

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

ANA PAULA BARCELOS DIAS

ANÁLISE HISTÓRICA-LEGISLATIVA ACERCA DA DELAÇÃO PREMIADA E
BREVES APONTAMENTOS CRÍTICOS

UBERLÂNDIA
2017

ANA PAULA BARCELOS DIAS

**ANÁLISE HISTÓRICA-LEGISLATIVA ACERCA DA DELAÇÃO PREMIADA E
BREVES APONTAMENTOS CRÍTICOS**

Monografia apresentada à
Universidade Federal de Uberlândia
– Faculdade de Direito “Prof. Jacy de
Assis”, como requisito para a
obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Flávia
Cunha Rios Naves

UBERLÂNDIA

2017

ANA PAULA BARCELOS DIAS

**ANÁLISE HISTÓRICA-LEGISLATIVA ACERCA DA DELAÇÃO PREMIADA E
BREVES APONTAMENTOS CRÍTICOS**

Monografia apresentada à
Universidade Federal de Uberlândia
– Faculdade de Direito “Prof. Jacy de
Assis”, como requisito para a
obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Flávia
Cunha Rios Naves

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Flávia Cunha Rios Naves

Professor

*A Paulo César Marinho Dias
e Renata Esteves Barcelos Dias,
como tudo o mais, dedico.*

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora, Flávia Cunha Rios Naves, pelo seu grande comprometimento em ajudar-me e aos meus pais, sempre presentes, agradeço

“A justiça divina e a justiça natural são, por sua essência, constantes e imutáveis, pois as relações que existem entre dois objetos da mesma natureza não podem jamais mudar. Mas a justiça humana, ou, se se preferir, a justiça política, como não é senão a relação que se estabelece entre uma ação e o estado mutável da sociedade, pode igualmente variar, `a proporção que essa ação se torne vantajosa ou imprescindível ao estado social. Só é possível determinar com exatidão a natureza dessa justiça examinando atentamente as relações complicadas das inconstantes combinações que governam os homens”.

CesareBeccaria

RESUMO

A delação premiada, também denominada colaboração processual ou colaboração premiada, foi introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro a partir de influências do Direito Italiano e Americano. Este instituto objetiva contribuir para a aquisição de elementos investigativos e probatórios em decorrência da carência da investigação a partir dos métodos processuais tradicionais. Entretanto, a busca por punir os supostos infringentes da ordem penal, acaba por colidir com direitos assegurados pela Constituição Federal, e, por esta razão, o instituto ora estudado merece ser analisado sob a égide das garantias individuais, o que leva a refletir sobre o tema a partir de critérios conferidos pela teoria dos princípios, em especial, o da proporcionalidade. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro enfrenta grande dificuldade quanto ao procedimento a ser adotado quando dos acordos de delação premiada, vez que, em razão de sua previsão esparsa, não há um diploma específico que preveja normas as quais trariam limites bem como traçariam seu exato contorno quanto à aplicação deste instituto. Aborda-se, assim, a evolução histórica-legislativa bem como as previsões legais no ordenamento jurídico brasileiro, e, por fim, críticas relacionadas à valorização da delação premiada.

Palavras-chave: delação premiada. processo penal. direito penal.

ABSTRACT

The plea bargain, also called process collaboration or award-winning collaboration, was introduced to the Brazilian legal system from influences of Italian and American Law. This institute aims to contribute to the acquisition of investigative and probative elements due to the lack of research from traditional procedural methods. However, the search for punishing alleged infringements of the criminal order, eventually collides with rights guaranteed by the Federal Constitution, and, for this reason, the institute studied here deserves to be analyzed under the aegis of individual guarantees, which leads to reflect on the theory of principles, in particular that of proportionality. In addition, the Brazilian system faces great difficulty regarding the procedure to be adopted when awarding agreements, since, due to its sparse prediction, there is no specific diploma that provides for norms which would bring limits as well as outline their exact application of this institute. The historical-legislative evolution as well as the legal predictions in the Brazilian legal system, and, finally, criticisms related to the valorization of the plea bargain.

Keywords:; plea bargain. penal process. penal law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 DELAÇÃO PREMIADA EM LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS	4
4.1 Itália	5
4.2 Estados Unidos	8
4.3 Alemanha	10
4.4 Espanha	11
4.5 Portugal	12
2 DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
2.1 Noções Introdutórias	14
2.2 Evolução Histórica e Legislativa	14
2.2.1 Lei nº 8.072/1990	16
2.2.2 Lei nº 9.034-1995	17
2.2.3 Leis nº 7.492/1986 e 8.137/1990	18
2.2.4 Lei nº 9.613/1998	20
2.2.5 Lei nº 9.807/1999	23
2.2.6 Lei nº 11.343/2006	29
2.2.7 Lei nº 11.343/2006	30
3 CONCEITO	36
4 CRÍTICAS	38
4.1 A violação ao princípio do Estado de Direito	42
4.3 Violação ao princípio da irretroatividade da lei processual e penal mais gravosa	50
4.4 Risco de sobrevalorização das declarações do delator	53
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

A realidade social é dinâmica e inquieta e a tarefa de legislar busca cuidar, em textos estáticos, desta constante mudança. Esta mutação da sociedade ocorre em todos os seus aspectos, o que inclui o crime, vez que se trata de fenômeno social normal.

Ao longo dos anos, a forma em que os crimes são praticados foram se modificando, de modo que, ainda que soe como um lugar comum afirmar que a criminalidade hodierna não se parece com as condutas criminosas da década de 1940, por exemplo, trata-se de uma constatação.

Os indivíduos passaram a perceber que a organização em forma estruturada e cadenciada, a partir de planejamento e divisão de atividades criminosas, corresponde a maior eficiência dos resultados ilícitos. Desse modo, as práticas delituosas passaram a surpreender o Estado, o qual se viu diante de crimes mais complexos e instrumentos jurídicos arcaicos e insuficientes para a persecução penal.

Diante da necessidade em se buscar solucionar cadeias criminosas intrincadas, os legisladores passaram a prever novos meios de provas específicos que fossem capaz de auxiliar ao combate deste novo desafio.

As grandes operações impetradas pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal, como por exemplo, a Lava Jato, intensificaram debates nos meios jurídicos acerca da colaboração premiada. Este instituto característico de um direito premial não é exatamente uma novidade, tendo sido introduzido pelo legislador Sólon na Grécia Antiga. Foi usual também em Roma (Judas teria delatado o Messias em troca de algumas moedas), adotado entre os séculos XVI e XVII pelos tribunais da Inquisição e do Antigo Regime e, por fim, teve aplicação no Brasil por meio das Ordenações Filipinas, aqui vigentes entre 1603 e 1830, base jurídica do benefício dado a Joaquim Silvério dos Reis no caso Tiradentes, de modo que concediam o perdão a malfeitores que delatassem outros.¹

¹ Disponível em: <https://jota.info/artigos/colaboracao-premiada-reflexoes-sobre-um-instituto-em-construcao-28032015> (acessado em 15 de junho de 2017)

O instituto da delação premiada é previsto em legislações esparsas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que sua aplicação não se restringe somente às organizações criminosas. A Lei dos Crimes Hediondos previu redução de pena para o crime de extorsão mediante sequestro nos casos em que um membro da quadrilha noticiasse o fato à autoridade de modo a facilitar a libertação da vítima. Ainda, o benefício passou a ser previsto em crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 9.080/95, art. 1º), crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei nº 9080/95, art. 2º), lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, art. 1º, §5º) e tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06, art. 41).

Entretanto, ainda que houvessem diversas previsões, a delação premiada apresentava contorno vago, de modo a imperar a mais absoluta insegurança jurídica quando da celebração dos acordos. A partir da promulgação da atual Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), houve maiores esclarecimentos quanto ao procedimento e à regulamentação deste instituto.

Doutrinadores e juristas se dividem quanto à constitucionalidade da delação premiada. Alguns defendem² que este instituto traduz a fragilidade do Estado em combater, de modo eficiente, esse novo cenário da criminalidade que se desenvolveu em âmbito nacional. Trata-se de um instituto que busca no próprio delator, informações cruciais sobre a organização criminosa a qual se fazia parte, recompensando-o com benefícios que podem ser desde a causa de diminuição de pena à extintiva de punibilidade.

Conforme palavras do doutrinador Tourinho Filho³:

A delação (traição) premiada revela a incompetência do estado na luta contra o crime, na ineficiência do sistema de

² Eis a posição de Bitencourt e Busato: “não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de ‘camaradagem’ para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da *moralidade* e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da *delação premiada*, não se questiona a *motivação* do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator” (*Comentários à lei de organização criminosa*, p. 117)

³ TRF – ACR – Apelação Criminal 221261120074013500, 3a T., Rel. Juiz Tourinho Filho, DJF1, 17.12.2010, p. 1.647

persecução criminal. Vale-se, então, da fraqueza de caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição.

Em contrapartida, outros⁴ apontam pela necessidade da delação premiada como instrumento contra o crime organizado, com base em experiências bem-sucedidas de países como Estados Unidos e Itália. Nas palavras de David Teixeira de Azevedo⁵

(...) posso reafirmar ser o instituto orientado eticamente, constituir medida eficaz de política criminal e prestigiar as finalidades do direito punitivo num contexto do Estado democrático de direito e, finalmente, consagrar e garantir um excelente meio e um modo eficaz — muita vez o único — de exercício do direito de defesa, a ser com muita sensibilidade e extremo critério posicionado estrategicamente pelo advogado(...).

A proposta do presente trabalho é, pois, estudar a delação premiada em legislações estrangeiras bem como delinear as previsões deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, importante destacar algumas das diversas críticas a respeito deste instrumento do direito premial a fim de se atentar para uma leitura crítica e necessária para o desenvolvimento acadêmico.

⁴ Conforme ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci: “parece-nos que a delação premiada é um *mal necessário*, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes”. (*Organização Criminosa*, p. 54)

⁵ Disponível em: (<http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/david-azevedo-delacao-premiada-opcao-estrategia-defesa>)

1 DELAÇÃO PREMIADA EM LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

O instituto da delação premiada tem ganhado força no Brasil há pouco mais de 05 (cinco) anos, portanto, uma visibilidade recente, em decorrência de grandes operações impetradas pela Polícia Federal e Ministério Público Federal as quais são frequentemente veiculadas pela mídia e todos os demais meios de comunicação.

Ainda que para alguns pareça um instrumento novo e eficaz utilizado pelos operadores do direito em razão das dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação quando se trata de fenômenos criminais contemporâneos como o chamado crime organizado, a delação premiada é um instituto jurídico presente no ordenamento jurídico há bastante tempo.

A delação premiada, associada à ideia de traição, encontra-se atrelada aos tempos da Idade Média, correspondente aos séculos V ao XV. Trata-se de um período caracterizado pela supremacia da Igreja Católica, a qual, por meio do sistema inquisitório, valorizava a confissão do acusado, ainda mais quando era feita sob tortura.

Neste período, prevalecia a ideia de que o autor do crime era inimigo do inquisidor, o que justificaria o uso de tortura para obter informações. Ainda, o medo por parte do delator em sofrer represálias pelo sistema inquisitório, o obrigava a indicar os comparsas e suas atuações.

Até mesmo nos termos da tradição católica e ortodoxa, Judas Iscariotes teria sido um protótipo de delator, visto que ao invés de proteger Jesus Cristo, entregou-o aos que tentavam capturá-lo, tendo contribuído diretamente para sua morte.

Observa-se, portanto, que desde os primórdios da humanidade, a figura da delação premiada se encontra presente.

Dessa forma, antes de adentrar ao conceito, natureza jurídica, dentre outros apontamentos, necessária a análise histórica da delação premiada, vez que esta evolução influi no regime jurídico adotado pelo Brasil.

4.1 Itália

A partir de 1970 o Estado Italiano buscou criar mecanismos para combater a situação caótica em que o país se encontrava, tendo em vista o crescimento dos crimes organizados e a ascensão da máfia, vista como um verdadeiro Estado Paralelo.

Conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini GRINOVER : “A análise da legislação italiana contra o crime organizado (...) mostra que operou ela em quatro vertentes principais: a legislação anti-terrorismo; a legislação anti-sequestros; as medidas de proteção aos denominados ‘colaboradores da justiça’; e a legislação anti-máfia”⁶.

Inicialmente, o Governo atribuiu maior poder à polícia na tentativa de reduzir os grandes crimes, posteriormente, este poder foi atribuído à magistratura. Sobrevieram, então, novas medidas, como o aumento das prisões cautelares, a proibição de liberdade provisória e o instituto da delação premiada.

Uma das grandes preocupações do Estado Italiano era as práticas terroristas e, com o fim de defini-las para que fosse possível delimitar o campo de aplicação da lei, foi instituída a Lei n. 15, de 6 de fevereiro de 1980, a qual dispõe sobre atos de violência para fins de terrorismo ou subversão da ordem democrática.

Ainda, a Lei 304/82, em seus artigos 1º a 3º, trouxe a previsão das figuras dos “*pentiti*”, “*dissociati*” e “*colaboratori della giustizia*”. O primeiro deles, também chamados de arrependidos, são assim apelidados vez que o agente, antes da sentença penal transitada em julgado, confessa sua própria responsabilidade na prática delitiva e fornece informações à autoridade a fim de reconstituir os fatos delituosos aliados notadamente ao terrorismo e a individualização das pessoas que estariam envolvidas. Para estes, o efeito jurídico é a extinção da punibilidade.

