

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Jamile Freitas Virginio

DELAÇÃO PREMIADA: REGRAMENTO LEGISLATIVO E ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO.

Fortaleza

2010

Jamile Freitas Virginio

DELAÇÃO PREMIADA: REGRAMENTO LEGISLATIVO E ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO.

Monografia Jurídica de Conclusão do Curso
de Bacharelado em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará.

Prof. Orientador: Daniel Gomes de Miranda

Fortaleza

2010

Virginio, J.

Delação premiada: regramento legislativo e entendimento jurisprudencial no direito brasileiro./ Jamile Virginio. Fortaleza, 2010. p. 120. Monografia de conclusão de curso (bacharelado) – Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito.

Orientador: Daniel Gomes de Miranda

1. Direito penal 2. Direito Processual Penal 3. Direito Constitucional

Jamile Freitas Virginio

DELAÇÃO PREMIADA: REGRAMENTO LEGISLATIVO E ENTENDIMENTO
JURISPRUDENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO.

Monografia Jurídica de Conclusão do Curso
de Bacharelado em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará.

- Recomendamos exposição na biblioteca
- Não recomendamos exposição na biblioteca

Nota: _____

Fortaleza, ___ de _____ de ___/___/___

Prof. Daniel Gomes de Miranda (orientador) - mestrando

Prof. Doutor Fernando Basto Ferraz

Gustavo César Machado Cabral - mestrando

Este trabalho é dedicado:

A Deus, por ter me dado tudo em seu infinito amor e bondade.

Aos meus queridos pais, Onofre e Goretti, pela abnegação, amor e apoio constante.

A meu irmão, Jônata, por sempre ter sido meu maior amigo.

Aos meus avós, Quincas, Angelita, Raimunda e Zequinha (em memória), pelo afeto a mim dedicado.

A toda a minha família, tios, tias, primos, primas e, em especial, às minhas madrinhas, Suzana e Francisca, pelo carinho e pela atenção devotada.

A meu “grandão”, Dalton, pelo companheirismo e incentivo contumaz.

A meu orientador, Prof. Daniel Miranda, pela amizade e paciência.

Aos muitos amigos, “parentes escolhidos pelo coração”, que por mim torceram.

“Então um dos Doze, chamado Judas Iscariotes, foi até o chefe dos sacerdotes e disse: O que me dareis se eu o entregar?”

Mateus, 26.

Resumo

A delação premiada, inserida no ordenamento pátrio num momento de recrudescimento da criminalidade, mostra-se, ao lado de outros institutos, como o agente infiltrado e a entrega vigiada, consentânea a uma lógica pragmática de aperfeiçoamento das técnicas de investigação. Recebida com intensa crítica doutrinária, foi, paulatinamente, incorporando-se às práticas policial e forense, na medida em que se constatava sua utilidade como meio cooperativo na repressão à criminalidade diante da qual vê-se o Estado cada vez mais impotente. Apesar de não se tratar de figura particularmente nova e por já estar re-inserida no ordenamento jurídico brasileiro há duas décadas, quando no ano de 1990 se promulgou a famosa Lei dos Crimes Hediondos, não há no direito pátrio, até a presente data, uma legislação específica capaz de esgotar a temática sobre a delação premiada. Em verdade, permanecem diversas questões ainda a ser solucionadas. A situação é agravada pela persistente dívida da literatura jurídica brasileira, ainda tão escassa em produção científica sobre o tema. Dessa forma, configura-se um desafio ao estudioso da ciência jurídica, valendo-se dos métodos hermenêuticos, integrativos e interpretativos, promover uma sistematização dos dispositivos que tratam da matéria. Portanto, o estudo abordará o instituto da delação premiada no direito brasileiro, enfocando seu regramento legal, bem como o entendimento que a doutrina e jurisprudência pátria lhe vêm aplicando no que tange aos requisitos para a consecução das benesses delatórias e à valoração probante das declarações do coimputado na formação do convencimento do magistrado quanto à incriminação do delatado.

Palavras-chave: Delação premiada. Garantias penais e processuais penais. Requisitos. Valoração probatória.

Abstract

The awarded delation, inserted in a recrudescence moment of the criminality, is shown, then, together with other institutes, as the infiltrate agent and the supervised surrender, lined to a pragmatic logic of investigation techniques development. Taken with intense criticism by doctrine, it was, gradually, incorporated to Police and forensic practices, in the extent that it was understood its utility as a cooperative way in criminality repression. Although it is not a particularly new character and being re-inserted into the Brazilian justice paying for two decades, in the year 1990 it was promulgated the famous Law of Hideous Crimes, there isn't up to this date in the country's Law an specific legislation capable of overstraining the theme about awarded delation. Forsooth, many questions to be answered still continue. The situation is aggravated by the persistent debt of the Brazilian justice literature, even so scarce in scientific production about the theme. This way, it sets out a challenge to the scientific justice Law studios, availing himself of the hermeneutic, integrative and interpretative methods, promoting a systematization of the dispositive. In conclusion, the study will approach the awarded delation institute in Brazilian Justice, focusing in the legal rules, as well as in the understanding of the doctrine and the country's jurisprudential that is applying with respect to the consecutions of the requirements of reported handouts and to the probative valuation of declarations from the contributor in the formation on convincing the magistrate regarding the incrimination of the delated person.

Key-words: Awarded delation. Criminal and procedural guarantees. Requirements. Probative valuation.

Sumário

1 Introdução.....	10
2 Delação premiada e garantias penais: uma possibilidade de conciliação?.....	20
3 A delação premiada no Direito brasileiro.....	31
4 Acordos de delação premiada: uma proposta de sistematização.....	37
5 Requisitos para a concessão das benesses.....	50
5.1 Requisitos genéricos.....	52
5.1.1 Pluralidade de agentes.....	52
5.1.2 Relevância das declarações.....	54
5.1.3 Eficácia.....	57
5.2 Requisitos comuns a alguns tipos delatatórios.....	62
5.2.1 Voluntariedade/espontaneidade.....	62
5.2.2 Efetividade.....	62
5.3 Requisitos específicos.....	65
5.3.1 Lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990).....	66
5.3.2 Lei de combate ao crime organizado (Lei nº 9.034/95).....	69
5.3.3 Lei de proteção ao sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86) e lei de combate ao crime contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei nº 8.137/90), alteradas pela lei nº 9.080/95.....	72
5.3.4 Lei nº 9.269/96, que modificou o art. 159, § 4º do Código Penal (extorsão mediante sequestro)	74

5.3.5 Lei de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98).....	76
5.3.6 Lei de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei nº 9.807/99).....	77
5.3.7 Lei de prevenção e combate às infrações de ordem econômica (Lei nº 8.884/94) alterada pela Lei nº 10.149/2000	84
5.3.8 Lei de drogas (Lei nº 11.343/2006).....	86
6 A valoração das informações fornecidas pelo delator na formação do convencimento do juiz.....	89
6.1 Da necessidade de elementos corroboradores	90
6.2 Do necessário contraditório.....	97
6.3 Dos critérios valorativos intrínsecos.....	103
7 Considerações finais.....	106
8 Bibliografia.....	109

1 INTRODUÇÃO

Etimologicamente, o vocábulo “delação” provém do latim “delatio”, “deferre”, significando levar adiante, comunicar, informar, mostrar, etc. Por outro lado, “premiar”, advindo de “praemiare”, denota o ato de recompensar alguém mediante uma benesse. Santo Isidoro de Sevilha (c.560-636), um dos grandes elos de transmissão da cultura clássica para a era feudal, em sua importante obra “Etimologias”, conceituou “delator” como “quem descobre o que estava oculto”.

De Plácido e Silva¹, ao conceituar delação, assevera:

[...] originado de “delatio”, de “deferre” (na sua acepção de denunciar, delatar, acusar, deferir) é aplicado na linguagem forense mais propriamente para designar a denúncia de um delito, praticado por uma pessoa, sem que o denunciante (delator) se mostre parte interessada diretamente na sua repressão, feita perante autoridade policial ou judicial a quem compete a iniciativa de promover a verificação da denúncia e a punição do criminoso.

