. A mídia deve ser impedida, totalmente, de ter acesso à informação para a necessária segurança de vida e integridade física do colaborador.

Isto é, ainda que em tempos de populismo penal midiático, deve prevalecer o direito do colaborador de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, não podendo ser fotografado ou filmado sem que haja prévia autorização de forma escrita. Caso contrário, haveria violação do direito fundamental do delator à sua privacidade e intimidade - que encontra previsão tanto na Carta Suprema quanto em Tratados Internacionais nos quais o Brasil é signatário - frente à plena liberdade jornalística.

Quanto ao direito de cumprir pena em estabelecimento penal ou cela que seja diferente dos demais corréus ou condenados que foram delatados, novamente citamos Mendroni:⁸⁶

Providência elementar e imprescindível, especialmente considerando que, não raras vezes, constata-se a prática dos mais diversos crimes, contra a vida e integridade física de presos em ambiente prisional, revelando-se a segurança absolutamente ineficaz na sua prevenção.

Se a situação normal dos estabelecimentos prisionais brasileiros em que não há delatores já é bem caótica e sem garantia de proteção a vida e a integridade física do preso, mais perigosa se torna a situação quando há delatores envolvidos, uma vez que há a sensação de “traição entre os pares”.

Coadunando com tal posição, aduz Coutinho Barreto:⁸⁷

⁸⁴DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. op. cit. p. 163.

⁸⁵MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. op. cit. p. 163.

⁸⁶MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. op. cit. p. 164.

É de se destacar que o direito a cumprir pena em estabelecimento diverso dos demais réus ou comparsas trata-se de direito essencial, visto que busca respeitar e assegurar a integridade física do réu colaborador, eis que muitas vezes são constatadas práticas de crimes perpetrados por presos em âmbito prisional, sendo notória a falência estatal em prevenir ou coibir tais práticas.

Desta maneira e antes de tudo, devemos compreender que o réu que colaborar de forma voluntária e eficaz tem o direito de gozar dos benefícios advindos do acordo homologado, que deverá surtir efeitos à sentença a ser prolatada; ato contínuo lhe é assegurado ao colaborador o direito ao sigilo sobre informações concernentes a seu respeito. Ainda é seu direito, ser conduzido em juízo separadamente dos demais coautores e partícipes, a fim de resguardar sua integridade física e moral. Já em juízo, tem direito de não manter contato visual com os demais réus.

5.2. DO DEBATE ACERCA DA COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL DA DELAÇÃO PREMIADA

Ignorando todos os discursos quanto à imoralidade ou falta de ética da delação premiada, pretende-se confrontar o instituto com os princípios e garantias constitucionais.

Valdez Pereira afirma que⁸⁸:

(...) deve-se questionar se eventual opção normativa de acolhimento da colaboração premiada como instrumento de reforço das finalidades eficientistas do sistema penal poderia ser compatibilizada com princípios e garantias constitucionais: a questão central está em saber se o ordenamento jurídico constitucional positivo consente conviver com a figura do arrependido e, se o faz, em que medida, condições e limites será legítima a sua conformação legal.

Apesar da recorrente aplicação do referido instituto nos dias atuais - especialmente no contexto da Operação Lava Jato⁸⁹ -, nota-se que sua adequação ao ordenamento jurídico

⁸⁷ BARRETO, João Pedro Coutinho. *Colaboração premiada como instituto violador da Constituição Federal: a exceção virou a regra?* Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 128.

⁸⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 59.

⁸⁹ “A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia”. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>> Acesso em: 14 de junho de 2018.

brasileiro é um tema controvertido na doutrina, sendo contestada até mesmo sua constitucionalidade.

Nesse ponto, o defensor público Fernando da Cunha Cavalcanti reconhece:⁹⁰

Com todo o afã do Poder Público de combate à criminalidade e a proliferação do incentivo dessa prática de premiar o delator para retirar o máximo de informação dos outros envolvidos, esquece-se que o seu depoimento nada mais é que um interrogatório onde não há qualquer compromisso de dizer a verdade e que possui valor probatório relativíssimo. Incabível transformar co-réu em testemunha e conceder maior valor a sua palavra em detrimento daquele que foi prejudicado, como acontece constantemente no dia-a-dia forense. Tarifar de forma diferente depoimentos daqueles que estão em igual situação processual, parece ferir princípios elementares do nosso sistema jurídico.