Já o “*dissociati*”, ao contrário do primeiro que indicaria terceiros participantes da organização criminosa, se comprometia a agir na direção de

⁶ RINALDI, Stanislao. **Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália** . Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 6, n. 22, p. 11-25) abr./jun. 1998. p. 20-21

reduzir, ou até mesmo impedir, as consequências danosas das atividades ilícitas. Para estes dissociados, a legislação prevê causa de diminuição de pena ou substituição de prisão perpétua por reclusão de 15 a 21 anos⁷.

A outra figura prevista na legislação italiana em relação ao instituto da delação premiada são os “Colaboradores da Justiça”, os quais, além das já citadas condutas, como a confissão, o apontamento de coautores, o auxílio na prevenção dos resultados das condutas ilícitas, cooperavam no combate ao crime organizado de modo a auxiliar as autoridades competentes a encontrar provas para a individualização das condutas e a captura dos responsáveis, por exemplo. Para estes, é possível a redução de um terço até a metade da pena ou a substituição da prisão perpétua por reclusão.

Já nos idos de 1980, o instituto da delação premiada ganhou ainda mais força naquela que veio a ser uma das maiores operações anti-corrupção da história europeia, a “Operazione Mani Pulite” (Operação Mãos Limpas). Iniciou-se nos meados de 1992 com a prisão de Mario Chiesa, diretor de uma instituição filantrópica de Milão (Pio Alberto Trivulzio), acusado de exigir propina de todos os contratos que realizava por meio da instituição, dinheiro que seria convertido em proveito ao seu partido político e suas próprias ambições.⁸

A ação judiciária acabou por revelar o grande esquema de corrupção que permeava a vida política da Itália e a estratégia adotada pelos magistrados incentivava os investigados a colaborar com a justiça. Ainda na fase pré-processual, os suspeitos eram pressionados a optar pela confissão, sendo levados a crer que outros coautores já teriam feito o mesmo. Além disso, espalhavam-se suspeitas de que caso optassem por não delatarem, a permanência na prisão como medida cautelar seria ainda maior. Note-se, portanto, que a confissão e a delação eram medidas adotadas não por livre vontade dos investigados, mas sim por cederem à pressão velada.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo**. 2ª Ed., Saraiva, 2012 p. 16.

⁸ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p. 105.

Seguiu-se, assim, uma produção de diversas legislações esparsas⁹ com previsão da delação premiada. Como exemplo, a DPR n. 309, editada em 1990, sobre substâncias entorpecentes e psicotrópicas. Esta normativa, em seu art. 74, em se tratando de associação para o tráfico, encoraja a delação processual vez que prevê causa de redução da pena àquele que eficazmente ajude a obter prova do fato ou subtraia da associação recursos decisivos à realização dos delitos¹⁰.

Ainda, no Código Penal Italiano, após a mudança trazida pela Lei n. 894, de 1980, houve a previsão da delação premiada nos casos de sequestro de pessoa com o fim de terrorismo ou subversão ou ainda com fim de extorsão.

Esta Lei trouxe também normativa relacionada à proteção de testemunhas e réus colaboradores, e uma das medidas passíveis de ser adotada é o isolamento ou reclusão em local especial. Além disso, a Itália realizou acordos internacionais, com os Estados Unidos por exemplo, para dar residência diversa aos delatores, os quais receberiam valor mensal do governo italiano¹¹.

Foram ainda criadas medidas secundárias com o fito de tornar a utilização da delação mais eficaz e contornar as deficiências deste instituto. Houve a tipificação de falso testemunho ou falsas informações perante o Ministério Público, a polícia judiciária ou a autoridade judicial.

Contudo, conforme ensinamentos de Sergio Moccia, a vasta previsão da delação premiada nas legislações italianas acaba por permitir a discricionariedade, esta refutada pelo ordenamento jurídico, vez que acaba por contribuir com a insegurança jurídica¹².

⁹ Como exemplos de leis italianas que prevêm a delação premiada, Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte especial**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 124.) destaca: Lei 304/82, Lei 34/87 e Lei 82/91

¹⁰ INSOLERA, Gaetano. **Diritto penale e criminalità organizzata**. Bologna: Il Mulino, 1996. p. 134.

¹¹ INSOLERA, Gaetano. **Diritto penale e criminalità organizzata**. Bologna: Il Mulino, 1996. p. 33.

¹² “Le varie disposizioni si caratterizzano per l’indeterminatezza, se non proprio l’ambiguità della formulazione, che dà vida ad um eccesso di discrezionalità, a sua volta poco congruo rispetto ad esigenze di funzionalità della normativa” - MOCCIA, Sergio. **La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale**. 2. ed. rev. e ampl. Nápoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 180-181. As várias disposições se caracterizam pela indeterminação, se não mesmo por uma ambigüidade da formulação, que dá vida a um excesso de discricionariedade, a seu turno pouco conveniente com a exigência da funcionalidade da norma

4.2 Estados Unidos

O direito americano vivencia o instituto da delação premiada de modo diverso do italiano, bem como do brasileiro (vez que inspirado na Itália). Trata-se de um sistema negocial, adotado como instrumento para resolução de conflitos no campo penal de maneira mais efetiva, por razões de política criminal¹³.

Nos Estados Unidos, o órgão do Ministério Público é responsável por dirigir a investigação policial, decidindo pela propositura ou não da ação penal. Após formalizada a acusação, conforme ensinamentos de João Gualberto Garcez Ramos a respeito do sistema processual americano, o acusado responderá dispondo de três possibilidades. Vejamos¹⁴.

No *commonlaw*, sistema adotado pelo direito norte americano, recebida a acusação, há uma audiência prévia em que há a manifestação do acusado. A primeira possível resposta é denominada “*notguilty*”, em que o acusado se declara inocente e se reserva o direito de aguardar seu julgamento por um júri. Outra alternativa diz respeito ao chamado “*nolocontendere*”, momento em que o imputado não nega tampouco assume a prática delituosa, havendo contestação à acusação. Por fim, a possibilidade do acusado se declarar culpado das acusações (“*guilty*”).

Entretanto, antes de se chegar a essa declaração, é possível que o Ministério Público negocie um acordo com a defesa, é o que se conhece por *pleabargaining* ou *pleaagreement*. Em decorrência desse ajuste, o acusado acaba por confessar sua autoria em decorrência dos termos avençados, lhe sendo oferecidas vantagens. Nesse sentido, ensina José Carlos Barbosa¹⁵:

Uma negociação entre acusação e defesa , na qual o prosecutor, em troca da concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de

¹³ MOCCIA, Sergio. La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2. ed. rev. e ampl. Nápoli: Edizioni Scienfiche Italian, 1997. p. 180-181. As várias disposições se caracterizam pela indeterminação, se não mesmo por uma ambiguidade da formulação, que dá vida a um excesso de discricionariedade , a seu turno pouco conveniente com a exigência da funcionalidade da norma.

¹⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006. p. 188

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O processo penal norte-americano e sua influência**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 26, n. 103, p. 95-107, jul/set. 2001. p.97.

nãodenunciá-lo por outra infração ou de pleitear a aplicação de pena mais branda.

Observe-se, portanto, que o instituto da delação premiada se encontra inserido nesse sistema de negociação entre o órgão acusador e a defesa. O Ministério Público negocia diretamente com o acusado, buscando obter sua confissão, ou ainda informações úteis dos có-réus, ou descrição exata dos fatos, sendo-lhe oferecidas vantagens.

Esse instituto foi introduzido no direito norte americano nos anos de 1960 por intermédio da Lei Ricco, a Lei Americana no Combate ao Crime Organizado, sendo certo que se deu em atenção ao combate da Máfia.

Ao juiz cabe a homologação do acordo firmado entre o órgão acusatório e o acusado/sua defesa. Antes desta medida jurisdicional, deve o magistrado dirigir-se publicamente ao imputado para verificar a voluntariedade de suas palavras. Será também analisada sua capacidade de compreensão da proposta feita pelo Ministério Público para se evitar acordos decorrentes de “*improper coercion*” (violências físicas ou mentais) ou de “*inductions*” (promessas que não possam ser cumpridas pelo órgão acusatório ou resultantes de prévias discussões entre acusação e defesa).

Os acordos são condicionados à propositura pelo Ministério Público. Nos Estados Unidos, esta instituição, como já visto, apresenta poder mais extenso que no Brasil, de modo que a titularidade da ação penal incondicionada é do Órgão Ministerial, sendo de sua responsabilidade, além da condução da investigação policial, o declínio ou o prosseguimento da ação penal e a realização dos acordos com a defesa¹⁶.

No modelo americano há duas formas de colaboração negociada: “*charge bargaining*” e “*sentencebargaining*”. A primeira delas possibilita ao órgão acusatório, após o acusado se declarar culpado, alterar a tipificação inicialmente imputada a este, substituindo para delito de menor gravidade, o que não é possível no ordenamento brasileiro.

Em contrapartida, “*sentencebargaining*” corresponde à postulação pelo Ministério Público de aplicação de uma pena mais amena, também após o acusado ter assumido a prática delituosa. Esta forma de

¹⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 115.

colaboração normalmente é realizada quando o órgão acusatório não quer diminuir as acusações contra o imputado, e seria uma forma de premiá-lo pela delação. Deve esta negociação necessariamente ser aprovada pelo juiz.

Entretanto, importante crítica apontada a esse sistema de negociação americano diz respeito a não observação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais serão respeitados somente se as partes não acordarem, iniciando-se, portanto, a instrução criminal. O real objetivo do “*pleabargaining*” é a solução rápida da lide face à admissão da culpabilidade.

4.3 Alemanha

A delação premiada no direito alemão é conhecida como “Testemunho da Coroa” (*Kronzeuge*) ou “Regras do Testemunho Principal ou da Coroa” (*Kronzeugenregelung*)¹⁷.

O benefício em apreço é concedido ao agente que colabora com a justiça de modo a auxiliar o Estado a impedir a prática de ações criminosas. Em contrapartida, o prêmio pode se dar na forma de diminuição de pena ou perdão judicial.

Ao contrário do modelo americano, como bem explicado por José Alexandre Marson Guidi, cabe ao juiz aplicar ou não o instituto ora analisado, não sendo uma opção exclusiva do órgão acusatório (como no “*pleabargaining*”). Ainda, caso não seja obtido o resultado desejoso em razão de circunstâncias alheias à vontade do colaborador, a ele deve ser aplicada as normas referentes à delação¹⁸.

Conforme apontamentos feitos por Gonçalo Farias de Oliveira Júnior¹⁹ quanto às previsões de colaboração premiada no Código Penal alemão, depreendem-se duas modalidades: o arrependimento *post delictum* e a colaboração não impeditiva. O primeiro traz a possibilidade de exclusão da

¹⁷ SALAS, Luis R. J. “**El arrepentimiento colaborador de la justicia. Una figura perversa**”. Disponível em: <www.mpd.gov.ar/General/Trabajos>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

¹⁸ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada: no combate ao crime organizado**. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006, p. 109-110.

¹⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Gonçalo Farias de. O Direito Premial Brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos. Presidente Prudente. In: Intertemas Revista do Curso de Mestrado em Direito da Associação Educacional Toledo, v. 2. Presidente Pudente, p. 274, 2001

responsabilidade criminal em face da contribuição do agente evitar que o delito ocorra. Trata-se, portanto, de autêntico perdão judicial.

Já a colaboração não impeditiva do resultado, ainda que não seja tão exitosa quanto `aquela, resta configurada quando as informações prestadas pelo agente colaborador permitem que haja a minoração do perigo. Há, como prêmio, a diminuição da *sanctio legis*.

Por fim, a partir dos ataques de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, houve importantes alterações legislativas em decorrência da preocupação das polícias criminais quanto `as questões do terrorismo e do crime organizado.

4.4 Espanha

No direito espanhol, a delação premiada é instituto definido pela expressão “*arrepentimiento*”. Segundo Bittar²⁰, a introdução deste benefício no ordenamento jurídico espanhol se deu a partir da Lei Orgânica nº 3, de 1988, que previu a redução parcial ou a extinção da pena como benefícios ao colaborador participante do crime de terrorismo.

Ainda que o instituto da delação premiada tenha insurgido na Espanha em decorrência da tendência observada pelos países europeus em buscarem mecanismos para combater o terrorismo, o benefício não se restringiu a este crime. O Código Penal espanhol passou a prever a possibilidade de aplicar a delação premiada para o delito de tráfico de drogas e relacionados.

Restará a colaboração configurada quando o agente abandonar voluntariamente suas atividades delitivas e se apresentar `as autoridades confessando os fatos em que tenha participado. Ainda, quando colaborar ativamente para impedir a produção do delito ou cooperar eficazmente na obtenção de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou para impedir a atuação ou o desenvolvimento de organizações ou grupos terroristas aos que tenha pertencido ou com os que haja colaborado.

²⁰ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 08.

4.5 Portugal

O Código Penal português, bem como as legislações extravagantes, trazem a previsão do instituto da colaboração premiada em seus artigos 368º - A e 374º - B, revelando o caráter premial após atendidos determinados requisitos pelo agente. Ademais, a Lei 52/2003, a Lei 36/94 e o Decreto-Lei nº 15/93, demonstram o sistema de premiação.

O art. 368º - A do Código Penal português, o qual tipifica o crime de branqueamento de capitais (processo pelo qual se convertem proveitos obtidos de forma ilícita em capitais lícitos, ocultando-se ou dissimulando-se a natureza, a origem e a titularidade desses mesmos proveitos), previsto no ordenamento jurídico brasileiro como crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, trazido pelo art. 1º da Lei 9.613/1998, prevê atenuação da pena no caso de *“tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo fato ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até o início da audiência de julgamento em primeira instância”*.

Ainda, o dispositivo legal prevê especial atenuação da pena *“se o agente auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura dos responsáveis pela prática dos fatos ilícitos típicos de onde provem as vantagens”*.