Prossegue o autor, discorrendo sobre o tema, nos seguintes termos:

Toma-se assim a delação num sentido pejorativo, visto que, em regra, a consideram um produto de vingança ou de ódio ou qualquer outra paixão, quando, além do desejo de fazer mal, ocorre na intenção de se conseguirem proventos materiais ou outros benefícios. Nesta razão, o delator é aquele que leva a denúncia ou faz a acusação [...]. Desse modo, mais propriamente, emprega-se o vocábulo delação para indicar a denúncia ou acusação que é feita por uma das próprias pessoas que participaram da conspiração, revelando uma traição dos próprios companheiros.

No magistério de Aranha²:

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

Cabe ressaltar que a designação dada ao instituto não corresponde perfeitamente a seu conteúdo, posto que, casos há, como ocorre na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), em que a colaboração pode consistir na localização dos bens, direitos e valores produto do crime, sem que se tenha propriamente “delatado” um terceiro.

Na verdade, trabalha-se, atualmente, com um “colaborador” da justiça, pois o colaborador não apenas delata alguém, mas presta informações de grande valia ao desvendar de crimes complexos e do funcionamento de organizações criminosas. Alguns doutrinadores

¹DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23 e p. 488.

²ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.110.

preferem, todavia, operar a distinção entre a delação premiada e a colaboração premiada, considerando-as institutos diversos, sendo que apenas no primeiro exigir-se-ia, obrigatoriamente, a entrega de antigos parceiros.

Ressalte-se, ainda, haver quem defenda ser a chamada de corrêu o ato pelo qual um coinculpado denuncia os antigos parceiros sem que para isso se lhe dê o legislador recompensa legal Assim, seria a delação “não-premiada”, para estabelecer um parâmetro com a outra modalidade.³

Da jurisprudência extraímos o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da temática:

PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS – EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO - DELAÇÃO PREMIADA – IMPOSSIBILIDADE. 1. O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime. [...] (STJ – 6ª Turma, HC 107916/RJ Habeas Corpus 2008/0122076-1; Rel. Min. O. G. Fernandes – Fonte: DJe 20/10/2008)

Por seu turno, ensina o catedrático espanhol Serrano-Piedecasas⁴, tratar-se de figura dogmática intermediária entre a desistência e o arrependimento, cujos fundamentos e razões de ser são, eminentemente, de ordem prática, utilitária, ao que se adicionam motivações embasadas em uma “menor necessidade da pena”, tanto da óptica da prevenção geral quanto da especial.

Para Granzinoli⁵, o instituto traz benefícios tanto ao Estado, na sua luta pela manutenção da ordem pública e no combate à criminalidade, como também ao próprio réu colaborador, mormente na hipótese de pesarem contra ele graves acusações, acompanhadas de robusta carga probatória, o que, certamente, lhe acarretaria uma condenação com elevadas penas privativas de liberdade.

³ “Para Hélio Tornaghi, a delação de um acusado é chamada impropriamente de ‘chamada de corrêu’, pois ‘não há nenhum chamamento, nem o ato praticado pelo réu ao denunciar os partícipes no crime tem qualquer semelhança com o chamamento à autoria do processo civil. Este, o chamamento à autoria (litis denunciatio, CPC, art. 95), é uma forma de intervenção de terceiros. Nem sequer o chamamento do co-réu tem semelhança com a nomeação à autoria (laudatio vel nominatio auctores, CPC, art. 99), que é a indicação feita pelo corrêu, do verdadeiro proprietário ou possuidor direto da coisa pela qual ele está sendo acionado, a fim de que seja citado e intervenha no processo’ (Instituições de processo penal. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 391-992. v.3)”. SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: Procedimento Probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 142-143.

⁴ SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon. Respuesta Penal al Crimen Organizado en el Código Penal Espanol. In PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.169.

⁵GRANZINOLI, Cássio M. M. A delação premiada. In BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; Moro, Sérgio Fernando (org). **Lavagem de dinheiro**: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.146.

De um modo geral, a doutrina tem considerado como delação premiada apenas a espécie particular de testemunho do cúmplice em que este, juntamente com a incriminação de um terceiro, assuma a responsabilidade penal por um crime.⁶

O vocábulo “delação”, conforme observação de Lavorenti⁷, “não aparece de forma expressa na legislação, bastando ver que alguns preceitos utilizam denunciar (Lei 8.072/90), revelar (Lei 7.492/86 e 8.137/90), colaboração (Lei 9.034/95 e Lei 9.613/98)”. Em verdade, o nome supra referido leva, por si só, uma carga depreciativa que, segundo Sznick⁸, sem embargo, o ajuste para a “delação premiada”, não perde tal caráter.

A bem da verdade, essa forma de premiar o malfeitor por uma eventual colaboração com a Justiça encontra resistência de forte corrente doutrinária, que afirma ser alto em demasia o preço a pagar, ainda que o alvo perseguido seja o combate à criminalidade desenfreada que assombra nossas casas. É um pagamento contaminado por atitude eticamente reprovável uma vez que, em troca de vantagens pessoais, o delator entrega ao Estado antigos companheiros, aos quais se vinculava por relações mútuas de confiança.

Incontestavelmente, possui a delação, por muitos considerada autêntica traição, um manifesto fardo negativo em nossa tradição histórica. Deveras, pelo poeta italiano Dante Alighieri, na conhecida obra “A Divina Comédia”, fora reservado a personagens como Judas Iscariotes, responsável pela entrega de Jesus Cristo aos romanos, Brutus e Cássio, assassinos do imperador Júlio César, o extremo círculo infernal, onde o próprio Satanás se encarregava de torturá-los, numa clara materialização do pensamento de repulsa comum.⁹

⁶Por todos, Nucci: “Convém, portanto, diferenciar as duas situações: a) o réu confessa a prática do delito do qual está sendo acusado e envolve terceiro, seja co-réu ou não. Trata-se da delação. Se o outro for co-delinquente e estiver sendo processado, nos mesmo autos, terá a oportunidade de se manifestar sobre a acusação que lhe foi feita em seu interrogatório (caso este já tenha sido realizado, convém tornar a ouvi-lo sobre o assunto, diante da gravidade do quadro formado); b) o réu não admite a prática do delito e imputa a outro a autoria. Nesse caso, pode acontecer do denunciado já estar integrando o processo no pólo passivo ou, então, será chamado a integrá-lo por aditamento à denúncia. Poderá, ainda, conforme o caso, ter um processo à parte contra si. Se integrar o mesmo processo onde houve o testemunho – e não a delação – será interrogado a respeito. Caso haja um novo processo, também será ouvido em interrogatório.” NUCCI, Guilherme de Souza. **O Valor da Confissão como meio de prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 209.

⁷SILVA, José Geraldo da; GENOFRE, Fabiano; LAVORENTI, Wilson. **Leis Penais Especiais Anotadas**. Campinas: Millenium, 2003. p. 215

⁸SZNICK, Valdir. **Crime Organizado**: comentários. São Paulo: Universitária de Direito Ltda., 1997. p. 366.

⁹A historiografia brasileira, igualmente, traz inúmeros exemplos de figuras execradas pela memória pública em decorrência de denúncias impetradas contra antigos companheiros. Sob a vigência das Ordenações Filipinas, o Cel. Joaquim Silvério dos Reis, em troca do perdão de dívidas fazendárias provenientes de fracassado contrato mercantil de entrada, denunciou, às autoridades portuguesas, as pretensões inconfindentes dos mineiros, culminando na execução do mártir Joaquim José da Silva Xavier, mais conhecido por Tiradentes. O delator, como forma pública de incentivo a tais revelações, recebeu título nobiliárquico, nova moradia e pensão vitalícia da Coroa Portuguesa.