Em suma, o problema da compatibilização constitucional da delação premiada reside no fato de termos de um lado os princípios constitucionais voltados à exigência de operatividade do sistema penal, pautada na busca da eficiência da investigação e esclarecimento dos delitos e, de outro lado, os princípios constitucionais que abrangem garantias à justiça, especialmente, o tratamento isonômico dos acusados, que, “em tese, tenderiam a afastar a possibilidade de a ordem jurídica receber mecanismo de persecução embasado na atitude cooperativa de coautores de crime”.⁹¹

Do ponto de vista tanto dos colaboradores quanto dos delatados, é possível sustentar violação, basicamente, aos seguintes princípios ou garantias: princípio da culpabilidade, princípio da igualdade, princípio do devido processo legal e direito à não autoincriminação (ou direito ao silêncio).

No que diz respeito ao princípio da culpabilidade, ou seja, a relação de proporcionalidade entre a medida da pena e a gravidade do delito, Valdez Pereira pontua:⁹²

A colaboração processual pressupõe distanciar a resposta penal do juízo de proporcionalidade à gravidade objetiva e subjetiva do fato praticado pelo *pentito*, com base em pressuposto de finalidade político-criminal, há, de certo modo, renúncia parcial à punição de autor de delito.

⁹⁰CAVALCANTI, Fernando da Cunha. A delação premiada e sua (in)conformidade com a Constituição Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380>. Acesso em 12 de junho 2018.

⁹¹PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 61.

⁹²PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 65.

Importante ressaltar que o princípio da culpabilidade encontra fundamento na dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade, uma vez que a sanção penal deve se dar em atenção à culpa manifestada na ação criminosa e não em atenção a outros interesses políticos-criminais.⁹³

Nas palavras de D'Ávila:⁹⁴

(...) as normas penais incriminadoras pressupõem sempre a restrição de um direito fundamental, no mais das vezes, o direito à liberdade, portanto são resultado de uma ponderação na qual a liberdade é restringida em prol de outros valores fundamentais.

Embora aparentemente inconstitucional a disparidade de tratamento entre réu colaborador e réu não colaborador, bem como desigualdade em prever benefícios em um crime e não em outro só por ter sido cometido por organização criminosa, Valdez Pereira esclarece:⁹⁵

(...) não ser irrazoável concordar com a existência de diferença importante entre criminoso arrependido ou colaborador, e criminoso irredutível, ao menos a ponto de ver na diversidade de tratamento sancionatório, dentre limites e condicionamentos, uma tendencial correspondência com postulados de individualização da resposta estatal com base em um critério de justiça.

(...)

A justificação racional que está na base do tratamento não isonômico, como motivo real e plausível a justificar a desigualdade, sustenta-se na emergência investigativa identificada, sem maior esforço argumentativo, nos delitos cometidos no âmbito de associação criminosa estruturada e orientada, (...), à prática de delitos graves; presentes que estão nessas hipóteses, as características de periculosidade e impenetrabilidade a indicarem concretamente impasse na persecução dos demais membros, e graves riscos decorrentes da disfunção repressiva minimante eficiente. Ou seja, a situação justificadora do tratamento penal diferenciado reconduz-se a situação de estado de necessidade da investigação, o qual se pode manifestar apenas quando presente, além do bloqueio investigativo pela natureza organizada ou associativa do fenômeno criminal, uma singular imposição de prevenção e repressão pela gravidade de crimes que atinjam bens e valores fundamentais.

Discute-se, ainda, sua incompatibilidade com o princípio constitucional do devido processo legal, refletido nas garantias ao contraditório e a ampla defesa dadas aos acusados⁹⁶. Sem o devido processo legal, símbolo do Estado Democrático de Direito, não há segurança

⁹³PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 65.

⁹⁴D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70-71.

⁹⁵PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 70 e 72.

⁹⁶Art. 5º: (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

suficiente aos acusados contra os excessos do Estado, representado aqui pelo Ministério Público.