Ademais, a colaboração premiada se encontra prevista no art. 374º - B do Código Penal português quanto ao crime de corrupção e recebimento indevido de vantagens. O agente poderá ser dispensado da apenação se, no prazo de 30 dias após a prática do ato e antes de instaurado o procedimento criminal, denunciar a atividade delituosa. Ou ainda, caso o colaborador, até o encerramento da audiência de julgamento de primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção de provas em relação aos demais responsáveis, fazendo jus à atenuação da pena. Este dispositivo legal foi aditado por influência da Lei nº36/94 relativa ao Combate à Corrupção e Criminalidade Econômica e Financeira.

A Lei 52/2003, Lei de Combate ao Terrorismo, prevê em seus art. 2º nº5, art. 3º nº2 e art. 4º nº3 atenuação da pena quando:

[...] o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fazer diminuir consideravelmente o perigo por ela

provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Por fim, o Decreto-Lei nº 15/93 prevê causa especial de atenuação da pena ao agente que *abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fazer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações.*

2 DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Noções Introdutórias

A delação premiada, como visto, se insere no âmbito do direito premial, visto que se trata de um instituto o qual apresenta em sua essência uma prestação (delatar) e uma contraprestação (causa de diminuição de pena ou perdão judicial, por exemplo).

No ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário de diversos países europeus, este benefício se encontra previsto para diversos crimes, não estando restrito somente às organizações criminosas.

Entretanto, a ausência de normatização específica quanto ao procedimento da colaboração premiada tende a contribuir para a insegurança jurídica. De um lado, a defesa se vê em risco pessoal e sem garantias quanto à conquista do prêmio e, de outro, a acusação, que se depara com a possibilidade da delação ser usada como meio do acusado protelar sua condenação.

Para melhor entendimento da posição da delação premiada nos dias atuais, é necessária breve explanação sobre a origem histórica deste instituto no Brasil.

2.2 Evolução Histórica e Legislativa

A delação premiada surge no Brasil em dois momentos: na época do Império, que remonta às Ordenações Filipinas (1603-1830) e, atualmente, com o seu ressurgimento, atrelado à promulgação da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos)²¹.

O Brasil, como colônia de Portugal, estreia sua história jurídico-positiva do Direito Penal a partir das leis lusitanas. Dentre elas, destacam-se as Ordenações Filipinas, cujo Livro V foi a primeira legislação que tratou da matéria penal.

²¹ PENTEADO, Jaques Camargo. Delação Premiada. In: Faria Costa e Silva (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: QuartierLatin, 2006, p. 643.

Alvo de intensas críticas, o Livro V das Ordenações Filipinas tipificava diversas condutas atentatórias à Igreja, ao Reino e à família, sendo as penas bárbaras, atrozes e desiguais. Operava-se a arbitrariedade, vez que não se observava o princípio da legalidade das penas.

As Ordenações Filipinas vigoraram até o fim do século XIX, vigendo, portanto, à época da Inconfidência Mineira. Este movimento social da História do Brasil objetivava alcançar a independência do país, transformando-o em uma República independente²².

Entretanto, o movimento restou malogrado em razão das delações efetuadas por alguns dos próprios inconfidentes, destacando-se a figura do Coronel Joaquim Silvério dos Reis, a quem havia sido prometido o perdão de sua dívida com a Fazenda Real. Entregou, portanto, todos os planos do movimento, culminando no fim do conflito e na execução do líder Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, em 1792.

Assim, desde a época do Império, depreende-se que a delação premiada, ainda que não associada a essa expressão, encontrava-se presente em nosso ordenamento jurídico como um instituto de premiar aquele que traísse seus comparsas e informasse questões atinentes às condutas tidas como delituosas.

Não obstante, em razão da questionável ética envolvida, o benefício restou fadado ao desaparecimento a partir das Ordenações Filipinas. Nas palavras de Jesus: *“em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes”*.²³

Atualmente, a delação premiada não se encontra prevista em um só diploma legal, o que seria o mais adequado, vez que poderia disciplinar seu procedimento e as hipóteses de aplicabilidade em um único texto. Contudo, ressalte-se, de plano, que este instituto se faz presente de maneira desregrada e assistemática pelo ordenamento jurídico, ocasionando diversos

²² PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. **Delação Penal Premial**. São Paulo: PUC, 1992. Monografia (Mestrado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992.

²³ JESUS, Damásio de. **Estágio Atual da “Delação Premiada” no Direito Penal Brasileiro**. In: Revista Magister. Porto Alegre, n. 07, p. 99, ago./set. 2005.

questionamentos, quanto à sua natureza jurídica, o choque com os princípios constitucionais, e outros.

2.2.1 Lei nº 8.072/1990

A “Lei dos Crimes Hediondos” (Lei nº 8.072/90) foi a primeira, após o período do Império, a prever o instituto da delação premiada. Este diploma trouxe duas hipóteses de aplicabilidade, sendo tido como causa de diminuição de pena.

A Lei nº 8.072/90 havia inserido o parágrafo 4º ao art. 159, CP, (extorsão mediante sequestro) o qual dispunha: *“se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá a sua pena reduzida de um a dos terços”*. Entretanto, após a mudança trazida pela Lei nº 9.269/1996, referido parágrafo 4º passou a ter a seguinte redação: *“se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá a sua pena reduzida de um a dois terços”*.

Assim, nos limites da delação, tendo em vista a previsão deste dispositivo legal quanto ao cometimento do crime em concurso de pessoas, tanto pode ser premiado o coautor como o partícipe (*“são coautores os que executam o comportamento que a lei define como crime e partícipe é quem, mesmo não praticando a conduta que a lei define como crime, contribui, de qualquer modo, para a sua realização”*)²⁴. Basta para efeito da delação em questão que o delito tenha sido praticado por, no mínimo, duas pessoas, a título de coautoria ou partícipe.²⁵

Outra hipótese de aplicação da delação premiada prevista pela Lei nº 8.072/90 diz respeito ao seu art. 8º, parágrafo único, o qual dispõe: *“o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”*. Este dispositivo se restringe ao delito de quadrilha ou bando, antes previsto no art. 288, CP. No entanto, tendo em vista a alteração trazida pela Lei

²⁴ DELMANTO, Roberto; DELMANDO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014 p. 195.

²⁵ GRECCO, Rogério. Curso de direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 127.

nº 12.850/13, a qual extinguiu o delito antes previsto como *“bando ou quadrilha”*, o art. 8º, parágrafo único, Lei nº 8.072 restou revogado tacitamente.

Vale ressaltar que antes da modificação trazida pela Lei nº 12.850/2013, o delito plurissubjetivo de “quadrilha ou bando” exigia para sua configuração “mais de três pessoas”, ou seja, eram necessárias, no mínimo, quatro agentes. No entanto, o crime atualmente definido pelo art. 288, CP, (“associação criminosa”) requer a associação a partir de três pessoas.

Nos termos da Lei de Crimes Hediondos, para que seja concedido o benefício da delação premiada, o colaborador deve, além de assumir a prática delituosa, informar os demais participantes da associação criminosa, sendo esta formada previamente para o cometimento de crimes hediondos ou a eles equiparados.

O legislador prevê como resultado da delação o “desmantelamento” da associação criminosa. Dessa forma, a conduta do delator deve ser no sentido de cooperar com a autoridade fornecendo elementos que a capacite a desfazer aquela associação. Caso contrário, se as informações não forem caracterizadas como úteis, não haverá o acordo de delação premiada.

Como benefício ao delator, a lei prevê, como medida obrigatória (a partir da expressão *“terá a pena reduzida”*), causa de diminuição de pena, podendo o patamar, a critério do magistrado, variar de um a dois terços da pena, de modo que essa variação será medida conforme o proveito das informações prestadas pelo delator.

2.2.2 Lei nº 9.034-1995

Depois, a Lei nº 9.034/1995 trouxe a previsão do instituto em estudo em seu art. 6º, o qual dispunha: *“nos crimes praticados em organizações criminosas, a pena será reduzida de um a dois terços quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”*. Esta lei foi promulgada em razão do combate ao crime organizado, no entanto, em razão de diversas falhas, foi revogada, tendo sido

editada a nova Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/2013). Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci²⁶:

“O combate ao crime organizado continua sendo prioridade em quase todo o mundo, pois se está diante de redes de delinquência preparadas para infiltrar agentes na estrutura do Estado, corrompendo funcionários e estabelecendo vantagens indevidas de toda ordem. O Brasil, nesse rumo, editou a Lei 9.034/1995, com a finalidade de ingressar, aparelhado, no esforço legalizado de punir os integrantes dessa espécie de organização. Infelizmente, a referida lei teve várias falhas, dentre elas, a ausência de uma definição de organização criminosa, a transformação do juiz em autêntico inquisidor, a inexistência de tipos penais incriminadores, dentre outras lacunas. Por certo, foi de pouca valia.”

2.2.3 Leis nº 7.492/1986 e 8.137/1990

Outrossim, a Lei Federal nº 9.080/1995 inseriu a delação premiada nos seguintes diplomas: Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional (Lei nº 7.492/1986) e Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/1990). A previsão se dá nestas leis pelos artigos 25, parágrafo 2º e 16, parágrafo único, respectivamente, ambos com a seguinte redação:

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

No que tange `a redução da reprimenda legal, ficará a cargo do magistrado estabelecer a quantidade da diminuição da pena concretamente, podendo variar de 1 (um) a 2/3 (dois terços). No entanto, deverá fazê-lo fundamentadamente, conforme exigência do art. 93, IX, CF/88.

Não cabe, portanto, ao magistrado, indiscriminadamente, reduzir a pena em concreto, conforme sua vontade pessoal. Esta diminuição deverá observar a situação concreta, devendo avaliar, objetivamente, qual foi o nível de colaboração prestado pelo delator com relação `aquilo que está sendo investigado, o que corresponde `a efetividade da colaboração.

²⁶Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015. P.5

A Lei nº 7.492/1986 “define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências”. O legislador, para efeito da lei em espécie, define o que se deve entender por instituição financeira:

Art. 1º, parágrafo único, inc. I e II: “é dessa maneira considerada, a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não (...), em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Equiparando-se à instituição financeira, foram indicadas as pessoas jurídicas que captem ou administrem seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros; bem como pessoa natural que exerça as atividades antes referidas, ainda que de forma eventual”.

Ademais, referida Lei prevê tipos incriminadores os quais possibilitam a incidência da delação premiada. Por exemplo, em seu art. 3º: *“Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira”*.

Já a Lei nº 8.137/1990 prevê “crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências”. Os primeiros, de modo geral, se concentram na atividade de arrecadação da União, dos Estados, dos Municípios e de certas autarquias. Enquanto que em relação aos outros, o legislador previu uma multiplicidade de condutas que são incriminadas, como o abuso do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante ajuste, acordo, aquisição de acervos, coalização, incorporação, fusão ou integração de empresas.

A delação premiada, em ambas as leis (Lei nº 7.492/1986 e Lei nº 8.137/1990) apresenta o mesmo teor normativo e, como intrínseco à sua natureza, indica como requisito “a confissão espontânea”, ou seja, aquela que é feita livre de coação. Nesse esboço:

A confissão deve ser espontânea, isto é, aquela cuja voluntariedade não se encontra maculada. O agente, por sua livre vontade, sem coação e tampouco induzimento em erro essencial, decide espontaneamente confessar. É irrelevante à configuração da delação o motivo – mais ou menos nobre –

que teria levado o agente a confessar. Não se exige, pois, que a confissão seja fruto de arrependimento²⁷.

As alterações trazidas pela Lei 9.080/1995 correspondem à primeira previsão da redução da pena em decorrência da delação premiada fora dos casos de quadrilha ou de organização criminosa, estendendo, portanto, o benefício às situações de concurso de pessoas (que engloba as modalidades de coautoria e partícipe), uma vez que a alteração do parágrafo 4º, do art. 159, CP, que também prevê este instituto para além da organização criminosa, se deu com a Lei 9.269/1996.

2.2.4 Lei nº 9.613/1998

Ainda, a Lei 9.613/1998 (“Lei de Lavagem de Capitais”) prevê, em seu art. 1º, parágrafo 5º, o instituto ora em comento. Observe-se:

“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”.

Note-se que o dispositivo legal transcrito utiliza a expressão “poderá ser” ao se referir à possibilidade de aplicar o benefício ao delator. Em contrapartida, analisando-se os diplomas legais que preveem a delação premiada, depreende-se que ora o legislador se utiliza da expressão “poderá”, ora do verbo “deverá”.

O mandamento “poderá” se encontra presente apenas nas seguintes leis: art. 13, Lei 9.807/1999; art. 4º, Lei 12.850/2013 e art. 1º, parágrafo 5º, Lei 9.613/1998. Do contrário, a previsão da delação premiada se faz acompanhada do verbo “deverá”.

Assim, o uso da expressão “poderá” remeteria à faculdade do aplicador do direito em conceder ou não o benefício legal. Nestes casos, portanto, não se trataria de um direito subjetivo do acusado e sim, a

²⁷ DELMANTO, Roberto; DELMANDO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014. p. 288.

confirmação de poder discricionário do juiz quanto conceder ou não este benefício.

No entanto, ainda que alguns doutrinadores²⁸ defendam a interpretação de rigor semântico no campo do direito, há que se atentar que o instituto da delação premiada, previsto em diversos diplomas legais, ostenta a mesma finalidade, contém os mesmos contornos de direito, não havendo, portanto, razão para se estabelecer tratamento legislativo diferenciado.