Reflexos de tal pensamento são mesmo encontrados em diversos posicionamentos jurisprudenciais:

PROCESSO PENAL. PENAL. [...]. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. FACTORINGS. EVASÃO DE DIVISAS. PATRIMÔNIO A DESCOBERTO. LAVAGEM DE DINHEIRO. O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CRIME DE QUADRILHA. DOSIMETRIA DA PENA. DELAÇÃO (TRAÍÇÃO) PREMIADA. PENA DE PERDIMENTO [...] 19. A delação (traição) premiada revela a incompetência do Estado na luta contra o crime, na ineficiência do sistema de persecução penal. Vale-se, então, da fraqueza de caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição. [...] (TRF 1ª – 3ª Turma, Apel. Criminal 2003.36.00.008505-4/MT; Rel. Des. Tourinho Neto; Rev. Des. Olindo Menezes - Fonte: DJ 18/08/2006 p.31).

Parece em jogo, na espécie, a dignidade da Justiça sob a forma do clássico questionamento em matéria de direito processual penal acerca da possibilidade de se justificar, com esteio na maior eficácia, a adoção de métodos cuja moralidade possa parecer duvidosa.

Alguns autores chegam mesmo a comparar a pressão exercida sobre o investigado ou réu para que coopere com uma forma moderna de tortura.¹⁰ Na opinião do jurista italiano Padovani:

se estaría en presencia de una regresión inquisidora del proceso penal, però esta ver por medio de una suave inquisición según la cual así como la tortura aspira convertir el dolor en critério de verdad, la impunidad aspira obtener el mismo por medio del placer¹¹

Grinover¹², enfatizando que o ordenamento jurídico brasileiro não acolhe plenamente o chamado “direito emergencial”, como o fazem outros países americanos e europeus, pontua que:

a linha garantidora do processo penal, majoritária na doutrina e jurisprudência, não vê com simpatia nem sequer os primeiros passos dados pelo legislador brasileiro,

Por outro lado, líderes conjurados baianos não tiveram melhor sorte, uma vez que, delatados por um capitão de milícias, tiveram seus corpos mutilados e expostos em praça pública. Somem-se aos citados atos de delação, as traições de Domingos Calabar, e as de Bento Manuel, cujas revisões históricas procuram explicar os motivos das mudanças estratégicas de lado, quando nos combates contra a dominação holandesa em Pernambuco e a independência piratininga no Rio Grande do Sul.

Calabar, supracitado senhor de terras, encarado como o mais vil traidor pelos portugueses, recebeu da Coroa punição exemplar mediante a aplicação da pena de morte.

Também a literatura pátria ocupou-se dos delatores, como em “Conto de Escola”, de Machado de Assis, em que um aluno é denunciado ao professor por um colega, movido pela inveja, embora, no caso, a delação não tenha sido “premiada”, nem pelo mestre nem pelos demais companheiros de classe.

¹⁰Com efeito, nos sistemas judiciais em que se preferiu recompensar o colaborador, parece ter a medida se atrelado a uma forte tendência à cultura jurídica inquisitória.

¹¹PADOVANI, Tullio. Il Traffico delle indulgenze, “premio” e “corrispettivo” nella dinamica de La punibilità. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Guiffre, 1986. p. 421.

¹²GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. **Revista do IBCCrim**, nº 20, outubro/dezembro de 1997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.69.

como a delação premiada instituída pelas leis dos crimes hediondos e dos crimes financeiros e no projeto de lei sobre lavagem de dinheiro.

Para tais estudiosos da Ciência Jurídica, “o Direito, para ser duradouro, tem que se assentar em vigas éticas firmes”, jamais podendo converter-se em instrumento de antivalores, embora nessa gama de qualidades morais se fundamentasse seu respeito e acatamento pela sociedade. Discorrendo sobre o tema, Moreira¹³ pontua:

Que não se corra o perigo, já advertido e vislumbrado pelo poeta Dante Alighieri, lembrado por Miguel Reale, quando filosofa que o ‘Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.’ (in Lições Preliminares de Direito, Saraiva, 19ª. ed. 1991, p. 60). [...] Tão-somente para se argumentar, pode-se dizer que o bem jurídico visado pela delação (a segurança pública), justificaria a sua utilização, ou, em outras palavras, o fim legitimaria o meio. Ocorre que tal princípio é de todo amoralista, aliás, próprio do sistema político defendido pelo escritor e estadista florentino Niccolò Machiavelli (1469-1527), sistema este dito de um realismo satânico, na definição de Frederico II em seu Antimaquiavel, tornando-se sinônimo, inclusive, de procedimento astucioso, velhaco, traiçoeiro, etc., etc...

Segundo Gomes¹⁴:

nem sequer o ‘código dos criminosos’ admite a traição, por isso, é muito paradoxal e antiético que ela venha a ser valorada ‘positivamente’ na legislação dos chamados ‘homens bons’. Sempre que sabemos que alguém do nosso grupo é um delator, imediatamente nele perdemos a confiança e a fé. Nós reprovamos duramente a delação nas nossas relações. Como podemos, agora, concebê-la como instrumento de apuração de responsabilidade penal?

Nessa linha, expressou-se Föppel¹⁵, lembrando que a colaboração é de natureza flagrantemente contrária à ética, visto que premia o “dedo-duro”, pessoa que, por seu comportamento ardiloso, mereceria maior censura social e moral. Moreira¹⁶ complementa, afirmando demonstrar a traição “fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos”.

Afora questões de natureza ética, ou mesmo jusfilosóficas, o instituto enfrenta críticas do ponto de vista da política criminal repressiva, uma vez que o Estado brasileiro não tem condições de garantir a integridade física de seu colaborador, nem a de sua família, possíveis

¹³MOREIRA, Rômulo de Andrade. A institucionalização da delação no Direito positivo brasileiro. **Boletim IBCCrim** nº 49, dezembro/1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.6.

¹⁴GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 132.

¹⁵FÖPPEL, Gamil apud BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas**: comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lúmen Júris:, 2007. p. 98.

¹⁶MOREIRA, Rômulo de Andrade. op. cit., p.6.

alvos da fúria dos delatados.¹⁷ “Há uma relação perigo-vantagem. O colaborador corre o risco, o mínimo, é de ser isolado pelos membros do grupo (que se sentem traídos, alcaguetados) e, desse modo, pode até correr risco de vida.”¹⁸

Deveras, muitos delatores são mortos, nos presídios, por desavenças com os próprios ex-companheiros, como aconteceu com Márcio Amaro de Oliveira, o “Marcinho VP”, morto no complexo de Bangu, considerado de segurança máxima, no Rio de Janeiro. Segundo investigações preliminares da polícia, ele teria sido assassinado a mando da cúpula do Comando Vermelho (CV) por ter feito revelações sobre o funcionamento da facção criminosa ao jornalista Caco Barcellos, que o entrevistou para escrever o livro “Abusado, o Dono do Morro Dona Marta”.

Ademais, desconfia-se da possibilidade de “acomodação” que tal expediente investigatório possa trazer aos corpos policiais e a demais autoridades competentes para a apuração de crimes, os quais poderiam não mais se empenhar com afinco na busca de outros elementos probatórios capazes de fundamentar uma futura acusação formal. Ressalta-se, ainda, o risco de propositado desvio no rumo das investigações, ainda que temporário, porém com reflexos negativos à apuração da verdade, resultantes de informações incorretamente fornecidas.¹⁹ Tratar-se-ia de testemunhos particularmente pouco confiáveis, cujo maior interesse estaria em minimizar, na medida do possível, a própria implicação nos fatos denunciados, além de, tentados pela possibilidade da contrapartida, verem-se impulsionados a declarar quaisquer dados que se procurem fazer-lhes afirmar.

As raízes da delação premiada, como instrumento de política criminal no Brasil, encontram assento ainda no período de domínio colonial português, quando, sob os rigores

¹⁷ O Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Províta), destinado a garantir a integridade física de pessoas que viram, foram vítimas ou souberam de algum crime e por isso estão sendo ameaçadas pelos criminosos, é integrado pelo governo federal, que se responsabiliza pelo repasse de recursos, e por uma rede de entidades da sociedade civil (ONG) que, em cada estado, se encarregam do gerenciamento do sistema. O método usado no Brasil é único no mundo, pois em nenhum outro país uma ONG tem a responsabilidade de administrar um programa dessa natureza. Essa entidade, porém, não tem poder para decidir se uma testemunha deve ou não ser incluída. Cada estado tem um conselho para exercer tal função, do qual fazem parte representantes da Justiça, do Ministério Público e do Poder Executivo, com o apoio técnico de um grupo formado por advogados, psicólogos e assistentes sociais. Quando alguém entra no programa com familiares e dependentes, a ONG se responsabiliza por conseguir escola para as crianças, assistência médica e acomodações para a família, além de ajuda para arrumar emprego e viabilizar a reintegração social de todos. Não obstante, o programa ainda enfrenta dificuldades de ordem orçamentária, visto seu elevado custo destinado a manter, além da questão de segurança, a infra-estrutura de ocultação do colaborador.