Defendendo a inconstitucionalidade do instituto, sustenta Miranda Coutinho que:⁹⁷

Inconstitucional desde a medula, a sua prática, dentro de um sistema processual penal de matriz inquisitória ofende 1º) o devido processo legal; 2º) a inderrogabilidade da jurisdição; 3º) a moralidade pública; 4º) a ampla defesa e o contraditório e 5º) a proibição às provas ilícitas. Só isso, então, já seria suficiente para que se não legisse a respeito e, se assim não fosse, que se não aplicasse. Portanto, antes de tudo, é preciso mudar o sistema, a fim de que o juiz pudesse ocupar seu lugar constitucionalmente demarcado. Depois, sendo inuvidosa a inconstitucionalidade da delação premiada, há um ferimento inadmissível à regra do devido processo legal. Há, nas modalidades praticadas, pena sem processo. Basta ver que para se poder homologar o acordo é preciso que haja processo (só dele pode advir pena), o que só se admite depois de oportunizado o contraditório. O processo, porém, como se sabe, é justamente aquilo em que (...), como procedimento, recebe efetivo contraditório. Na delação premiada, sem embargo de tudo, não há processo porque não há contraditório; e aí também reside a inconstitucionalidade.

Entretanto, tal incompatibilidade não se sustenta ao pensar que a delação premiada, em sua grande maioria, se dá no curso da investigação criminal, uma vez que, “a investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada inquérito policial não está abrangida pela garantia do contraditório e da defesa, mesmo perante o novo texto constitucional, pois nela ainda não há acusado, mas mero indiciado”.⁹⁸

Corroborando ainda mais com esse entendimento temos o fato de que as declarações prestadas pelo colaborador, como já foi dito, não bastam para a condenação do delatado, sendo obrigatório seu respaldo em outras provas.

O §14º do art. 4º da Lei nº 12.850/13⁹⁹ exige expressamente a renúncia do direito ao silêncio previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal¹⁰⁰.

⁹⁷MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Delação premiada: posição contrária*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>> Acesso em 10 de junho de 2018.

⁹⁸CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *TEORIA GERAL DO PROCESSO*, 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 89.

⁹⁹Art. 4º: (...)

§ 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.

¹⁰⁰Art. 5º: (...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Precisas são as palavras de Pacelli ao explicar o direito ao silêncio:¹⁰¹

O direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja *compelido* – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse. Nesta última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa. (*grifos no original*)

De fato, com a delação premiada se busca provas através da cooperação de pessoa investigada que possua conhecimento privilegiado da estrutura interna da associação por ter nela atuado ou por ter participado em algum dos delitos por ela perpetrados.

Ao entender o direito à não autoincriminação como direito irrenunciável, ou, voluntariamente renunciável, é evidente que haveria violação deste princípio, uma vez que, optando-se pela segunda posição, a oferta do prêmio retiraria a voluntariedade da renúncia. Contudo, esta não é a visão que aqui se defende, nem mesmo a adotada pelo pleno do STF, quando do julgamento do já citado HC 127.483/PR¹⁰².

No mesmo sentido, opina Dutra Santos:¹⁰³

A constitucionalidade da delação premiada, ante o princípio da individualização da pena, justifica-se porque a dosimetria leva em conta não apenas reprovabilidade do fato, mas também as circunstâncias pessoais do agente. O comportamento deste busca remediar as consequências do injusto, jamais foi um indiferente penal, haja vista as preferidas desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15 do CP), o arrependimento posterior (art. 16 do CP) e a atenuante genérica delineada no art. 65, III, b, do CP, que repercutem sensivelmente na aplicação da reprimenda.

A argumentação conducente à inconstitucionalidade da colaboração premiada revela um desacordo moral e ético, que, por si só, não a torna inconstitucional.

O direito do acusado de não ser obrigado a produzir prova contra si próprio (*Nemo tenetur se detegere*), encartado no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conforme o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, é corolário do regime de liberdades inerentes ao Estado Democrático de Direito, comumente associado à dignidade humana (art. 1º, III, da Carta de 1988), permitindo-lhe, por exemplo, mentir no interrogatório. É uma opção, todavia, reputada antiética e desleal por significativa parcela da sociedade, que julga suficiente o direito ao silêncio.

Tais dissensos morais ou éticos jamais conduziram, todavia, à inconstitucionalidade desses preceitos. Idêntico raciocínio alcança a colaboração premiada, instituto que, por si só, não viola qualquer postulado constitucional. (*grifos no original*)

¹⁰¹PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. op. cit. p. 41

¹⁰²Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=127483&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 09 de junho de 2017.