Outro benefício previsto ao delator nesta Lei é o cumprimento da pena “em regime aberto ou semiaberto”, sendo estes obrigatórios, afastando, portanto, o início do cumprimento da pena em regime fechado. Na ótica de Roberto Delmanto²⁹:

A nosso ver a possibilidade de concessão do perdão judicial e de regime inicial aberto é de boa política criminal, pois, evitando que o colaborador vá preso, dá maior proteção à sua incolumidade física e, em consequência, estimula a colaboração espontânea.

Indo mais além quanto aos benefícios previstos ao agente delator, depreende-se da redação do art. 1º, parágrafo 5º, Lei 9.613/1998, que é facultado ao juiz decidir pela não aplicação da pena, tratando-se, portanto, de caso expresso de perdão judicial. Sobre este tema, Mirabete³⁰:

O perdão judicial foi também arrolado pela reforma penal entre as causas da extinção da punibilidade, como instituto por meio do qual o juiz, embora reconhecendo a prática do crime, deixa de aplicar a pena desde que se apresentem determinadas circunstâncias previstas em lei e que torna inconveniente ou desnecessária a imposição da sanção penal. Trata-se de uma faculdade do magistrado, que pode concedê-lo ou não, segundo seu critério, e não direito subjetivo do réu.

Portanto, neste caso, a lei prevê ao delator a possibilidade de ser concedido pelo juiz causa de extinção de punibilidade como prêmio às

²⁸ Também chamada de interpretação gramatical ou literal, visa estabelecer o sentido jurídico conforme as próprias palavras que a expressam. Este modelo de interpretação, adotado de forma única e exclusiva, teve seu apogeu na Escola de Bolonha, durante os séculos XI a XIII na Itália, e a que pertenceram Francesco Accursio, Porcio Azon, Búlgaro, Martino Gosia, Ugo e Jacopo da Porta Ravenata, os quais compunham o *Corpus Iuris Civilis de Justiano*, no Direito Romano. (COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.)

²⁹ DELMANTO, Roberto; DELMANDO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014. P. 1011

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Código Penal Interpretado**. 7ª ed. São Paulo, Atlas, 2011, p. 571

informações por ele prestadas. Pela letra da lei, depreende-se que para ser aplicado o benefício em questão, o investigado/acusado deverá colaborar de forma espontânea com as autoridades, prestando-lhe esclarecimentos que sejam capazes de auxiliar a apuração das investigações penais e de sua autoria “ou” a localização dos bens.

Trata-se, portanto, dos mesmos requisitos para a concessão dos demais benefícios previstos pela delação premiada. Dessa forma, parte da doutrina³¹, a despeito da conjunção alternativa “ou”, vem entendendo que o perdão judicial somente deverá ser concedido ao delator caso indique os demais cúmplices da infração bem como o local onde estão os bens.

Todavia, caso o magistrado, conforme o caso concreto e análise das circunstâncias previstas no art. 59, do Código Penal³² bem como da reincidência, verificar que o perdão judicial não consiste em medida suficiente para a reprovação e prevenção do crime, atentando-se, portanto, ao interesse da coletividade, poderá substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal³³.

A despeito do que se encontra disciplinado legalmente quanto ao critério objetivo para a substituição das reprimendas (quantidade da sanção imposta ou crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou ainda crime culposos), resta-se evidente que esta regra legal foi dispensada no campo da delação premiada, bem como a exigência dos critérios subjetivos, vez que a troca permitida independe da pena aplicada concretamente, sendo, inclusive, dispensada a análise quanto à reincidência em crime doloso.

³¹CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 344: “alcançados os dois resultados, parece lógico que seja esse ‘eficiente’ colaborador beneficiado com os prêmios de maior repercussão – podendo-se alcançar inclusive o perdão judicial”.

³² Art. 59, CP. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

³³ Art. 44, CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

2.2.5 Lei nº 9.807/1999

A Lei nº 9.807/1999 estabelece normas a respeito da organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Além disso, apresenta como objeto normativo a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, no campo, portanto, da delação premiada, de modo a apresentar normas que podem se traduzir, ao final, em diminuição da pena ou perdão judicial.

Ademais, importante ressaltar que este diploma legal tem sido utilizado como parâmetro quanto à regulamentação da delação premiada, visto que ela não limita seu campo de aplicação, ao contrário das demais que trazem especificamente a quais delitos o instituto deverá ser aplicado. No entanto, esta deverá ser adotada desde que não invada o campo de atuação das restantes, que apresentam caráter especial.

O art. 14, Lei nº 9.807/99³⁴ prevê a relação entre a delação premiada e a diminuição da pena, e dessa forma observa-se que a primeira pode ser levada a efeito pelo “indiciado” durante a fase investigatória, ou pelo “acusado”, quando em fase judicial.

Ressalta-se, como já abordado no presente trabalho, que esta delação deve ocorrer de forma voluntária, o que não se confunde com a forma espontânea. Conforme ensinamentos de Robaldo³⁵:

Não se exige que a colaboração seja espontânea, basta que ela ocorra como um ato de vontade, sob o domínio dela. Ainda que sugerida ou motivada por terceiro. Isso significa que a colaboração não precisa partir necessariamente da iniciativa do colaborador, ou seja, com a voluntariedade.

Indo além, um dos objetivos da delação premiada, conforme aquela previsão legal, é a identificação das demais pessoas, que juntamente com o delator, figurem como coautores ou partícipes. Antes da análise

³⁴ Art. 14, Lei nº 9.807/99. 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 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

³⁵ ROBALDO, José Carlos de Oliveira, **Legislação criminal especial**. Ciências criminais v.6. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 867.

conceitual quanto a estas duas figuras jurídicas, necessário o estudo sobre autoria.

Conforme ensinamentos de Juarez Tavares³⁶, a teoria do delito apresenta três conceitos de autoria. O primeiro corresponde à teoria ampla, adotada pelos projetos anteriores ao Código Penal Brasileiro de 1940, a qual defende que autor seria todo aquele que contribuisse casualmente para o resultado típico, restando evidente que o objetivo desta corrente era estender a punibilidade a todos que, embora estivessem distantes da realização da conduta típica, houvessem contribuído de qualquer modo para o resultado proibido.

Em contrapartida, a teoria restrita quanto ao conceito de autor, defendida pelo jurista alemão Ernst Von Beling, acena para aquele que realiza a execução da ação típica, de modo que a cooperação para o resultado típico não é considerada como forma de autoria quando estiver situada fora da execução da ação típica.

Por fim, o conceito funcional de autoria, a qual articula a teoria do domínio do fato³⁷. Conforme palavras do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt³⁸:

Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando determinou a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples “posição hierárquica superior”, sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva. Autor, enfim, é não só o que executa a ação típica, como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata).

Como visto, a doutrina diverge quanto aos conceitos de autoria no direito penal, mas aquela adotada majoritariamente no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito à teoria do domínio do fato. Analisemos, portanto, a distinção entre coautoria e partícipe.

³⁶ Disponível em: http://www.juareztavares.com/textos/apontamentos_autoria.pdf (acessado em 20 de junho de 2017)

³⁷ Desenvolvida por Claus Roxin, através de sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft* inicialmente publicada em 1963.

³⁸ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral#_ftnref17

Conforme salientado por Bitencourt³⁹, para que haja a configuração da coautoria, basta que haja consciência dos indivíduos envolvidos no fato típico, constituindo, portanto, o liame psicológico que une a ação de todos. Em contrapartida, a participação, por ser a intervenção em fato alheio, pressupõe a existência de um autor principal, de modo que o partícipe realiza atividade secundária que contribui, estimula ou favorece a execução da conduta.

Superada a diferenciação entre coautor e partícipe, voltemos ao estudo dos objetivos traçados pela delação premiada. Visa, ainda, a partir das informações prestadas pelo delator, proporcionar a “localização da vítima com vida”. É o caso, por exemplo, do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159, CP). Mais, o instituto delineia a recuperação total ou parcial do produto do crime, o que não se confunde com o proveito de crime, que diz respeito à bem ou valor adquirido com recurso provindo da atividade criminosa.

A delação prevê como prêmio a diminuição da pena, sendo esta fixada no patamar entre um a dois terços. No entanto, a lei não delineia os requisitos para a determinação da diminuição da sanção jurídica, mas juízes vêm entendendo que esta deve ser fixada conforme o nível de colaboração impetrado pelo delator⁴⁰.

Ressalta-se que, embora não haja a previsão legal quanto aos critérios que devem ser observados na fixação da causa de diminuição de pena, a decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, IV, CF/88.

Outra previsão trazida pela Lei nº 9.807/99 em relação à delação premiada é o perdão judicial no seu art. 13⁴¹.

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. v. 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 384.

⁴⁰ “Reconhecido pelo magistrado que a colaboração do acusado foi fundamental para o desmantelamento da quadrilha e para conhecer o funcionamento de toda a organização criminosa, possibilitando a condenação, inclusive, de autoridade, a diminuição da pena no patamar máximo pelo benefício da delação se impõe”. (TRF1, ACR – Apelação Criminal 75876520064013600, 3ª T., Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, DJF1, 26.07.2013, p.493)

⁴¹ Art. 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.

Confirmando o caráter amplo de referida legislação, como já discutido acima, o dispositivo legal transcrito não determina em qual tipo penal a benesse pode ser adotada. Assim, o perdão judicial poderá ser adotado em qualquer figura delitiva, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos pelo art. 13, Lei nº 9.807/99. Nesse sentido, ensina Rogério Grecco⁴²

Pela redação do mencionado art. 13, tudo indica que a lei teve em mira o delito de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do Código Penal, uma vez que todos os seus incisos a ele parecem amoldar. Contudo, vozes abalizadas em nossa doutrina já se levantaram no sentido de afirmar que, na verdade, a lei não limitou a sua aplicação ao crime de extorsão mediante sequestro. Podendo o perdão judicial ser concedido não somente nesta, mas em qualquer outra infração penal, cujos requisitos elencados pelo art. 13 da Lei 9.807 possam ser preenchidos.

Em conformidade a este entendimento, diz Celso Delmanto⁴³:

A Lei n. 9.807/99 passou a prever para todas as modalidades de delitos (hediondos ou não), em seu art. 13, caput, o perdão judicial (que antes só se aplicava aos crimes de lavagem de dinheiro para os acusados cuja colaboração resulte na identificação dos demais coautores ou partícipes das ações criminosas (inciso I), na identificação da vítima com sua integridade física preservada (inciso II), e na recuperação total ou parcial do produto do crime.

Aqui, a lei exige que o delator seja primário para que possa ser beneficiado pelo perdão judicial. Outra exigência é que tenha “colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e processo criminal”, o que significa que a denúncia feita pelo autor terá que produzir os resultados concretos apontados nos incisos do art. 13 deste diploma legal.

Importante questão cinge quanto `a necessidade ou não de haver a ocorrência de todos os requisitos de resultado previstos nos incisos I ao III do art. 13, Lei nº 9.807/99, vez que o legislador não utilizou a conjunção

⁴² GRECCO, Rogério. Curso de direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 729

⁴³ DELMANTO, Roberto; DELMANDO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 168

alternativa “ou” e nem o conectivo “e”. Conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci⁴⁴:

A lei não é clara, a respeito da alternatividade ou da cumulatividade dos requisitos enumerados nos incisos do art. 13. Acolhendo-se a tese da cumulatividade, a lei perde o seu significado e reduz-se à aplicação ao crime de extorsão mediante sequestro. Pois é o único que permite a identificação de comparsa + a localização da vítima + a recuperação do produto do crime (valor de resgate). Não é lógica essa posição, uma vez que não teria sentido editar uma lei de proteção a vítimas e testemunhas voltada, unicamente, ao delito previsto no art. 159 do Código Penal. Portanto, parece-nos natural concluir pela alternatividade dos requisitos. Para a obtenção dos benefícios da delação premiada, é preciso que o agente permita a identificação dos demais coautores ou partícipes ou favoreça a localização da vítima com sua integridade física preservada ou proporcione a recuperação total ou parcial do produto do delito.

Assim, defende que ante a ausência de indicação expressa, o texto legal deve ser interpretado em favor do delator, por se cuidar de material de conteúdo penal e até mesmo por questão de política criminal.

Ademais, o dispositivo em comento prevê como fator subjetivo para a concessão do perdão judicial a personalidade do beneficiado. Sobre este critério, Guilherme de Souza Nucci⁴⁵ ensina:

A personalidade é conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida, assim como a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do crime constituem requisitos de análise subjetiva, a ser realizada pelo magistrado. Tememos por essa avaliação, na medida em que o juiz, em regra, no Brasil, não está habituado – embora devesse – a analisar tais requisitos nem mesmo no momento de aplicar a pena (art. 59, CP). Logo, como se valerá dessa avaliação em instante tão importante como é o da delação premiada? Seria cabível delator se submeter ao risco de morrer por conta da colaboração e, ainda assim, o juiz negar o benefício? Entendemos que o disposto neste artigo, pelo grau de envolvimento atingido pelo delator, não deveria ficar a critério subjetivo do magistrado. Por isso, o ideal seria revogar o dispositivo no parágrafo do art. 13 da Lei 9.807/99. Enquanto tal fato não for feito, o juiz deve ter o máximo de cautela para não

⁴⁴Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015 p. 1.026

⁴⁵Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015 p. 1.027

frustrar aquele que colaborou, efetiva e voluntariamente, para atingir um dos objetivos descritos nos incisos, embora possa não ter a melhor personalidade ou o crime possa ser considerado grave.