¹⁸ SZNICK, Valdir. op. cit., p. 368.

¹⁹ MARCÃO, Renato. Delação Premiada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, vol. 7. Porto Alegre, Agosto/Setembro 2005.

das chamadas Ordenações Filipinas, promulgadas no início do século XVII e vigentes até fins do século XIX, não apenas se ofertava o perdão, mas, em certos casos, verdadeiro prêmio aos malfeitores que apontassem a autoria de infrações penais por outros súditos.

No Livro Quinto da referida normativa, que cuidava da parte criminal, havia diversas referências ao uso do instituto da delação, tais como as previsões constantes do Título VI do Código Filipino, que definia o crime de “Lesá Majestade”; do Título XII, sob a rubrica “Dos que fazem moeda falsa ou despendem e cerceiam a verdadeira ou a desfazem”; e, por fim, do Título CXVI, que, cuidava, especificamente, da temática abaixo da inscrição “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão”.

Atualmente, a delação premiada encontra previsão em diversas normas pátrias, todas relativamente recentes. O instituto, como método de estímulo ao esclarecimento e à punição de graves crimes cometidos em concurso de agentes, voltou às luzes em nosso país sob a inspiração das denominadas “legislações de emergência”, exemplificadas, principalmente, pelos casos de combate à criminalidade na Itália e nos Estados Unidos.

O primeiro diploma a materializar essa tendência legislativa em aproveitar-se da infidelidade criminal foi a denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a qual, em seu art. 8º, § único, prescreveu a regra de que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. No relatório de Granzinoli, “a mesma Lei 8.072/1990 alterou o art. 159 do Código Penal e lhe acresceu um novo parágrafo, o quarto, para prever redução da pena no caso de colaboração.”²⁰

Seguidamente, houve previsão do tema na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), na Lei de Combate aos Crimes Financeiros (Lei nº 7.492/86), na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária e as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90), na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807/99), na Lei de Combate e Prevenção de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.884/94) e, ainda, na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

Trata-se de técnica de abreviamento do curso processual, que, quando bem utilizada, pode estar em conformidade com os preceitos constitucionais, dentro da concepção de

²⁰GRANZINOLI, Cássio M.M. op. cit., p.150.

relatividade e ponderação das garantias individuais²¹, e os auspícios do Estado Democrático de Direito. Os dados fornecidos pelo corréu delator devem sujeitar-se à minuciosa valoração pelo magistrado, que os conjugará com outros elementos de prova, na caça incessante à verdade real dentro do processo criminal, visando a prevenir premiações desmerecidas, em decorrência de dados ineficazes, que mais podem inviabilizar o desiderato da Justiça.

Tal precaução justifica-se, ainda, pelo fato de que, até o presente momento, ao contrário do legislador italiano, por exemplo, o legislador brasileiro não criminalizou a denúncia caluniosa em delação premiada sem embargo de já existir projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados com referida finalidade.²²

²¹ O Supremo Tribunal Federal tem assumido a posição de que as garantias individuais e coletivas insertas no art. 5^a da Carta Constitucional não são absolutas, assim, não pode ser considerada escudo protetor de atividades ilícitas que maculam a sociedade e a ordem pública, tampouco como argumento para afastar a responsabilidade civil e penal por atos criminosos, sob pena de se consagrar o completo desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Confira-se Mandado de Segurança 23452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16/09/1999.

²² O Projeto de Lei nº 7.228/2006, que altera a Lei 9.807 de 13 de julho de 1999, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 10 de abril de 2007, com apenas dois votos contrários, dos deputados Vicente Arruda (PR-CE) e Paulo Maluf (PP-SP). Dentre outras disposições acerca do instituto, o PL cria a figura do crime de denúncia caluniosa em delação premiada, com pena de 2 a 8 anos de reclusão. O PL cuida ainda de estender o benefício da redução de pena entre, no máximo, um terço e, no mínimo, um quinto a delatores já sentenciados em definitivo que auxiliem a desvendar crimes cuja pena seja superior a oito anos. Atualmente, somente indiciados e acusados formais encontram expressamente contemplado o direito ao benefício que, para tal grupo, varia entre dois terços e um terço da pena. Interessante se faz transcrever fragmentos do voto emitido pelo relator do projeto, Dep. Antônio Carlos Magalhães Neto (DEM-BA): “Argumenta-se que ‘o estabelecimento penal é um *locus* de circulação de informações, em que vários presos compartilham fatos relacionados a autores de crimes, a vítimas e a produtos de crimes, e a nossa legislação não fornece meios para que a Justiça possa se utilizar desses dados a partir de um preso que deseja colaborar em troca de redução de pena’ [...] Não obstante, da forma como redigido o projeto, o condenado poderá ser beneficiado quando colaborar com a solução de qualquer crime. Tal situação permitiria que alguém condenado por um crime grave, como extorsão mediante sequestro ou latrocínio, fosse beneficiado quando colaborasse com a solução de pequenos furtos, o que certamente contraria o espírito da lei, que deseja utilizar o instituto da delação premiada para a solução de crimes graves ou naqueles em que há participação de organizações criminosas. Por sua vez, conceder ao condenado a mesma redução de pena que obtém o indiciado ou acusado poderia servir de incentivo para enfraquecer o instituto da delação premiada na fase inicial das investigações, momento em que ela é mais necessária. Isso porque o réu, provavelmente, esperaria a prolação da sentença para, só após verificada a sua real situação, decidir se colaboraria com a justiça e teria a sua pena reduzida ou não. [...] Por fim, é imperioso impedir que a concessão da delação premiada, por mais de uma vez, acabe por frustrar a finalidade punitiva da pena. Isso porque, da forma como redigido o projeto, alguém já beneficiado pela delação premiada, na fase inicial do processo, se receber novamente o benefício após a condenação, praticamente ficará isento de cumprimento de qualquer pena, o que também não se coaduna com a finalidade do instituto.” Não obstante, há diversos doutrinadores que defendem, com a legislação presente, já existir a possibilidade de se concederem os benefícios da delação premiada mesmo após a sentença condenatória transitada em julgado. Vejamos a dicção do professor Damásio de Jesus: “A análise dos dispositivos referentes à “delação premiada” indica, em uma primeira análise, que o benefício somente poderia ser aplicado até a fase da sentença. Não se pode excluir, todavia, a possibilidade de concessão do prêmio após o trânsito em julgado, mediante *revisão criminal*. Uma das hipóteses de rescisão de coisa julgada no crime é a descoberta de nova prova de “inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena” (art. 621, III, do CPP). Parece-nos sustentável, portanto, que uma colaboração posterior ao trânsito em julgado seja beneficiada com os prêmios relativos à “delação premiada”. O argumento de que não seria cabível em fase de execução, por ser o momento de concessão dos benefícios (redução de pena, regime penitenciário brando, substituição de prisão por pena alternativa ou extinção da punibilidade) o da sentença, não nos convence. O art. 621 do CPP autoriza

Amparado que está no princípio “*nemo tenetur se detegere*”, o réu não presta o compromisso de falar a verdade, sob pena de incursão no crime de falso testemunho, quando de suas declarações às autoridades. De fato, reconhece-se ao imputado o direito não só de guardar silêncio, mas também de não produzir prova contra si mesmo, estando aí incluso um possível “direito de mentir”.

Na prática, isso significa que a veracidade das informações prestadas pelo colaborador não está obrigada em lei, pois inexistente incriminação por inverdades de sua parte, não estando, portanto, obrigado a fornecer dados que lhe possam incriminar. Daí uma certa desconfiança quanto ao crédito merecido por tais declarações.