¹⁰³DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. op. cit. p. 70-73.

Sendo sujeito processual, o réu ou investigado pode, de forma livre e consciente, dispor de seu direito constitucional ao silêncio, fazendo dessa renúncia sua estratégia processual.

Diante do exposto, é possível afirmar que as normas premiais presentes no ordenamento jurídico brasileiro não necessariamente implicam violações sérias aos direitos ou garantias dos colaboradores ou de seus delatados, ou seja, não induzem ao reconhecimento da ilegitimidade das normas que regulam o benefício.

Ainda assim, é preciso cautela quando da aplicação do instituto em estudo, como bem expõe Valdez Pereira:¹⁰⁴

Há uma linha argumentativa sustentada nos riscos advindos de fazer prevalecer, sobre as exigências garantistas, razões utilitaristas de reforço no enfrentamento da grave criminalidade com o uso dos *pentiti*, diante da situação de bloqueio na investigação, que merecem particular atenção. Trata-se de elaborações de vertente mais ideológica, decorrentes dos significados e implicações do instituto no conjunto do sistema penal, mas que não perdem, por isso, importância, e podem mesmo representar algum concreto risco a princípios mais do que assentados na atual concepção processual penalista.

Tais ameaças decorrem primordialmente da própria estrutura do instrumento dos *pentiti*, uma vez que sua racionalidade se assenta, em alguma medida, na persuasão sobre os acusados, direcionada a incentivar a colaboração com os órgãos de repressão em troca de um prêmio no âmbito da punição.

Por certo, mesmo que não se proponha a isto, a oferta do benefício ao colaborador acaba por desencadear, em alguma medida, uma pressão em cima deste, todavia, não se compara, por exemplo, com a tortura, sendo aquela uma pressão não agressiva, ao contrário desta.

Desta forma, é possível estimular um investigado a renunciar seu direito constitucional ao silêncio e a prestar depoimentos que entreguem outros criminosos em troca de uma das sanções premiais previstas, uma vez que, com tal prática, não há qualquer violação à matriz dos princípios.

¹⁰⁴PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 75.

Pensar a delação premiada como um método coercitivo de obter informações dos indiciados é distorcer totalmente o fim pelo qual o instituto se promete, conforme explica Valdez Pereira:¹⁰⁵

Tais distorções podem mesmo se projetar à dinâmica processual, a partir de reflexos concretos no plano da dialética entre acusação e defesa, fazendo com que o imputado, além de definir sua atuação sob a dualidade culpado/inocente, tenha também de incluir entre suas opções o dilema consistente em exercer de forma plena o direito ao silêncio e a rebater a acusação, em confronto que pode ser interpretado como justificativa para um tratamento sancionatório exarcebado; ou então efetuar a opção colaborativa, ante a perspectiva de ampliar as possibilidades no campo de benevolência.

Ao defender a coercitividade da delação premiada se olvida que, com a mesma argumentação, poderá transformar o instituto da prisão preventiva em um instrumento capaz de provocar a atitude colaborativa, caso venha a ser mal aplicado.¹⁰⁶

Muito dos receios quanto à compatibilidade constitucional do instituto se dá pela ausência de maior cuidado do legislador ao disciplinar o assunto, tendo deixado lacunas e imprecisões que acabam por conseqüentemente aumentar o poder discricionário dos agentes estatais – Ministério Público e juiz.

De forma favorável à colaboração, temos a clara dificuldade do Estado em combater as formas mais complexas de organizações criminosas com seus tradicionais aparatos.

Existem claros impedimentos à investigação criminal que levam o Estado a buscar novos instrumentos que combatam a criminalidade, principalmente a de maior periculosidade, e que, ao mesmo tempo, não violem garantias inafastáveis e nem sejam totalmente onerosos aos cofres públicos.

Nesse sentido, Valdez Pereira ressalta:¹⁰⁷

Admitir a existência de uma dinâmica delitual em relação à qual os instrumentos usuais de apuração não conseguem, na maior parte das vezes, alcançar êxitos

¹⁰⁵PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 76.