Ainda, a respeito da análise da personalidade pelo magistrado como fator influenciador na sanção penal, defende José Antonio Paganella Boschi que aquela corresponde a algo dinâmico, que nasce com o indivíduo mas também se modifica com ele. Ainda que fosse possível um diagnóstico conclusivo sobre o assunto, o que desafia até mesmo os profissionais competentes, como psicólogos ou psiquiatras, não seria legítima a consideração da personalidade do acusado como fator de exacerbação da sanção, pois representaria uma punição ao seu modo de ser, concebendo a intervenção estatal com o fim de alterar a personalidade do criminoso uma de suas finalidades.⁴⁶

Neste mesmo sentido, a doutrina parece apontar pela necessidade de se afastar a análise da personalidade do agente pelo poder judiciário, tendo como justificativa críticas referentes ao aspecto estrutural e organizacional do judiciário. Nas palavras de Juliana de Andrade Colle:

Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo... Terceiro, porque não vige no processo penal a identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade".⁴⁷

Ademais, o desembargador Amilton Bueno de Carvalho, quando da análise do princípio da secularização e seus efeitos na esfera jurídico-penal, alerta pela impossibilidade do Estado criminalizar ou penalizar a esfera do pensamento, devendo limitar-se ao tratamento das condutas danosas, sob

⁴⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 207.

⁴⁷ COLLE, Juliana de Andrade. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais** (art. 59, do CP) na dosimetria da pena. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 20 de junho de 2017, p. 1.

pena de desvio. Caso contrário, configuraria retrocesso ao estado de natureza, onde cada indivíduo era juiz em causa própria.⁴⁸

Assim, o magistrado, quando da análise dos requisitos previstos pelo parágrafo único do art. 13, Lei 9.807/99, quais sejam, a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, deve ter cautela ao decidir sobre a concessão ou não do perdão judicial, vez que poderá incidir em *bis in idem*, atentando-se, portanto, por não fundamentar sua decisão em critérios já observados quando da fixação da pena-base (nos termos do art. 59, CP).

Por fim, última previsão trazida pela Lei 9.807/99 quanto a delação premiada diz respeito à proteção aos réus colaboradores, nos termos do art. 15⁴⁹, tendo em vista que a possibilidade do delator sofrer ameaças por parte dos delatados é consequência plenamente visível e esperada. Por essa razão, o legislador traçou norma precisa contendo medidas específicas que devem ser empregadas relativamente àquele que colaborou com os fins buscados pela legislação quando da aplicação da delação premiada.

2.2.6 Lei nº 11.343/2006

A antiga Lei de Drogas (Lei nº 10.409/2002), previa em seu art. 32, parágrafo 2º⁵⁰, uma diferente roupagem à delação premiada. Contudo, esta foi revogada pela Lei nº 11.343/2006, a qual, em decorrência do disposto

⁴⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2º ed. 2002, p. 7.

⁴⁹ Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. §1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. §2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. §3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

⁵⁰ Art. 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 da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para o interesse da justiça.

em seu art. 41⁵¹, não mais possibilita o sobrestamento das investigações em decorrência da delação premiada.

Em contrapartida, a nova lei de drogas prevê a permissão para a diminuição da pena dentro do patamar entre um e dois terços da reprimenda imposta, não sendo mais possível nem mesmo o perdão judicial.

2.2.7 Lei nº 12.850/2013

Outro importante instrumento legislativo a trazer expressamente o instituto da delação premiada é a nova Lei de Organização Criminosa, a qual revogou a antiga Lei 9.034/1995.

A novel Lei trouxe a previsão do conceito de organização criminosa, o que se revela importante ao estudo da delação premiada, vez que ao tipificar aquela conduta, fixa-se a viabilidade de aplicação dos institutos previstos na Lei nº 12.850/13.

Conforme ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci⁵², organização criminosa pode ser definida como:

Associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

A respeito da tipificação de organização criminosa, trouxe previsão a Lei nº 12.850/2013, em seu art. 1º, §1º⁵³.

O primeiro elemento trazido pelo tipo penal é a associação de quatro ou mais pessoas, exigência esta resultante de política criminal. Em contrapartida, a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), em seu art. 35, prevê a

⁵¹ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

⁵² Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015.p.12

⁵³ Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. §1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

configuração de associação para a prática do tráfico de drogas (crimes previstos nos arts. 33 e 34) a constituição de duas ou mais pessoas.

Ademais, importante ressaltar que a Lei nº 12.850/13 modificou a redação do art. 288, CP, o qual, antes, tipificava a conduta definida como “quadrilha ou bando”. A partir da mudança, houve a previsão da terminologia correta, qual seja, associação criminosa, mantendo a exigência de no mínimo três pessoas para a sua configuração.

Portanto, observa-se a ausência de uniformidade no ordenamento jurídico quanto à composição dos agentes em relação à associação, sendo que o art. 288 do Código Penal prevê o mínimo de três pessoas para a sua configuração, o art. 35 da Lei de Drogas exige duas e, por fim, a Lei nº 12.850/13 exige, pelo menos, quatro pessoas na organização criminosa.

Outro requisito para restar configurado este crime é estruturação entre os agentes capaz de revelar uma forma de hierarquia, ou seja, é necessário, a divisão de tarefas de modo que cada um possua uma atribuição particular, respondendo pelo seu posto.

Conforme previsão legal, o objetivo da organização criminosa deve estar vinculado à obtenção de vantagem de qualquer natureza, desde que ilícita. Comumente, esta vantagem apresenta cunho econômico, mas nada impede que esteja associada a outro proveito. Nas palavras de Bitencourt e Busato⁵⁴:

Sustentamos que vantagem de qualquer natureza – elementar do crime de participação em organização criminosa –, pelas mesmas razões, não precisa ser necessariamente de natureza econômica. Na verdade, o legislador preferiu adotar a locução vantagem de qualquer natureza, sem adjetivá-la, provavelmente para não restringir seu alcance”.

Ainda, o dispositivo que tipifica a organização criminosa prevê que esta esteja voltada à prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 04 (quatro) anos. Note-se que o legislador fez uso da expressão “infrações penais” a qual abrange crimes e contravenções penais, no entanto, estas últimas apresentam pena máxima igual a 02 (dois) anos, estando, portanto, fora da previsão de 04 (quatro) anos.

⁵⁴ Bitencourt, Cezar Roberto. **Comentários À Lei de Organização Criminosa**. Saraiva, 2014, p. 34

Importante crítica trazida por doutrinadores diz respeito à exclusão do campo de incidência da organização criminosa dos delitos cuja pena máxima seja inferior a 04 (quatro) anos. Neste sentido, aponta Nucci⁵⁵: “*Ora, é evidente poder existir uma organização criminosa voltada à prática de jogos de azar (contravenção penal) ou de furtos simples (pena máxima de quatro anos)*”.

Dessa forma, restando afastada a configuração de organização criminosa quando os agentes praticarem delitos cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, incide-se ao caso as normas referentes ao concurso de agentes (coautoria ou partícipe).

Por fim, o legislador previu, nos casos de infrações penais de caráter transnacional, independente de sua natureza e de sua pena máxima abstrata, ser possível a caracterização da atividade como de organização criminosa.

Há, ainda, a possibilidade de aplicação das normas previstas na Lei 12.850/13 a situações de delinquência que fogem ao conceito de organização criminosa, caracterizando, portanto, uma aplicação por extensão desta lei, como foi previsto pelo §2º do art. 1º.⁵⁶

Dessa forma, são duas as possibilidades de extensão desta lei, de modo que o instituto da delação premiada é plenamente ajustável. A primeira delas diz respeito às infrações penais (portanto, contravenção ou crime) previstas em tratados e convenções internacionais, assumidos pelo Brasil, desde que tenham início em território nacional atingido o estrangeiro ou reciprocamente.

O tráfico de drogas é arquétipo da previsão contida no art. 1º, §2º, II, Lei 12. 850/13. Dessa forma, quando praticado em âmbito transnacional, ainda que por três pessoas, o que não caracterizaria organização criminosa, admite a incidência do benefício da delação premiada.

Ainda, há expressa divergência entre os benefícios previstos à delação premiada no âmbito da Lei de Drogas e aqueles renunciados na Lei

⁵⁵ Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015. p. 14

⁵⁶ Art. 1º, §2º. Esta lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

12. 850/13. A primeira lei não admite o perdão judicial, enquanto que a segunda o prevê como causa de extinção da punibilidade. Sendo esta a mais antiga, sua aplicação deve prevalecer aos crimes de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos do art. 1º, §2º, I da mencionada lei.

A Lei 12. 850/13 prevê, além dos genéricos já trazidos no Código de Processo Penal (testemunha, documentos, perícia, confissão, interrogatório, indício, acareação, reconhecimento de pessoa ou coisa, busca e apreensão), meios de prova específicos, tendo em vista a complexidade desses crimes, também, instrumentos que vão além dos ordinários conforme o art. 3º⁵⁷. Contudo, neste trabalho será analisado, de forma pormenorizada, apenas o instituto da delação premiada.

A Lei utiliza a expressão “colaboração premiada”, mas, no entendimento de Nucci⁵⁸, cuida-se, em verdade, de delação premiada, vez que o instituto busca uma cooperação específica, que seja capaz de revelar os dados, até o momento, obscuros quanto à autoria ou à materialidade da infração penal. Nesse sentido, traz Walter Barbosa Bittar⁵⁹:

Etimologicamente, delação advém do latim *delatione*, e significa a ação de delatar, denunciar, revelar etc. No entanto, a palavra delação, de modo isolado, pode ter dois significados nas ciências penais, restando necessária uma breve distinção de sentidos da palavra. Num primeiro momento, delação, na sua acepção de denúncia, deve ser entendida no sentido de *delatio criminis*, ou seja, seria o conhecimento provocado, ‘por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso’. Nesse sentido, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já, em sua acepção de revelar, se poderia entender a delação como sendo a conduta do participante que efetua ‘a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia’. É nesse segundo sentido

⁵⁷ Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I – colaboração premiada; II – captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III – ação controlada; IV – acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V – interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI – afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII – infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII – cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

⁵⁸ Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015. p. 51

⁵⁹ Bittar, Walter Barbosa. **Delação Premiada - Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência**. 2ª Ed. Editora Lumen Iuris, 2011, p. 4/5

que se encontra a figura dos colaboradores ou, no Direito Italiano, dos arrendidos (pentiti).

Em seu art. 4º, *caput*⁶⁰, ao tratar dos requisitos para aplicação do prêmio atrelado à delação, a Lei 12.850/13 prevê a colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal. A eficiência da delação será medida a partir do preenchimento dos incisos deste artigo, e a voluntariedade, como já fora abordado neste trabalho, diz respeito à ausência de coação moral ou física, o que não demanda a espontaneidade. Ademais, exige-se consonância entre as informações prestadas em fase investigativa e judicial, ou seja, o dispositivo usa-se da cumulatividade, de modo que se houver retratação em juízo, o benefício não será observado.

Ainda, o art. 4º da mesma lei, requer para a concessão do benefício, a análise positiva quanto a personalidade do colaborador, a natureza, a circunstância, a gravidade, a repercussão do fato criminoso e a eficácia da colaboração, mesclando em um só contexto elementos de ordem objetiva e subjetiva.

Em outro inciso o legislador exige que o delator deva ser capaz de indicar os demais coautores e partícipes da organização criminosa, bem como, apontar as infrações penais por estes cometidas, sendo uma inovação não prevista na antiga Lei 9.807/99.

Ainda de acordo com a lei, necessária a revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa, a fim de possibilitar a apuração da materialidade e autoria das infrações penais. Nesse mesmo sentido, outro resultado previsto pela lei para que a delação premiada possa ser concedida ao delator é a revelação de futuras infrações do crime organizado. Ou ainda, possibilitar a recuperação da vantagem auferida pela organização criminosa.

⁶⁰ Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada; §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.

Por fim, o resultado previsto no art. 4º, V, Lei 12.850/13, que diz respeito à localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Note-se, pois, que corresponde a exigência específica, sendo possível apenas nos crimes de extorsão mediante sequestro⁶¹ ou sequestro⁶².

Em se tratando da concessão de um dos prêmios previstos ao delator, quais sejam, o perdão judicial, a redução da pena aplicada em até dois terços, ou ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deverá o magistrado observar o grau de eficiência atrelado às informações prestadas.

Após esta breve análise acerca das legislações que preveem a delação premiada bem como os requisitos para sua concessão, depreende-se que não há unificação quanto à sua regulamentação, sendo diversos os dispositivos legais que a tratam. Por essa razão, alguns juristas defendem que a Lei das Organizações Criminosas, por ser mais completa, deve ser usada como parâmetro na concessão da delação premiada. Nesse sentido, defende Gustavo Badaró⁶³:

De todos os regimes legais de delação premiada, o mais completo e detalhado é o da Lei das Organizações Criminosas (nº 12.850/13, arts. 4º a 6º), que estabelece a regra em comento, no § 16 do art. 4º. Sua aplicação, contudo, não será limitada à “colaboração processual” no âmbito da criminalidade organizada. Terá incidência também, por analogia, a todo e qualquer caso de delação premiada. Isso porque não há nada de peculiar ou especial, em relação ao crime organizado, que justifique essa restrição de valoração da delação premiada, que não se encontre nos outros regimes especiais que a preveem. Não é, pois, um caso de *lex specialis derogat generali*. O que inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um computado. E isso não é diferente se o agente colaborador participa de organização criminosa, de tráfico de drogas, de lavagem de dinheiro ou de crime contra o Sistema Financeiro Nacional.”

⁶¹ Art. 159, *caput*, CP. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate.

⁶² Art. 148, *caput*, CP. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado.

⁶³ Disponível em: (<http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>)

3 CONCEITO

Após a análise da evolução histórica bem como legislativa da delação premiada, necessário discorrer sobre o conceito, de maneira unificada, deste instituto, de modo a se abster, por ora, de considerações ou questionamentos morais bem como de conveniências político-criminais.