Desse modo, uma vez desacompanhada a delação de fatores probatórios já constantes dos autos ou trazidos pelo próprio colaborador, de pouco ou nenhum efeito serão as informações fornecidas pelo delator, cabendo ao juiz valorá-las no caso concreto, segundo seu livre convencimento.

Sem embargo das inúmeras vantagens e/ou desvantagens que apresenta, a delação premiada, após longo período de maturação, vem sendo utilizada em ritmo crescente pelos juristas no Brasil, saindo da seara de discussões doutrinárias para figurar como instrumento de efetiva aplicabilidade no mundo real. Todavia, em muitas oportunidades, o emprego se dá com resumido ou inexistente conhecimento técnico. Não se há de negar a ocorrência de

explicitamente desde a redução da pena até a absolvição do réu em sede de revisão criminal, de modo que este também deve ser considerado um dos momentos adequados para exame de benefícios aos autores de crimes, inclusive em relação ao instituto ora analisado. Exigir-se-á, evidentemente, o preenchimento de todos os requisitos legais, inclusive o de que o ato se refira à delação dos co-autores ou partícipes do(s) crime(s) objeto da sentença rescindenda. Será preciso, ademais, que esses concorrentes não tenham sido absolvidos definitivamente no processo originário, uma vez que, nessa hipótese, formada a coisa julgada material, a colaboração, ainda que sincera, jamais seria *eficaz*, diante da impossibilidade de revisão criminal *pro societate*.” JESUS, Damásio Evangelista de. Estágio Atual da Delação Premiada no Direito Penal Brasileiro.[...]. Concordando quanto ao cabimento da delação mesmo em face á coisa julgada, porém, discordando quanto ao meio processual adequado, temo a lição do Procurador da Fazenda Nacional Américo Bedê Freire Júnior: “Deveras devemos lembrar com Borges da Rosa que: ‘O vocábulo revisão vem do verbo rever, que significa ver pela segunda vez ou novamente. Assim, revisão é o recurso por meio do qual se pede novo exame do caso julgado ou processo findo, no intuito de se conseguir a sua reforma total ou parcial’. Frederico Marques singelamente pondera que ‘no processo penal, é por meio da revisão que se opera a reparação do erro judiciário.’ Ora, na hipótese de delação premiada na fase de execução não há nada que ser rescindido na sentença original, nem há que se falar em erro do juiz. Efetivamente, existe um ato superveniente do condenado permitindo que ele faça jus a uma redução da pena ou mesmo a extinção da punibilidade. Não se trata apenas de uma prova nova, mas sim de fato novo que deve ser apreciado pelo juiz da execução penal exatamente como os demais fatos novos que ocorrem na execução, a exemplo dos incidentes de execução. Constata-se a inadequação do pedido de revisão criminal para essa finalidade, visto incólume o processo de conhecimento. Sustento, então, que o meio processual adequado para o reconhecimento da delação premiada na fase de execução é simples petição para o juiz da vara de execuções penais, à semelhança dos demais incidentes na execução, bem como da aplicação da lei nova mais benigna, que em razão de se tratarem de institutos supervenientes não são tratados por revisão.” FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?** Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 05.02.2009.

eventos nos quais o órgão investigatório, ou mesmo o acusador, empolgado com as informações recebidas, levianamente, toma atitudes baseadas em meras suspeitas não comprovadas, o que resulta em efeitos, por muitas vezes, de extrema nocividade ao sujeito passivo do procedimento criminal.

No ensinamento de Granzinoli, embora não deva ser encarada como panacéia, remédio para todos os males, a delação premiada pode e deve ser utilizada com precaução e bom senso, como mecanismo de combate às organizações criminosas e a crimes graves. O que não se admite, para o magistrado, é seu emprego em substituição às eventuais deficiências persecutórias do Estado, bem como seu uso irrestrito e sem critério a todos os casos: “como assevera o Prof. Bowman’s, ‘a cooperação deve ser usada apenas quando necessária, ‘but not more than necessary’ (...)’”²³

²³ GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit., p.160.

2 DELAÇÃO PREMIADA E GARANTIAS PENAIIS: UMA POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO?

Na dicção de Nucci, lembrando que o processo penal não prescinde da busca da verdade real, “é praticamente impossível ignorar por completo as declarações que um co-réu faz incriminando outro e fornecendo dados que irão auxiliar o magistrado na busca da verdade. Portanto, o melhor a fazer é fixar algumas regras para tal aceitação.”²⁴

Para mencionado estudioso, a percepção de benefícios por parte do acusado como recompensa pelo ato delatatório não importa o afastamento de seu valor como meio de prova, sugerindo apenas que o magistrado aumente sua reserva quando em análise da referida denúncia.²⁵

Levam-se em conta dois aspectos para a valoração: a liberdade de convencimento judicial e a divisibilidade da confissão, ao assinalar que o juiz é livre para dividir o conteúdo confessatório segundo sua maior ou menor credibilidade e atendibilidade, escolhendo dele a parte que lhe parece segundo livre convencimento, conforme à verdade real, e refutando a que lhe parece desconforme²⁶

Do mesmo escólio, citamos Espínola Filho²⁷, para quem a conjunção das declarações dos vários corréus, todas confrontadas com vigoroso cuidado, pode contribuir, de maneira grandiosa, para que o juiz forme sua convicção acerca da realidade dos fatos.

Decerto, já Diderot escrevia no sentido de que a moral humana não pode admitir, à guisa de suas virtudes, a fidelidade dos celerados entre si para que estes violem as leis e perturbem a ordem pública com maior tranquilidade.²⁸ A legislação se propõe a um combate ao crime mais efetivo do ponto de vista objetivo, não subjetivo.

²⁴NUCCI, Guilherme de Sousa. op. cit., p. 210.

²⁵NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit. p. 213.

²⁶BELLAVISTA, Girolamo. Enciclopédia Del Diritto, vol. 8. Varese: Giuffrè, 1971, p. 922. apud ROSSETO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001. p.187-188.

²⁷ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. III. Campinas: Bookseller, 2000. p. 40.

²⁸“Portanto, não é crível, numa democracia, que a perenidade formal das regras (que deverão ser normas) assumam contornos de muro que aprisionam os participantes em limites impeditivos do vislumbre do horizonte, onde o sol se põe de forma enigmática, para um novo amanhecer.” STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 117. Segundo Marilena Chauí: “A democracia é invenção porque, longe de ser a mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstauração permanente do social e do político.” CHAUI, Marilena. In LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática**. Trad.: Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 7. Por sua vez, Castoriadis assevera: “uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou, de uma vez para sempre, as leis justas. Uma sociedade justa é uma sociedade onde a questão da justiça

O professor Azevedo²⁹, refutando as alegações de desprestígio do penalismo clássico e barganha sombria entre Estado e criminoso, contrárias à adoção da delação premiada no direito pátrio, analisa a temática sob uma óptica cristã do bom exemplo indulgente, senão vejamos:

O perdão judicial e a diminuição da pena previstos na nova legislação embebem-se de eticidade, não se constituindo num desprestígio ao direito punitivo, nem numa barganha sombria do Estado com o criminoso para a busca e soluções fáceis para a investigação penal e para o processo penal à custa e sacrifício de princípios morais. Como assinala Jorge Alberto Romeiro, "o sentimento reflexo de bondade, pois salvo raras exceções, a indulgência determina também, na generalidade dos indivíduos, por uma espécie de mimetismo psicológico, sentimentos reflexos de altruísmo. Assim, o perdoado de um mal pretérito poderia sentir o dever de compensá-lo com um futuro bom comportamento". Aliás, o fazer bem ao próximo desencadeia sentimentos e posicionamentos positivos e favoráveis com relação a quem fez o bem. As Escrituras Sagradas pontuam: 'Portanto, se o teu inimigo tiver fome, dá-lhe de comer; se tiver sede, dá-lhe de beber; porque, fazendo isto, amontoarás brasas de fogo sobre a sua cabeça'. O 'amontoarás brasas de fogo sobre a cabeça' significa, aqui no texto, justamente despertar sobre quem praticou a má ação um sentimento de arrependimento e de reversão da postura de colisão com os valores negados com a ação ilícita. Portanto, sob os princípios de uma ética cristã, o instituto do perdão judicial e da causa de diminuição de pena particularmente previstos na nova lei, estariam plenamente justificados.