¹⁰⁶O fato de o sujeito estar provisoriamente preso não o impede de firmar um acordo de delação premiada, uma vez que os requisitos da consciência e liberdade em optar pela colaboração não se afeta com sua condição de preso. Contudo, é preciso cautela com possíveis deturpações quando da oferta, sendo primordial a constante presença do defensor técnico do investigado que ratifique a opção de colaborar com a justiça. Ver STF, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 4.02.2016; e Inq. 4.130 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3.02.2016.

¹⁰⁷PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 82.

probatórios, impõe seguir-se adiante e questionar qual a resposta possível, no âmbito jurídico-constitucional, frente à insuficiência repressiva estatal.

Completando o raciocínio, conclui:¹⁰⁸

Há inegavelmente garantias inafastáveis de que, em nenhuma hipótese, podem ser cogitadas à relativização, mesmo que se esteja diante de consentimento do imputado, como são os casos de vedação de tortura ou outras formas e técnicas que possam importar em coação física ou moral sobre o indivíduo.

Também há uma faixa de criminalidade de menor intensidade lesiva que deve ser tolerada, ficando alheia a qualquer tipo de justificação de reforço investigativo, exatamente por não importar em maior repercussão social, e cuja ausência de esclarecimento decorre menos da inidoneidade dos meios tradicionais de investigação a exigir reforço nessa seara, do que de uma real impossibilidade de o Estado esclarecer e reprimir todos os delitos.

A máxima dos Estados Democráticos de Direito como o Brasil, no mundo pós-guerra, é de que os direitos fundamentais possuem tanto uma dimensão subjetiva quanto objetiva que legitima a ordem jurídico-constitucional. Desta forma, através da constatação de que a criminalidade se tornava mais complexa, enquanto os aparatos estatais continuavam os mesmo, passou-se a pensar numa ponderação entre o dever estatal de prevenção de crimes e os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Ao escolher a delação premiada como meio mais eficaz de combater a criminalidade, o legislador brasileiro buscou realizar o juízo de adequação – constatação de que o meio escolhido promove o fim pretendido¹⁰⁹ – e o juízo de necessidade – verificação da exigência da necessidade na intervenção. Diante desses juízos e da realidade brasileira, não resta dúvida que o meio mais eficaz a ser adotado seria a delação premiada.

Como bem pontua Valdez Pereira:¹¹⁰

Levando em conta a questão mencionada acerca da incorporação de novos instrumentos de repressão no ordenamento jurídico, como decorrência de novos desafios das sociedades pós-industriais, há que se tomar uma posição consciente e racional levando-se em conta o contexto no qual os dispositivos de reforço investigativo, em alguma medida autoritários, por afetarem direitos e liberdades fundamentais, foram concebidos e têm razão de ser, uma vez que destinados ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade que trazem consigo a noção de emergência investigativa.

¹⁰⁸PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 83.

¹⁰⁹PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 97.

¹¹⁰PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 111.

Em maior ou menor grau, variando de Estado para Estado, os avanços dos meios de comunicação e de informatização contribuíram para o aperfeiçoamento das modernas técnicas delitivas. Deste modo, a delação premiada mostra ser o “preço a pagar”¹¹¹, perante essa evolução. Preço esse que não só recai sobre os sujeitos do processo, como também, por toda a sociedade.

¹¹¹PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. op. cit. p. 111.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reforçando a tendência mundial de expansão dos mecanismos negociais no Direito Processual Penal, o panorama atual do sistema processual penal brasileiro, especialmente nas grandes operações de investigação e persecução dos crimes de corrupção relacionados à Lava-Jato, é fazer uso exacerbado do instituto da delação premiada.

Em termos gerais, nenhum outro mecanismo conhecido se adequaria melhor ao ordenamento jurídico brasileiro do que o instituto da delação premiada que, apesar da relativização da premissa de que a instauração de um processo, ainda que longo, é imprescindível para a aplicação da sanção penal, vem obtendo grande sucesso em termos de resultado.

Contudo, como bem ressaltam os estudiosos da dogmática processual penal, a aplicação da colaboração premiada exige cautela.

O incentivo à realização de acordos a fim de facilitar a persecução penal através da cooperação de acusados em troca de benefícios concedidos pelo Estado, tendo como exemplo mais frequente, a redução da pena, ou, até mesmo, o seu perdão ou não oferecimento da denúncia, acaba por constituir um dos pilares mais fundamentais para solucionar crimes com estrutura organizacional complexa.