Em um entendimento amplo, delação premiada corresponde às informações prestadas pelo coautor ou partícipe às autoridades, sendo capazes de revelar as circunstâncias do crime, identificar os demais agentes, dentre outros requisitos já analisados. Cumpre ressaltar que se exige também a confissão da prática delituosa por parte do delator.

Nesse sentido, Adalberto José Aranha⁶⁴:

A delação ou chamamento de co -réu consiste na afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvida na polícia, e pela qual , além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa.”

Neste esboço, Luiz Flavio Gomes confirma a necessidade do investigado ou acusado confessar a prática delituosa para além de prestar informações referentes aos coautores/partícipes. Necessário, portanto, a conjunção em assumir a responsabilidade criminal e incriminar outros participantes do mesmo fato, de maneira a contribuir para o esclarecimento de outro ou outros crimes⁶⁵.

Ademais, a expressão “delação” se vê acompanhada da qualificadora “premiada”, a qual demonstra a existência de uma recompensa para aquele que decide por confessar a prática delituosa e entregar os demais autores.

Por fim, Guilherme de Souza Nucci⁶⁶ defende a relativização da delação premiada, confirmando o teor do art. 4º, §16, Lei 12. 850/13:

O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na

⁶⁴ ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132.

⁶⁵ GOMES, LuisFlávio, CERVINI, Raul, OLIVEIRA, Willian Terra de. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: RT, 1998, p. 344.

⁶⁶ Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015. p. 52

persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio. Diante disso, é inviável lastrear a condenação de alguém baseado unicamente numa delação. É fundamental que esteja acompanhada de outras provas, nos mesmos moldes em que se considera o valor da confissão. Note-se o disposto pelo art. 4º, §16, da Lei 12. 850/2013: 'Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador'.

4 CRÍTICAS

A delação premiada é alvo de muitas críticas por parte de grandes doutrinadores⁶⁷, os quais defendem que este instituto é violador de garantias fundamentais de um Estado de Direito, vez que estimula a “traição” ao garantir prêmios `aqueles que assim o fizer.

José Carlos Porciúncula, em artigo esclarecedor⁶⁸, remete a Lei 12.850/2013 `a política criminal denominada eficientismo penal, a qual defende o lema “Lei e Ordem” de modo a associar a necessidade do combate à criminalidade `as medidas mais repressivas. Em outro polo se encontra a teoria formulada pelo italiano Luigi Ferrajoli⁶⁹, o garantismo penal. Necessário, portanto, esclarecer as duas correntes para, posteriormente, relacioná-las à delação premiada.

As duas vertentes principais de Política Criminal que surgem em resposta às discussões acerca da segurança urbana, são denominadas Eficientismo Penal e Garantismo Penal. A primeira delas se encontra frequentemente associada a um programa norte-americano, o “Tolerância Zero de New York”⁷⁰, responsável pelo barulho midiático que propagandou esse suposto “sucesso”. Defende-se, aqui, a expansão do sistema penal⁷¹, a partir

⁶⁷ A título de ilustração, podem ser citados: Aury Lopes Jr, Afrânio Silva Jardim e Alexandre Moraes da Rosa

⁶⁸ Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4o-da-lei-12-85013/>

⁶⁹ Jurista italiano e um dos principais teóricos do garantismo penal. Atuou como juiz entre 1967 e 1975 e, a partir de 1970, foi professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino. Desde 2003 leciona na Universidade de Roma Tre. Dentre as diversas obras publicadas, a principal delas é “*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*”. Informações retiradas de: https://pt.wikipedia.org/wiki/Luigi_Ferrajoli#cite_note-Trindade2013-2

⁷⁰ Esta política foi influenciada pela teoria denominada “*The Broken Windows*” (teoria das janelas quebradas), criada pelos americanos James Wilson e George Kelling. Conforme explicações de Coutinho (Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda; Carvalho, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 23-29, 2003): “Segundo eles, pequenos delitos (como vadiagem, jogar lixo nas ruas, beber em público, catar papel e prostituição), se tolerados, podem levar a crimes maiores [...] se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas”.

⁷¹ A expansão deste ramo está relacionada `a ideia de Direito Penal Máximo, e Luciana Medeiros Fernandes (Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?: breves lineamentos sobre a função do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 69, p. 46-94, nov.-dez. 2007.) traz que: “o modelo de direito penal máximo quer dizer incondicionado e ilimitado, se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente,

de materializações legislativas no sentido de criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários e penitenciários⁷².

Nesse sentido, o Direito Penal deixa de ser subsidiário, não mais entendido como *ultima ratio*⁷³, de tal modo que se transforma em instrumento ao mesmo tempo repressivo e simbólico. Repressivo em consequência ao aumento da população carcerária e da elevação tanto qualitativa quanto quantitativa da pena em abstrato. Simbólico pois se incumbe de ajustes internos ao sistema a fim de propiciar nova aparência de funcionamento.

Em crítica endereçada ao efficientismo, Baratta⁷⁴ defende que o objetivo desta vertente é tornar mais eficaz e célere a resposta punitiva, de forma simbólica, suprimindo as garantias e direitos materiais e formais que foram conquistados pelo Direito Penal e positivado nas constituições e convenções internacionais.

Mais ainda, Santos⁷⁵ traz que o efficientismo penal traduz a incapacidade do Estado em combater a criminalidade por meio de políticas criminais *lato sensu*, que são as políticas sociais, as quais teriam como foco os verdadeiros problemas criminogênicos, e, desse modo, lança mão de políticas criminais estritas, se contentando com o punitivismo simbólico.

Em oposição se encontra o Garantismo Penal⁷⁶, que corresponde a um conjunto de teorias formuladas pelo jusfilósofo Luigi Ferrajoli. A

configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação”.

⁷² Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/minimalismos-abolicionismos-e-efficientismo/>

⁷³ O Direito Penal corresponde à reação mais forte do Estado contra o cidadão, razão pela qual deve ser utilizado com cautela. Nesse sentido, Mir Puig (Santiago, 2007, p. 93 e 94): “O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da ‘máxima utilidade possível’ para as eventuais vítimas deve ser combinado com o ‘mínimo sofrimento necessário’ para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o ‘princípio da subsidiariedade’, segundo o qual o Direito penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos”.

⁷⁴ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Acerca da Possibilidade de Utilização do Critério de Eficiência no Direito Penal. In: SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 251-280

⁷⁵ SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Acerca da Possibilidade de Utilização do Critério de Eficiência no Direito Penal. In: SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁷⁶ Nas palavras de Norberto Bobbio, garantismo penal é: “sistema geral do garantismo jurídico ou, se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que têm por fundamento

expressão “garantismo” está relacionada à proteção daquilo que se encontra previsto no ordenamento jurídico quando se trata de direitos, privilégios e isenções garantidos aos cidadãos pela Constituição. No entanto, não se trata de legalismo, mas traz como pilar de sustentação o axioma de um Estado Democrático de Direito⁷⁷.

Um dos princípios do Garantismo Penal é o da retributividade da pena em relação ao delito cometido, o que demonstra o reconhecimento da necessidade do Direito Penal, contrapondo-se à visão abolicionista⁷⁸. Outro fundamento principiológico diz respeito à legalidade, o qual prevê ser inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição da respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal.

Ainda, o Garantismo Penal aponta pela necessidade de economia do Direito Penal, sendo esta traduzida pela *ultima ratio*. Assim, deve-se buscar solucionar os conflitos, a princípio, por outros meios, sendo esta ciência o último recurso a ser utilizado⁷⁹. Ainda, Ferrajoli apresenta os três sentidos atribuídos ao Garantismo:

Segundo um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão. [...]Em um segundo significado, ‘garantismo’ designa uma teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’ como categorias distintas não só entre si mas, também, pela ‘existência’ ou

e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder”. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2010, p. 7.)

⁷⁷ Disponível em: <https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>

⁷⁸ Zaffaroni explica: “O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais”. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 2014, p. 89)

⁷⁹ Trata-se, portanto, de uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, assim, traduzindo o Direito Penal mínimo, o qual serve como freio ideológico para a atuação indiscriminada do estado na liberdade do cidadão, devendo utilizar o seu poder punitivo como *ultima ratio*. (CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006)

‘vigor’ das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. [...] Segundo um terceiro significado, por fim, ‘garantismo’ designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo”.⁸⁰

Fernando Tenório Tagle resume a diferença entre estas vertentes principais dizendo que⁸¹:

El Garantismo penal que caracteriza as políticas inclusivas, como es el caso de la orientación denominada derecho penal mínimo, adopta por el mismo la posición inversa del proyecto de ley que se conoce por ‘cero tolerancia’. El Garantismo penal plantea, al contrario del proyecto citado, cero tolerancia no hacia la ciudadanía, sino a violaciones de la autoridad a los derechos fundamentales”.

No artigo intitulado “*Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada*” de Porciúncula, o autor identifica as ideias eficientistas ao Direito Penal do Inimigo, relação esta já apontada por Günther Jakobs.

Conforme ensinamentos de Rogerio Greco⁸², no final do século XX e início do século XXI, a mídia teve papel influenciador quanto à propagação da ideia de que o recrudescimento do sistema penal seria a solução para o fim da criminalidade, tese defendida pelo movimento “Lei e

⁸⁰FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2006, p. 785-787

⁸¹Quando o Direito Penal Mínimo é mencionado, esclarece que tal corrente de pensamento “(...) que forma parte de la política criminal alternativa contemporánea se consolida a mediados del decenio de 1980 con las aportaciones de Alessandro Baratta y Luigi Ferrajoli. (TENORIO TAGLE, Fernando. **Cultura, sistema penal y criminalidad. Ciudades Seguras I – Sección de obras de Política y Derecho**. México: FCE, 2002, p. 21.

⁸² Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>

Ordem”⁸³, como já analisado. Ideia esta de fácil aceitação em virtude de uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança e pela criminalidade.

Como bem apontado por Greco, o Estado Social foi deixado de lado para dar lugar a um Estado Penal. Essa mudança se traduz nas diversas medidas anunciadas pelo Congresso Nacional de combate ao crime, a criação de novos tipos penais incriminadores, afastamento de determinadas garantias processuais, práticas estas que traduzem a ideia de um Direito Penal Máximo.

No mesmo esqueque, se apresenta o Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida pelo professor alemão GüntherJakobs em meados de 1990. O doutrinador busca distinguir o Direito Penal do Cidadão do Direito Penal do Inimigo, em que o primeiro apresenta visão garantista, de modo a primar pela observância dos princípios fundamentais que são previstos aos indivíduos. Em contrapartida, o Direito Penal do Inimigo seria aquele despreocupado com os princípios fundamentais, vez que os delinquentes seriam vistos como “inimigos do Estado” e, por essa razão, perderiam o direito `as garantias legais.

No entender de Porciúncula, essa despreocupação `as garantias fundamentais traduzida pelo Direito Penal do Inimigo se revela na delação premiada, vez que as normas reguladoras deste instituto acabam por relativizar as garantias processuais e materiais típicas de um Estado de Direito. A ideia de “lutar contra o crime organizado” acaba por violar princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, como será analisado a seguir.⁸⁴

4.1 A violação ao princípio do Estado de Direito

O art. 1º, caput, CF/88 prevê *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.*

⁸³ Na década de 70, nos Estados Unidos, ganhou amplitude esta política criminal, trazendo a ideia de repressão máxima e alargamento de leis incriminadoras. Nas palavras de João Baptista Nogueira (A sanção administrativa aplicada pelas agências reguladoras: instrumento de prevenção da criminalidade econômica. p. 33): “A pena, a prisão, a punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas são seus objetivos”.

⁸⁴ Nesse sentido, cfr. Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, 28ª ed., München, 2014, § 14/19.

A Constituição Federal de 1988 já em seu primeiro dispositivo legal consagra o princípio do Estado de Direito. A fim de conceitua-lo, Luís Roberto Barroso⁸⁵ defende em sua obra a existência, ao longo dos últimos quinhentos anos, de três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito, este último influenciador do princípio ora analisado.

O Estado pré-moderno era caracterizado pela pluralidade de fontes normativas, de modo que o Direito era formado jurisprudencial e doutrinariamente. Essa multiplicidade de ordenamentos era proveniente de instituições concorrentes, sendo estas a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações.

Já o Estado legislativo de direito se estruturou de acordo com o princípio da legalidade, sendo o legislador visto como infalível cuja atuação é insuscetível de controle. Neste período, a doutrina apresentava papel descritivo das normas em vigor enquanto que a jurisprudência exercia função técnica de conhecimento e não de produção do Direito, conforme assinalado por Ferrajoli⁸⁶

Por último, o Estado constitucional de direito, desenvolvido a partir do término da Segunda Guerra Mundial, cujo modelo se fundamenta na subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, nos termos da previsão do art. 1º, CF/88, traz que a validade das leis já não depende unicamente da forma de sua produção, sendo necessária a efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, as quais apresentam a imperatividade típica do Direito. A Constituição não é tida apenas como limitadora da atividade legislativa, mas também apresenta ao legislador e ao administrador deveres de atuação.