Enfrentando de forma brilhante a questão do descrédito quanto às informações prestadas pelo delator, Malatesta, ensina cuidar-se de pressuposto nem sempre correto, inspirado na jurisprudência romana e recheado de sofismas repetidos por sucessivos escritores sem maior análise de seu embasamento.³⁰ Tratar-se-ia, ao se seguir a linha de que veracidade e delito não podem estar juntos, de por fora do campo das provas a própria confissão, já que inexistiria razão para conceder valor probatório à palavra do acusado quando discorrendo sobre fato próprio e negar-lhe tal qualidade quando afirmasse sobre fato alheio.

A dúvida acerca da credibilidade da palavra do delator não surge de maneira radicalmente diferente à de qualquer outro depoimento. Trata-se realmente de um falso problema, uma vez que não existem testemunhos perfeitamente fiáveis.

permanece constantemente aberta." CASTORIADIS, Cornelius. **Socialismo ou Barbárie**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

²⁹AZEVEDO, David Teixeira. **A colaboração premiada num direito ético**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 771, 2000. p. 6.

³⁰ "Diz-se e repete-se, por exemplo, que o acusado que espontaneamente confessou o próprio fato delituoso não merece fé no seu testemunho sobre o fato do cúmplice, pois deve-se rezear que não acuse os outros com tanta facilidade e presteza como se acusou a si próprio. E quem disse isso, não refletiu em que a facilidade para dizer a verdade sobre o próprio fato só pode, logicamente, levar à facilidade em dizer a verdade sobre o fato de outrem. Se não se ocultou a verdade sobre o fato delituoso próprio, mesmo tendo interesse em ocultá-lo, isto leva a supor que, com maior razão, se diga a verdade sobre fato alheio, não havendo interesse em ocultá-lo." MALATESTA, Nicola Framarino Nei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução da 3ª Edição de 1912. Conen, 1995. p. 195.

Assim, quando, para desacreditar a acusação do cúmplice, apresentou-se a possibilidade de uma inimizade que leve o acusado a caluniar o seu pretense cúmplice, não se calculou ser esta uma razão de mais fácil engano para o testemunho de terceiro que para o acusado.³¹

Mais a frente, continua o respeitado jurista:

Admitindo que o acusado calunie como cúmplice um inocente, a notícia de conluíus havidos entre ele e um feroz inimigo do pretense cúmplice poderá orientar a justiça no sentido de suspeitar de mentira nas acusações do acusado: investigações difíceis, não o negamos, mas menos difíceis do que descobrir a corrupção exercida no espírito de outra testemunha qualquer. O terceiro, chamado a depor, não sofre nenhuma vigilância por parte da justiça. Quando, por isso, depois de haver ajustado com um inimigo do acusado o preço de um falso testemunho, a terceira testemunha se apresenta para depor, a justiça, não tendo conhecimento das relações pessoais da testemunha, tem um indício a menos para suspeitar da mentira.³²

Deveras, mentiras podem acontecer em qualquer depoimento, ilustrando a relatividade da prova oral. Conforme sugere Nucci³³, não são as testemunhas as que mais têm facilidade em alterar a versão dos fatos, fornecer álibis e modificar anteriores declarações? Ademais, a processualística penal não abre mão do depoimento de pessoas flagrantemente interessadas no desfecho do julgamento, tais como parentes do acusado, não sendo justo supô-los mentirosos apenas por tal condição.

Tal temor de inverdades sustentado pelos críticos da delação premiada só haveria de ter sentido caso a concessão do prêmio acontecesse de colaboração mentirosa, bem como tivesse a delação valor probatório absoluto. Todavia, todos os instrumentos de estímulo à verdade processual, previstos tanto em leis específicas quanto no Código Penal, exigem que as informações do delator sejam efetivamente úteis nas investigações e ainda estejam em consonância com as outras provas existentes nos autos para lastrear uma condenação. Ademais, na medida em que o colaborador da Justiça surge como portador de um interesse pessoal, traz justificativas ao magistrado para ter, a seu respeito, desconfianças muito específicas já ressaltadas por Bentham como manifesto sinalizador da atividade do juiz.³⁴

Segundo o ilustrado Cesare de Beccaria:

³¹MALATESTA, Nicola Framarino Nei. op. cit. p. 204.

³²MALATESTA, Nicola Framarino Nei. op. cit. p. 206.

³³NUCCI, Guilherme de Sousa. op. cit. p. 212.

³⁴Já Beccaria cuidava de tal questão: “Todo homem razoável, vale dizer, todo homem que puser ligação em suas idéias e que sentir idênticas sensações tanto quanto os demais homens poderá ser recebido como testemunha. Contudo, a confiança que se lhe depositar, deve ser medida pelo interesse que ele tem de dizer ou não a verdade. É, portanto, por razões frívolas e absurdas que as leis não admitem em testemunho nem as mulheres, devido à sua fraqueza, nem os condenados, visto que estes morreram civilmente, nem as pessoas marcadas de infâmia, pois, em todos esses casos, uma testemunha pode falar a verdade, quando não tem interesse em mentir.” BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, p. 25.

a única e verdadeira medida do delito é o dano causado à nação [...] O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público [...].³⁵

Com a delação, o criminoso abre mão da cumplicidade e dos vínculos espúrios de solidarismo, sendo, na lição de Monte³⁶, sua conduta menos reprovável socialmente, uma vez que sua própria contrição teria agido no sentido de regenerá-lo. O fato criminoso não deixou de existir, mas o sujeito contrapõe-se ao próprio crime e protege bens jurídicos mais valiosos para a sociedade que a própria punição de um co-autor.

Daí concluir-se a não-ofensa aos princípios da proporcionalidade ou não-discriminação no fato de ao colaborador se aplicar penalidade inferior à aplicada ao autor não-colaborador de delito idêntico, já que os benefícios da delação premiada, por serem circunstâncias de caráter pessoal, não se comunicam³⁷. A objeção nos parece fazer referência à problemática da individualização da pena e à questão de saber se a ajuda fornecida pelo réu delator justifica a entrega das vantagens.³⁸

A delação premiada, inserida na nova concepção penalista do Direito Premial, constitui-se em marcante pragmatismo, característico do legislador das décadas de 80 e 90, que, introduzindo um costume não próprio a nosso povo, qual seja, delatar parceiros

³⁵BECCARIA, Cesare. op. cit. p. 85.

³⁶MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei. 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. **Revista da Ajuris**. Ano XXVI, nº 82, tomo I, junho de 2001. p. 234-248.

³⁷Da jurisprudência extraímos: “HABEAS CORPUS. PENA DE MULTA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. CO-RÉU BENEFICIADO COM A DELAÇÃO PREMIADA. EXTENSÃO PARA O CO-RÉU DELATADO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTUITO COMERCIAL. ELEMENTO INTEGRANTE DO TIPO. [...] 2. Descabe estender ao co-réu delatado o benefício do afastamento da pena, auferido em virtude da delação viabilizadora de sua responsabilidade penal.[...]” (STF – 1ª Turma - HC 85176 / PE. Rel. Min. Marco Aurélio; Rel. p/ Ac. Min. Eros Grau. Fonte: DJ 08/04/2005 P.26); e “PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 14 DA LEI Nº 9807/99. INAPLICABILIDADE. A minorante da denominada delação premiada, por ser circunstância, e não elementar, é incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas. Recurso provido.” (STJ - 5ª Turma - REsp 418341 / AC; Rel. Min. Felix Fischer. Fonte: DJ 26/05/2003 p. 374).