Apesar dos ótimos resultados obtidos com a aplicação do instituto, em inúmeros aspectos, a sua aplicação no mundo jurídico tem se mostrado diferente do que se prevê nas legislações extravagantes, principalmente no seu diploma mais importante – a Lei nº 12.850/13, que definiu de forma mais detalhada o procedimento a ser seguido. Tal fato acaba por gerar enormes críticas por parte da doutrina, pesando ainda mais quando nos deparamos com acordos que preveem regimes “diferenciados” não definidos pela Lei nº 7.219/84 (Lei de Execução Penal) ou a possibilidade de bens ilícitamente adquiridos continuarem em posse dos familiares do réu colaborador.

Não bastassem tais problemas, as esparsas legislações não dão conta de regulamentar todas as questões relativas à delação premiada, deixando lacunas que geram incerteza quando da aplicação da delação, o que, muita das vezes, aumenta o poder discricionário do Estado-Acusador, representado na figura do Ministério Público.

Todavia, em termos gerais, a colaboração é muito benéfica para a persecução penal, tendo contribuído para a repatriação de ativos impensáveis com os tradicionais mecanismos. Ainda assim, todo cuidado é necessário, uma vez que, como exposto em todo o decorrer deste trabalho, alguns princípios podem ser distorcidos no cotidiano jurídico.

Em razão dos riscos inerentes à adoção do instituto, deve-se buscar definir critérios mais objetivos para a sua legítima utilização, evitando sua banalização e utilizando-o de forma excepcional, conforme a legalidade.

REFERÊNCIAS

- AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. *A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017.
- ANSELMO, Márcio A. *Colaboração premiada*. O novo paradigma do processo penal brasileiro. Doutrina e prática. A visão do delegado de polícia. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BARRETO, João Pedro Coutinho. *Colaboração premiada como instituto violador da Constituição Federal: a exceção virou regra?* Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRITO, Michelle B. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017.
- CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CAVALCANTI, Fernando da Cunha. A delação premiada e sua (in)conformidade com a Constituição Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9380>. Acesso em jun 2018.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *TEORIA GERAL DO PROCESSO*, 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DUTRA SANTOS, Marcos Paulo. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: Jus PODIVIM, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES FILHO, Antonio M. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006.

LESCANO, Mariana Doernte. *A delação premiada e sua (in)validade à luz dos princípios constitucionais*. Dissertação apresentada para conclusão do curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2006. Disponível em: www3.puc.br/pucrs/files/uni/poa/direito/.../tcc/.../mariana_lescani.pdf. Acesso em 24 de abril de 2018.

Manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA sobre colaboração premiada

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, vol. 04, 2013. p. 4.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Delação premiada: posição contrária*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-contraria/13613>> Acesso em 10 de junho de 2018.

MOURA, Maria Thereza R. A. Delação premiada. *Revista Del Rey Jurídica*. Belo Horizonte, ano 8 , n. 16. 1º sem. 2006.

MUSSO, Rosanna Gambini. *Il processo penale Statunitense, sogetti ed atti*. 2 ed, Torino: GG. Giappichelli Editore, 2001. p.32 (Tradução livre).

NEYFAKH, Leon. *No Deal - Should prosecutors be forced to have their plea bargains approved by juries?* Disponível em <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/crime/2015/04/plea_bargains_should_prosecutors_be_forced_to_have_their_plea_bargains_approved.html>. Acesso em: 26 maio de 2018.

OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile E. Considerações sobre a colaboração premiada; análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/13. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÙ, Carlos Eduardo (Orgs.). *Processo penal e garantias*. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada. Legitimidade e procedimento*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

QUEIROZ, Ronaldo P. (orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 79.

TASSE, Adel El. *Delação Premiada: Novo passo para um procedimento medieval*. In: Ciências Penais - Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 3, p. 269-283, jul./dez. 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2017.

VILLAREJO, Julio Diaz-Maroto. Algunos aspectos jurídicos-penales y procesales de la figura del “arrepentido”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Criminales*, ano 1, n. 0, maio/ago. 2000. Apud GUIDI, José Alexandre Marson. *Delação Premiada no combate ao crime organizado*. São Paulo: Lemos & Cruz: 2006.