O princípio do Estado de Direito aponta os limites legais e morais de atuação em busca da punição, vez que o Estado é detentor do poder punitivo. Aceitar a delação premiada como instituto jurídico de um Estado de Direito coloca em xeque essa proeminência moral, de modo que se passa a admitir a traição e a deslealdade, fazendo-se uso de oferta de vantagens, o que

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª Ed. Saraiva, 2015, p. 265

⁸⁶Ferrajoli, Luigi - Pasado y futuro del Estado de derecho.In: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª Ed. Saraiva, 2015, p. 267

acaba por resultar em uma inversão de valores: o que antes era visto como vício passa a ser lido como virtude.⁸⁷

Conforme ensinamentos de Zaffaroni, a partir do momento em que o Estado abre mão de seus próprios fundamentos éticos para perseguir o incessante punitivismo, perde qualquer legitimidade para exigir dos seus cidadãos comportamentos adequados ao Direito⁸⁸. Se o Estado assim o fizesse, incorreria em *venire contra factum proprium*, expressão esta que traduz a vedação ao comportamento contraditório.

Ainda, Porciúncula⁸⁹ traz como consequência da delação premiada a eliminação de uma das finalidades da pena, a prevenção – geral positiva. Vejamos a razão desta constatação.

Os estudos sobre as teorias acerca da sanção penal se encontram intimamente relacionados à finalidade da pena, de modo que correspondem a uma questão atrelada a própria origem do Direito Penal. Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias⁹⁰:

O problema do fins (*fictius*, das finalidades) da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, a sombra dos problemas dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui no fundo, a questão do destino do direito penal e, na plena acepção do termo, do seu paradigma.

A primeira teoria a ser analisada quanto à finalidade da pena é a denominada absoluta a qual defende o caráter retributivo da sanção penal. A

⁸⁷ José Carlos Porciúncula em seu artigo publicado no sítio do Empório do Direito: *Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (art. 4º da Lei 12. 850/13)*

⁸⁸ SLOKAR, Alejandro W., ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 243.

⁸⁹ José Carlos Porciúncula em seu artigo publicado no sítio do Empório do Direito: *Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (art. 4º da Lei 12. 850/13)*

⁹⁰ "DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 65-66." Trecho de: MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks.

pena é vista como instrumento de vingança do Estado contra o criminoso⁹¹, com a finalidade única de castigá-lo. Essa corrente ganhou destaque com os estudos de Georg Wilhelm Friedrich Hegel e de Emmanuel Kant, os quais dispunham:

O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerada como cúmplice de tal violação pública da Justiça⁹²

Em contrapartida, a segunda teoria, a relativa, defende a finalidade preventiva da pena. Aqui, a sanção penal é interpretada como capaz de evitar a prática de novas infrações penais, sendo irrelevante, portanto, a imposição de castigo ao condenado.⁹³ Conforme ensinamentos de Jescheck⁹⁴, a pena, no entender desta teoria, não está destinada `a realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade, de modo que não se esgota em si mesma, servindo como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis.

O caráter preventivo da pena engloba dois aspectos: o geral e o especial. A prevenção geral, segundo Cleber Masson⁹⁵, é destinada ao controle da violência, na medida em que busca diminuí-la e evitá-la, podendo ser negativa ou positiva. A prevenção geral negativa, idealizada por J. P. Anselm Feuerbach fundamentado em sua teoria da coação psicológica, apresenta o objetivo de interferir no psicológico de potenciais criminosos de tal forma que possa criar um contraestímulo suficientemente forte para afastá-los

⁹¹ MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1., p. 2.074

⁹² "KANT, Emmanuel. Doutrina do direito. Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 178-179." Trecho de: MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks.

⁹³ MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks., p. 2076

⁹⁴ "JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general. 5. ed. Trad. espanhol Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 77." Trecho de: MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks.

⁹⁵ MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks., p. 2076.

da prática criminosa.⁹⁶ Por outro lado, a função preventiva geral positiva da pena consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal⁹⁷. De acordo com Claus Roxin⁹⁸, esse aspecto positivo da prevenção geral da pena tem como finalidade a conservação e o reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico, de modo que a pena deve demonstrar a inviolabilidade do Direito diante da comunidade jurídica e reforçar a confiança jurídica do povo.

Além da prevenção geral, a teoria relativa também traz a prevenção especial a qual é direcionada exclusivamente à pessoa do condenado. A prevenção especial se divide em negativa, que objetiva evitar a reincidência de modo a intimidar o condenado para que ele não volte a ofender a lei penal, e em positiva, a qual se preocupa com a ressocialização do condenado e, conforme ensinamentos de Hassemer⁹⁹, aqui, a pena é interpretada como legítima somente quando o condenado puder retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito.¹⁰⁰

Por fim, a última teoria relacionada à finalidade da pena, denominada mista ou unificadora, defende a dupla finalidade da sanção penal: retribuição e prevenção, e foi esta a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 59 do Código Penal¹⁰¹. Assim, ao se fundirem as teorias absoluta e relativa, depreende-se que a pena deve, simultaneamente,

⁹⁶ "DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999. p. 99." Trecho de: MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks.

⁹⁷ MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks, p. 2078.

⁹⁸ "ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte geral. Fundamentos. La estructura de lateoríadel delito. Tradução para o espanhol de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 2006. t. I, p. 91." Trecho de: MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks.

⁹⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 104." Trecho de: MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks.

¹⁰⁰ MASSON, Cleber. "Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1." iBooks, p. 2.080

¹⁰¹ Art. 59, CP. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

castigar o condenado pelo ilícito praticado e evitar a prática de novas condutas criminosas, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade.¹⁰²

Analizadas as teorias quanto à sanção penal, voltemos ao estudo da delação premiada. Tendo em vista que a finalidade da prevenção geral positiva da pena busca romper com a ideia de vigência de uma “lei particular” que permite a prática criminosa¹⁰³, ou seja, objetiva demonstrar que a lei geral está em vigor, defende Porciúncula¹⁰⁴ que esta finalidade somente será alcançada se a condenação se der de “mãos limpas”¹⁰⁵, o que não seria possível se o decreto condenatório se fundamentar em informações obtidas a partir da delação premiada, vez que o autor defende este instituto ser meio imoral.

4.2 Violação ao princípio da obrigatoriedade (ou legalidade)

A ação penal de iniciativa pública¹⁰⁶, que envolve organizações criminosas, é regrada pelo princípio da obrigatoriedade¹⁰⁷ o qual determina o dever legal do Ministério Público, como titular da ação, oferecer denúncia sempre que presentes os requisitos legais, quais sejam: legitimidade de parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido¹⁰⁸. Conforme ensinamentos

¹⁰² MASSON, Cleber. “Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1.” iBooks, p. 2.082

¹⁰³ MASSON, Cleber. “**Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1.**” iBooks, p. 2.080

¹⁰⁴ <http://emporiododireito.com.br/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4o-da-lei-12-85013/#_ftn18>

¹⁰⁵ Expressão utilizada por Radbruch, Grezen der Kriminalpolizei, p. 125.

¹⁰⁶ A ação penal poderá ser classificada em ação penal de iniciativa pública incondicionada, de iniciativa pública condicionada ou de iniciativa privada, conforme a legitimidade ativa para propô-la. A primeira diz respeito aos delitos objetos de acusação pública formulada pelo Ministério Público, já a segunda exige que o ofendido ou seu representante legal faça a representação (ou requisição do Ministro da Justiça, quando a lei exigir) para que o Ministério Público possa oferecer a denúncia e, por fim, a última em que o particular é titular da pretensão acusatória e exerce o seu direito de ação. (Aury Lopes Jr, p. 202 – 214)

¹⁰⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Volume I: Parte Geral 1993, p. 4) conceitua o princípio da obrigatoriedade como “aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública”. No mesmo espeque, Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2008, p. 47 – 48) traz que: “significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investiga-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia”.

¹⁰⁸ Conforme ensinamentos de Pedro Lenza, a primeira condição da ação penal é a legitimidade de parte, de modo que em se tratando de ação penal pública, deve ser proposta pelo Ministério Público, atentando-se para os delitos que exigem representação e, se ação

de Afrânio Silva Jardim¹⁰⁹, esse dever legal “*é uma decorrência do princípio da legalidade, que, numa perspectiva mais ampla, informa a atuação dos órgãos públicos no chamado Estado de Direito*”.

Segundo Mirabete¹¹⁰, o princípio da obrigatoriedade foi mitigado no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência da Lei nº 9.099/95, a qual passou a admitir a possibilidade de transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo, conforme o art. 76 desta lei¹¹¹. Em contrapartida, Jardim¹¹² insurge contra tal argumento, defendendo que o dever de agir surge para o Ministério Público quando os pressupostos legais previstos no dispositivo em comento se encontram preenchidos, tratando-se, portanto, de direito subjetivo do réu.

Por outro lado, esta relativização não deveria ser admitida quando se tratasse de organização criminosa. A Lei nº 12.850/2013 passou a prever a possibilidade do Ministério Público não oferecer denúncia contra o delator, conforme previsão do art. 4º, §4º desta lei¹¹³.

O princípio da legalidade se faz fundamental não apenas para a proteção dos bens jurídicos e da sociedade, mas também para evitar que o investigado ou mesmo o condenado seja vítima de abuso por parte do Estado

penal privada, o polo ativo processual deve ser ocupado pelo ofendido ou seu representante legal. Ainda, deve haver interesse de agir, o qual se configura quando houver a existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade a ensejar a propositura da ação penal, de forma que não esteja extinta a punibilidade pela prescrição ou qualquer outra causa prevista no art. 107 do Código Penal ou em legislações especiais. Por fim, a possibilidade jurídica do pedido, o qual se traduz no pleito condenatório, sendo aplicado ao acusado pena ou medida de segurança e, para isso, é preciso que o fato descrito na inicial acusatória seja típico. (GONCALVES, Victor Eduardo Rios / (Coord.), Pedro Lenza. **Direito Penal Esquematizado**. 7 ed., Saraiva, 2017 p. 93)

¹⁰⁹ JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 10.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.

48.

¹¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Volume I: Parte Geral. 2002, p. 120

¹¹¹ Art. 76, *caput*, Lei 9.099/95. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹¹² Jardim, Afrânio Silva. Direito processual penal. 10.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹¹³ Art. 4º, §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 teria colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) §4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

em busca da Justiça¹¹⁴. Nesse sentido, Hassemer¹¹⁵ “*A lei não é para o afetado apenas o fundamento de sua condenação, mas também a proteção contra o excesso, a garantia da proporcionalidade e do controle*”.

Além disso, as normas processuais penais são cogentes, de modo que não podem ser modificadas pela vontade das partes, sequer podendo ser alteradas a partir de acordos com o Ministério Público, ainda que posteriormente homologado pelo Judiciário. É o que se observa em delações premiadas.

Inicialmente, quando a finalidade da pena era apenas retributiva, o princípio da obrigatoriedade se traduzia no dever de perseguir e punir, sem exceção, qualquer violação à lei penal. Com a substituição desta teoria pelas preventivas (geral e especial), este princípio perde seu fundamento material, isto porque o Estado não mais perseguirá todo e qualquer delito, mas somente aquele em que estejam presentes necessidades de prevenção geral e especial¹¹⁶.

No entanto, admitir-se a discricionariedade quanto ao oferecimento da denúncia em se tratando de organização criminosa, ofende tanto o art. 98, I, CF¹¹⁷, quanto o art. 76, Lei 9.099/95¹¹⁸, que limitaram o consenso no processo penal às infrações penais de menor potencial ofensivo¹¹⁹.

Assim, ainda que o princípio da obrigatoriedade tenha sido mitigado pelo instituto da transação penal, aqui não parece estar em desconformidade com o ordenamento jurídico, vez que a finalidade preventiva da pena não mais está em busca de punir todos os delitos, atentando-se ao

¹¹⁴ Disponível em: (<http://www.conjur.com.br/2016-jan-19/necessidade-respeito-principio-legalidade-delacao>)

¹¹⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: SAFE, 2005. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva, p. 268

¹¹⁶ Cfr. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 14/2.

¹¹⁷ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

¹¹⁸ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹¹⁹ Giacomolli, (Cfr. GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2ª ed., São Paulo, 2015, pág. 304.), 2ª ed., São Paulo, 2015, pág. 304.

princípio da intervenção mínima¹²⁰. No entanto, admitir essa relativização aos crimes que envolvam organização criminosa, em razão de sua complexidade e da diversidade de bens jurídicos tutelado prejudicados, se configura inconstitucionalidade.

4.3 Violação ao princípio da irretroatividade da lei processual e penal mais gravosa

Outra violação apontada pelo instrumento da delação premiada, exposto por Porciúncula diz respeito aos acordos cujos objetos consistem em supostos fatos criminosos ocorridos antes da Lei 12. 850/2013. Ainda que este instituto já estivesse previsto em outros diplomas legais, como já analisado neste trabalho, sua previsão normativa era superficial. A questão aqui cinge-se nos acordos atualmente travados que se fundamentam na Lei 12. 850/2013, que trazem fatos anteriores `a sua promulgação.

Analizando-se as duas partes afetadas pelo acordo de delação premiada, observa-se que de um lado está o delator o qual se beneficia com sua homologação, e do outro, o delatado, o qual é lesado por norma penal que retroage para prejudica-lo, infringindo, portanto, o princípio da irretroatividade de norma penal mais gravosa.

O princípio ora analisado, tradicionalmente, era visto como aplicável apenas às leis penais materiais, as quais disciplinam o poder punitivo estatal, conforme previsão do art. 5º, XL, CF/88¹²¹. Assim, em se tratando de conflito de leis penais no tempo, ou seja, duas ou mais legislações tratarem do mesmo assunto de modo distinto, a solução deverá ser a seguinte: retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da lei mais gravosa.