³⁸Parece, contudo, fazer sentido a crítica à hipótese em que, a depender do andamento das investigações, a possibilidade de prestar informações válidas pode ser diferente aos diversos investigados ou acusados. Explicamo-nos: suponhamos que o investigado A, ao ser capturado, logo nos princípios persecutórios, aceite ofertar colaboração e forneça dados suficientes e eficazes a dismantlar a organização e desvendar seus crimes. Em sendo apanhado o indiciado B por conseqüência da colaboração precisa do investigado A, pouco sobrarão àquele revelar, estando verdadeiramente diminuída sua chance de obter o benefício da diminuição da pena em sede de delação premiada, o que não impede, todavia, que batalhe por sua concessão sem embargo das dificuldades ou mesmo pelas vantagens de uma confissão ou qualquer outra causa que justifique a redução do quantum punitivo.

criminosos, busca colher frutos da infidelidade criminal³⁹. Tal infidelidade encontra-se consubstanciada na quebra da “*affectio societatis*”, configurando combate mais eficiente de grupos criminosos, quando, por muitas vezes, opera a lei do silêncio.

Sobre a matéria, Mayor⁴⁰, discorre:

Sus miembros, que no son numerosos, però sí capaces de cometer cualquier crimen se suyetan a un Código de Honor, inflexible e severo cuya principal regla es la obediência absoluta a los jefes y la completa reserva. Bajo juramento se obligan a ayudarse mutuamente y no atuar de testigos ante ningún tribunal. Esse conjunto de tradiciones recibe el nombre de omertá, voz proveniente del siciliano omu (hombre)

No caminho dos ensinamentos de Bettiol, mestre italiano, constata-se que o direito premial pode, aparentemente, encerrar um paradoxo, bem maior quando incurso em uma cultura que, ao longo dos tempos, tem preferido punir a corrigir; todavia, todo paradoxo guarda um sopro de verdade.

A bem da verdade, afirmam Teotônio e Nicolino que o implemento do colaborador premiado:

veio a ser um instrumento de maior utilidade e eficácia, não só para as investigações, mas também para permitir uma melhora da prova no processo penal, viabilizando condenações que outrora seriam quase impossíveis ou muito pouco prováveis⁴¹.

Permite, assim, a aplicação dos preceitos penais e processuais penais, expressão do bem-estar social e da democracia.

Difícil é entrar nessas organizações, e até a infiltração de agentes se não é impossível se torna bastante arriscada para eles. Mais fácil, de resultados mais satisfatórios e rápidos, quando ‘um arrependido’, na denominação italiana, não só se entrega, mas entrega, também seus colegas de crimes e a organização, permitindo a prisão do grupo e, muitas vezes, o fechamento da organização.⁴²

Assim, todas as medidas de incentivo à colaboração processual dos envolvidos com o crime, embora, de certa forma, configurem um reconhecimento, por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar “*spontae propria*” todos os crimes praticados, são de enorme importância para o combate ao incremento da criminalidade no Direito Comparado e, no

³⁹BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de Capitais e obrigações Civis Correlatas**: com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴⁰MAYOR, Pedro Juan. **Concepcion criminológica de La criminalidad organizada contemporânea**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 25, janeiro/março 1999.

⁴¹TEOTÔNIO, Paulo José Freire; NICOLINO, Marcus Túlio Alves. O Ministério Público e a colaboração premiada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, nº 21, ago-set 2003, p. 26.

⁴²SZNICK, Valdir. op. cit. p. 375.

Brasil, seja ela organizada ou não.⁴³ Isso porque, nos dias atuais, os criminosos especializam-se, fixam complexas metas procedimentais e utilizam-se de infiltrações em setores estratégicos, muitas vezes, nos próprios órgãos de segurança pública.

Silva salienta que o instituto apresenta dupla vantagem, pois “permite ao Estado quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas, assim como colaborar para o espontâneo arrependimento do investigado ou acusado”⁴⁴.

Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen trata das dimensões do prêmio e do castigo no conceito de sanção jurídica:

Conforme o modo pelo qual as ações humanas são prescritas ou proibidas, podem distinguir-se diferentes tipos - tipos ideais, não tipos médios. A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (Vergeltung). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal - a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como conseqüência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa.⁴⁵

A tendência contemporânea de enfrentar o “jus puniendi” estatal não apenas na concepção arcaica da função retributiva, mas, principalmente, como mecanismo de reinserção social, posto ser forma mais eficaz de proteção da coletividade, aponta para processos que permitam a adesão espontânea dos obrigados às normas jurídicas. “Pode observar-se como a transformação estrutural e a mutação radical da realidade social implica incessantemente novos problemas, e estes exigem novos instrumentos e novos procedimentos, nova estrutura lógico-conceitual.”⁴⁶

Destarte, ao lado das sanções penais típicas, passam a existir as sanções premiaias, que oferecem benefícios ao destinatário sem perder seu caráter repressivo, mostrando-lhe que é vantajoso agir no interesse social. Valorosa contribuição nos oferece o argentino Azevedo:

⁴³GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit. p. 158.

⁴⁴SILVA, Eduardo Araújo da. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 85, dezembro de 1999.

⁴⁵KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 26.

⁴⁶PASINI, Dino. Norma giuridica e realtà sociale. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Ano XXXVII, Série III. Milano: Giuffrè, 1960. p. 222.

Seria uma deplorável mutilação apresentar o Direito como implicando exclusivamente o modo de retribuição danosa, a pena. A essência do Direito implica a retribuição, mas esta pode ser não apenas castigo, mas também a recompensa. E a história do Direito positivo nos mostra efetivamente exemplos de retribuição que são prêmios: o ramo de oliva (Grécia), o elogio e o galardão (Espanha Medieval), o acréscimo e aumento de soldos, a condecoração, as pensões graciosas, os privilégios econômicos e as isenções. Se nos passam inadvertidas é porque não foram unificadas em um Código como as penas.⁴⁷

A defesa dessa inclinação associa-se ao fato de que a polícia, não apenas no Brasil, mas no mundo todo, vê-se cada vez mais impotente para enfrentar a crime organizado, quase sempre superior em poder e em aparelhamento. O benefício delatatório é medida de política criminal, já que interessa ao Estado tanto a interrupção pelo criminoso de sua ação delituosa, quanto a descoberta de crimes e de organizações que a ele se dedicam.⁴⁸

Para que existam criminosos dispostos a colaborar com a justiça, é necessário conceder algum tipo de prêmio legal e uma estrutura que os proteja, a eles e a suas famílias, visto que, uma vez finalizada a colaboração com a investigação, não terão mais a proteção que, em outro tempo, era garantida pela própria organização criminosa senão que, pelo contrário, estarão expostos a receber represálias de velhos camaradas.⁴⁹

O sistema de punir e de recompensar, combina o caráter atrativo e voluntário da recompensa com a força inibidora e com a constante certeza da punição. No que tange à recompensa, haverá certamente todo o empenho daquele que pratica o ato em demonstrar o seu mérito e o seu título ao prêmio.

A tarefa do legislador, ou político, consiste em unir, em cada indivíduo sujeito de uma ação, o seu interesse e o seu dever. A legislação perfeita é aquela que aponta que o dever de cada um consiste em seu próprio interesse. De uma forma geral, se tem pensado que essa tarefa pode ser conseguida quando se cria uma obrigação e se estabelece uma punição para sua inobservância. Contudo, se isso fosse suficiente, nenhum legislador fracassaria em sua missão. O fato é que a força da punição não é suficiente para determinar a vontade do agente no sentido da prática do curso de ação privilegiado pelo legislador como expressivo do interesse do próprio agente concernido. Somente o caráter voluntário e o atrativo da recompensa (do prazer e do lucro) provisionada pelo legislador à obediência da regra, associada à força que é peculiar da punição, pode determinar a união de interesse e dever.⁵⁰

Em auxílio a esse tipo de colaboração com a administração da Justiça citamos ainda, dentre aqueles que a consideram alheia às discussões éticas, a magistrada Denise Frossard⁵¹, para quem a delação nada tem de sentido filosófico, político, teológico ou romântico,

⁴⁷AZEVEDO, Juan Lambias. **Eidética y Aporética del Derecho Prolegomenos a la Filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Galpe, 1940. p. 48.

⁴⁸SZNICK, Valdir. op. cit. p. 371.

⁴⁹MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e o Crime Organizado: Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 28.