Resta claro que o art. 4º, da Lei 12. 850/2013, o qual prevê a delação premiada, corresponde à norma material, vez que implica em evidente

¹²⁰ Conforme Rogerio Greco, o princípio da intervenção mínima aplicado ao Direito Penal consiste em “interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito (...) não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância”. (Greco, 2010, p. 49)

¹²¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito `a vida, `a liberdade, `a igualdade, `a segurança e `a propriedade, nos termos seguintes: (...) XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

expansão do poder punitivo do Estado¹²². Ainda que tende ao desuso esta distinção, as normas penais materiais tratam as relações jurídicas substanciais entre os sujeitos, apontando a opção do ordenamento jurídico entre interesses conflitantes.

Em contrapartida, as normas processuais penais regulam a forma de tutela jurídica dos direitos através do processo, de modo a regular o agir processual e materializar instrumento de tutela jurídica das situações substanciais¹²³. Sobre estas normas, o artigo 2º do Código de Processo Penal consagra o princípio da imediatidade, onde a lei será aplicada a partir dali, sem efeito retroativo e sem que se questione ser ela mais ou menos gravosa ao réu, ou seja, essa análise sobre ser ou não benéfica ao acusado não se faria em se tratando de norma processual nova e, conforme ensinamentos de Aury Lopes Jr.¹²⁴ deve se dar de maneira ampla, à luz dos princípios fundantes do processo penal.

Ainda que a doutrina tradicional aponte para a exclusividade de aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa `as normas penais materiais, Aury Lopes Jr. traz uma releitura deste princípio sobre o prisma constitucional, de modo a ampliar seu campo de atuação também `as normas processuais penais. Entende o autor que o Direito Penal e o Direito Processual Penal apresentam íntima relação, de modo que não podem ser entendidos de maneira desvinculada. Isso caracteriza o sistema penal coeso, de modo que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica deve ser compreendido dentro da lógica sistêmica, o que significa dizer que estas regras devem ser observadas, também, pelas normas processuais penais¹²⁵.

Nesse sentido, a doutrina vem insistindo na defesa da aplicação do princípio da irretroatividade `as normas processuais que impliquem na restrição de garantias fundamentais dos imputados. Conforme ensinamentos de Jakobs¹²⁶: “*O princípio da legalidade, e com ele a proibição de retroatividade,*

¹²² (Nesse sentido, por exemplo, Manzini, Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano secondo il nuovo codice, vol I, Torino, 1931, págs. 68-69. No Brasil, por exemplo, FILHO, Espínola, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, vol. I, Rio de Janeiro, 1954, pág. 180; Machado, Prescrição Penal, São Paulo, 2000, págs. 123 e ss.)

¹²³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 144.)

¹²⁴ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 12ª edição, Editora Saraiva, 2015 p. 108

¹²⁵ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 12ª edição, Editora Saraiva, 2015 p. 109

¹²⁶ Jakobs, Strafrecht. AT, 2ª ed., Berlin/New York, 1993, § 4/57.

deve chegar até onde seja necessária a garantia da objetividade. Por isso, tal proibição não se desfaz diante do Direito Processual”.

O doutrinador espanhol Mir Puig adota o mesmo posicionamento, entendendo que as normas processuais que são capazes de restringir direitos e garantias dos cidadãos, não podem ser retroativas¹²⁷;

Ainda, nessa mesma linha, Gustavo Badaró aponta¹²⁸:

Todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material (...) Assim, quanto ao direito processual intertemporal, o intérprete deve, antes de mais nada, verificar se a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal. Para tais institutos, a regra de direito intertemporal deverá ser a mesma aplicada a todas as normas penais de conteúdo material, qual seja a da anterioridade da lei, vedada a retroatividade da ‘lexgravior’.

Por fim, depreende-se que a delação premiada prevista pelo art. 4º, Lei 12.850/13 apresenta caráter de norma material, vez que de sua incidência resultam fatos jurídicos que têm por eficácia a criação e a regulação de direitos e deveres, ou ainda, que definem licitude ou ilicitude de condutas, estabelecendo responsabilidades e prescrevendo sanções¹²⁹. No entanto, independente desta classificação entre norma penal material ou processual, adotando-se o posicionamento firmado anteriormente, de qualquer forma teria que adotar a irretroatividade da lei mais gravosa, vez que, conforme ensinamentos de Américo Taipa de Carvalho¹³⁰, admitir essa distinção do campo de incidência deste princípio configuraria a errônea compreensão de que as normas processuais possuem natureza meramente adjetiva, ignorando, portanto, que tais normas podem afetar diretamente a direitos e garantias fundamentais.

Concluindo, independentemente da natureza jurídica da norma penal que prevê a delação premiada na Lei 12.850/13 (art. 4º), não se admitir a

¹²⁷ “(...) las normas procesales que restrinjas el contenido de derechos y garantías del ciudadano no pueden ser retroativas. In: Mir Puig, **Derecho penal. parte general** 10ed. Santiago. 2015. p. 122.

¹²⁸ Badaró, Gustavo Henrique. **Processo Penal**, 3ª ed., São Paulo, 2015, p. 95.

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. São Paulo: 2007. p. 32.

¹³⁰ CARVALHO, Taipa de. **Sucessão de Leis Penais**. 2ª ed., Coimbra, 1997, pág. 259.

incidência do princípio da irretroatividade da lei mais gravosa configuraria prejuízo ao delatado, vez que este seria alvo de lei que incidiria em fatos pretéritos à promulgação desta.

4.4 Risco de sobrevalorização das declarações do delator

A fim de se evitar a condenação do delatado exclusivamente em razão das informações prestadas pelo delator, o art. 4º, §16, lei, 12.850/13, prevê: *“Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”*.

Gustavo Badaró¹³¹ defende que este dispositivo representa inegável limitação legal ao livre convencimento judicial. Entretanto, não se trata aqui de valoração específica de meios de provas, ou seja, o §16 do art. 4º da Lei 12. 850, não limita os meios de provas admissíveis, não sendo estabelecida qualquer hierarquia entre as mesmas. Pelo contrário, adverte o julgador para o fato de que somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado, não tendo sido determinado pelo legislador o que é necessário para a sua condenação.

No entanto, conforme apontamentos de Porciúncula¹³², esta limitação, ainda que prevista na legislação, não é suficiente para impedir a valorização das informações prestadas em acordo de delação premiada. O autor aponta para questões práticas que tendem a contornar a regra prevista pelo art. 4º, §16, Lei 12.850.

A primeira delas é a requisição ao próprio delator para que apresente elementos que possam corroborar com as suas declarações. Ou seja, passa-se a exigir do colaborador que apresente outros elementos de provas, como por exemplo, documentos que sejam capazes de validar suas informações. Tal exigência visa solucionar o vício de origem das declarações prestadas pelo delator, vez que são provenientes de fonte suspeita. E, para estancar a essa desconfiança e assegurar a fundamentação de uma

¹³¹ Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>

¹³² Em seu artigo: *Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada* (art. 4º da Lei 12. 850/13) disponível em: http://emporiiododireito.com.br/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4o-da-lei-12-85013/#_ftn15

condenação penal, entre os critérios do acordo, o delator se vê obrigado a trazer em juízo outros elementos de provas que deveriam ser buscados pela Acusação.

Outra prática recorrente apontada por Porciúncula¹³³ corresponde à chamada corroboração mútua. Trata-se de uma delação confirmada por outra colaboração premiada, ou seja, um conteúdo apontado por um delator é confirmado por outro delator. Ainda que o dispositivo legal não estabeleça qual a natureza do meio de prova a ser admitido, além da delação, não parece razoável fundamentar a condenação a partir da corroboração cruzada.

Como apontado por Badaró, o próprio legislador atribui `a delação premiada categoria insuficiente, sendo-lhe exigido outros meios de provas, de forma que não seria razoável admitir que o elemento extrínseco de uma corroboração fosse comprovado por outra delação, vez que apresentam a mesma natureza jurídica, portanto, caracterizadas pela mesma desconfiança e necessidade de cautela.

¹³³ Em seu artigo: *Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada* (art. 4º da Lei 12. 850/13) disponível em: http://emporiiododireito.com.br/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4o-da-lei-12-85013/#_ftn15

CONCLUSÃO

Conforme analisado no presente trabalho, nos moldes de metodologia bibliográfica de pesquisa, depreende-se que o instituto da delação premiada se viu previsto em diversos diplomas legais, o que se tornou alvo de intensas críticas em razão da ausência de regulamentação única quanto ao seu procedimento.

A Lei nº 12. 850/ 13, em razão de trazer, pormenorizadamente, a delação premiada, quando comparada com as demais legislações, passou a ser tomada como aquela a ser observada quando da aplicação do instituto.

A natureza jurídica da delação premiada é ponto controverso. De um lado, defensores quanto à natureza probatória, de outro, doutrinadores a apontam como instrumento de defesa.

Inquestionável, entretanto, que se trata de instituto cujo campo de aplicação se revela cada vez mais amplo. Isso porque os crimes têm se mostrado mais complexos, os quais exigem maior especificidade quanto à investigação, de modo que para sua maior eficiência, conta com a delação premiada.

A delação premiada apresenta pontos passíveis de críticas quanto à sua constitucionalidade, conforme ora estudado, de modo que, ainda que parecem ser questionamentos que não contam, até o momento, com respostas absolutas, a discussão deve perdurar, a fim de fomentar o crescimento jurídico e a melhora legislativa sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed., São Paulo, 2015,.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª Ed. Saraiva, 2015, p. 267

BITENCOURT, Cezar Roberto .**Comentários À Lei de Organização Criminosa** . Saraiva, 2014

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. v. 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte especial**. 4 ed., São Paulo:

Saraiva, 2008, v. 3,

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 08.

BOSCHI, José AntonioPaganella **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3 e. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 207.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista**. 2 ed. Campinas/SP: Millennium Editora, 2006

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2º ed. 2002

CARVALHO, Taipa de.**Sucessão de Leis Penais**, 2ª ed., Coimbra, 1997

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**.2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COLLE, Juliana de Andrade. **Critérios para a valoração das circunstâncias judiciais** (art. 59, do CP) na dosimetria da pena . Jus Navigandi , Teresina, a. 9, n. 572, 30 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>>. Acesso em: 20 de junho de 2017, p. 1.

DELMANTO, Roberto; DELMANDO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**, 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2014 p. 195.

Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4o-da-lei-12-85013/>

Disponível em: (<http://www.conjur.com.br/2016-jan-19/necessidade-respeito-principio-legalidade-delacao>)

Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1029>)

Disponível em: (<http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html>)

Disponível em: <https://jota.info/artigos/colaboracao-premiada-reflexoes-sobre-um-instituto-em-construcao-28032015> (acessado em 15 de junho de 2017)

Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Luigi_Ferrajoli#cite_note-Trindade2013-2

Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral#_ftnref17

Disponível em: <https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/111903743/garantismo-penal>

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-16/david-azevedo-delacao-premiada-opcao-estrategia-defesa>

Disponível em: http://www.juareztavares.com/textos/apontamentos_autoria.pdf (acessado em 20 de junho de 2017)

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FILHO, Espínola, **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, vol. I, Rio de Janeiro, 1954, pág. 180; Machado, *Prescrição Penal*, São Paulo, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 2ª ed., São Paulo, 2015.

GONCALVES, Victor Eduardo Rios / (Coord.), Pedro Lenza. **Direito Penal Esquematizado**. 7 ed., Saraiva, 2017

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo**. 2ª Ed., Saraiva, 2012

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

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 104.” Trecho de: MASSON, Cleber. “Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1.” iBooks.

INSOLERA, Gaetano. **Diritto penale e criminalità organizzata**. Bologna: Il Mulino, 1996.

Intertemas Revista do Curso de Mestrado em Direito da Associação Educacional Toledo, v. 2. PresidentePudente, p. 274, 2001

Jakobs, Strafrecht. AT, 2ª ed., Berlin/New York, 1993, § 4/57

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 10.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JESUS, Damásio de. **Estágio Atual da “Delação Premiada” no Direito Penal Brasileiro**. In: Revista Magister. Porto Alegre, n. 07, p. 99, ago./set. 2005.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 12ª edição, Editora Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. “**Direito Penal Esquematizado - Parte Geral - Vol. 1.**” IBooks

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: 2007.

Mir Puig, **Derecho penal. parte general** 10ed. Santiago. 2015

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Código Penal Interpretado**. 7ª ed. São Paulo, Atlas, 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal – Volume I: Parte Geral** 1993.

MOCCIA, Sergio. **La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale**. 2. ed. rev. e ampl. Nápoli: Edizioni Scienifiche Italian, 1997

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O processo penal norte-americano e sua influência**. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 26, n. 103, p. 95-107, jul/set. 2001.

Nucci, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015.

PACHI, Laís Helena Domingues de Castro. **Delação Penal Premial**. São Paulo: PUC, 1992. Monografia (Mestrado em Direito Penal), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1992.

PENTEADO, Jaques Camargo. Delação Premiada. In: Faria Costa e Silva (Coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. São Paulo: QuartierLatin, 2006

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RT, 2006.

RINALDI, Stanislao. **Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 6, n. 22, p. 11-25) abr./jun. 1998.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira, **Legislação criminal especial**. Ciências criminais v.6. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009SALAS, Luis R. J. “**El arrepentimiento colaborador de lajusticia. Una figura perversa**”. Disponível em: <www.mpd.gov.ar/General/Trabajos>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 28ª ed., München, 2014, § 14/19.

Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 14/2.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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

SLOKAR, Alejandro W., ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2003.

TENORIO TAGLE, Fernando. **Cultura, sistema penal y criminalidad. Ciudades Seguras I – Sección de obras de Política y Derecho**. México: FCE, 2002, p. 21.

TRF1, ACR – Apelação Criminal 75876520064013600, 3ª T., Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, DJF1, 26.07.2013

TRF – ACR – Apelação Criminal 221261120074013500, 3a T., Rel. Juiz Tourinho Filho, DJF1, 17.12.2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 2014.