⁵⁰PELUSO, Luis Alberto. op. cit.

⁵¹FROSSARD, Denise. A delação premiada como instrumento de investigação. **VOX O espaço de opiniões e reflexões da AMAERJ**. Rio de Janeiro, Novembro/ 2005.

resumindo-se a simples instrumento legal e democrático, colocado pelo Legislador pátrio, à disposição do Estado.

Ao analisar as similitudes existentes entre o instituto do arrependimento posterior do Código Penal e a causa especial de diminuição da pena prevista na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), considerada uma das hipóteses legais de ocorrência da delação premiada, Santos e Prado desenvolvem pensamento que pode ser aplicado à cooperação do corrêu, quanto a sua finalidade. Assim como Roberto Lyra⁵², que, discorrendo sobre a confissão espontânea, vaticina a desnecessidade de conhecimento quanto aos móveis do sujeito que confessa, quer pelo temor à descoberta da autoria e sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade, os citados juristas lecionam:

Primeiramente, o denominado arrependimento posterior não exige do agente qualquer manifestação de efetiva ‘penitência’, bastando para a lei que, por ato voluntário, o agente promova a reparação do dano ou a restituição da coisa. Dá a entender, assim, a mencionada norma que, mesmo presente um intenso juízo pessoal de reprovação, característico de acentuada culpabilidade, se por conveniência sua o agente promovera reparação do dano (moral ou material), será titular de um direito público de decréscimo da sanção, cuja variação leva em conta a maior ou menor completude da satisfação do interesse da vítima. Por isso, admite-se na doutrina que a causa foi criada mais levando em conta a vítima, que se quer ver protegida, que o agente, a respeito do qual pesa pouco, nesse lance, o papel que desempenha sua culpabilidade.⁵³

Esposa um pensamento análogo Granzinoli, defendendo que, embora tenha o Direito de preocupar-se com a Moral e mesmo que ambos se inter-relacionem em muitos pontos (conforme, por exemplo, a Teoria do Círculos Secantes, de Du Pasquier, e a Teoria dos Círculos Concêntricos, de Jeremy Bentham), os membros de grandes organizações criminosas não estão, em regra, preocupados com a ética ou com a moral; mas sim em garantir a própria sobrevivência e o ganho fácil. Prossegue a manifestação, salientando que talvez não se deva entrar no mérito a respeito dos motivos que impulsionam tais comportamentos delatatórios, seja por real arrependimento seja por pura e simples busca de atenuações, mas procure-se ressaltar o bem que tais denúncias podem trazer à sociedade.⁵⁴

Na realidade, o legislador não cuida dos fatores que levam o membro de uma organização criminosa a denunciar seus comparsas e suas atividades, podendo tais razões ser

⁵² LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**, vol. II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 382.

⁵³ SANTOS, William Douglas Resinente dos; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Comentários à Lei contra o Crime Organizado** (Lei N. 9.034/95). Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.80.

⁵⁴ GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit. p.159.

nobres ou não. “O prêmio é dado pela colaboração eficaz (que tenha resultado) já que muitas vezes, mais que o colaborador, o principal beneficiado é o Estado pela ajuda prestada (...)”⁵⁵

Ainda com uma visão realista, Nucci expressa posicionamento bastante pragmático a respeito da temática ao inferir que, embora se tratando de uma modalidade de traição institucionalizada, uma rejeição à delação premiada constituir-se-ia em verdadeiro prêmio ao crime organizado e aos delinquentes de um modo geral, “que, sem a menor ética, ofendem bens jurídicos alheios, mas o Estado não lhes poderia semear a cizânia ou a desunião, pois não seria ‘moralmente’ aceitável.”^{56 57}

A delação premiada não deve ser vista como um fim em si mesmo, mas sim pode configurar instrumento a ser utilizado na atenuação dos danos decorrentes de práticas criminosas que afetam cruelmente a sociedade como um todo.

Não se defende a traição pura e simples, nem se quer com isso criar um mecanismo de “dedodurismo” ensejador de calúnias e extorsões, para sermos minimalistas; mas uma coordenação de esforços, com escopo no bem comum, para a resolução de casos que, de outra forma, dificilmente seriam solucionados.⁵⁸

Conforme aponta Calabrich:

embora a aplicação do instituto da delação premiada ainda seja bastante tímida no Brasil, já foram obtidos excelentes resultados em casos emblemáticos, a exemplo das investigações (e dos processos criminais) referentes ao caso Banestado (Força-Tarefa CC5, sediada no Estado do Paraná), amplamente divulgado na imprensa.⁵⁹

⁵⁵ SZNICK, Valdir. op. cit. p. 368 a 369.

⁵⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁵⁷Aliás, com opinião ferrenhamente contrária aos que alegam a imoralidade do instituto da delação premiada como impeditivo a sua adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro, temos Valdir Sznick, op. cit., p.376: “As considerações éticas feitas ao ato de quem denuncia um membro do seu próprio grupo não nos parece importantes, já que o criticado que colabora, como os demais integrantes do grupo, são criminosos, violentos, organizados e o fato de se facilitar a colaboração (...) é um meio que se dá ao criminoso que, arrependido, entrega o seu grupo à Justiça. É a ponte de ouro – que ninguém nunca criticou – de que falava já no século passado Von Liszt. Falar em ética de criminoso se não é irrisório é até contraditório já que o grupo, quanto mais organizado, não só tem uma ética própria, mas tem suas leis (morte ao traidor), como seu Tribunal. Se formos pensar em ética, usemos o Tribunal dos Crimes Organizados (mafiosos, na Itália) e deixemos a cargo deles, e não da nossa Justiça, a solução dos problemas surgidos entre eles, inclusive a disputa por mercados (pontos) e, também, pela chefia.” (sic)

⁵⁸“Não existe absolutamente nada que possa substituir o acatamento espontâneo do Direito, a natural realização de sua plena eficácia. Só assim poder-se-ia garantir que o Direito aí existente seria sempre justo e legítimo.” VASCONCELOS, Arnaldo in prefácio de MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁵⁹CALABRICH, Bruno. op. cit. p. 209.

No mesmo sentido também relata Sznick:

Só para elencar, temos: no Rio de Janeiro – um informante policial (e mesmo policiais) que resolveram denunciar policiais envolvidos em várias modalidades criminosas, como furto de veículos, extorsão e até mortes, como a chacina de Vigário Geral; em Brasília – o depoimento de um acessor do Senado Federal, preso por homicídio, que permitiu esclarecimento dos chamados ‘anões do Orçamento’; em São Paulo – o caso do ‘Zé do Ouro’ que, como informante, tomou conhecimento de envolvimentos de policiais em vários crimes e resolveu ‘denunciar’ esses policiais á autoridade, dando origem a várias apurações (inquéritos policiais).⁶⁰

O instituto da delação, como bem asseverado por Monte⁶¹, traz uma proposta que encontra resistências na dogmática tradicional e, para triunfar, necessita de análise consentânea com os princípios constitucionais, com a ética vigente na sociedade atual e com a política criminal do Estado Democrático de Direito.

Não deve a delação prestar-se, unicamente, a suprir as deficiências persecutórias estatais, de forma irrestrita e sem critérios.

Busca-se, como primeira providência, conscientizar os operadores do direito em relação à existência do instituto da delação premiada, assim como da necessidade de sua implementação de forma prudente⁶², sem abdicação dos princípios e garantias que norteiam um Estado Democrático de Direito⁶³; porém, sem preconceitos e sem repulsas imediatas.

⁶⁰SZNICK, Valdir. op. cit. p. 373.

⁶¹MONTE, Vanise R. op. cit. p. 234.

⁶²É importante nessa seara evitar arbitrariedades, como o corte da marca de voluntariedade e espontaneidade da delação premiada: “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORÁRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1.A prisão temporária só pode ser decretada quando imprescindível para as investigações. Não se pode determinar a prisão temporária porque pode surgir a necessidade de reinquirição dos agentes. 2.A prisão temporária não pode ser decretada para coagir o indiciado a delatar (delação ou traição premiada).” (TRF 1ª – 3ª Turma, Habeas Corpus 2006.01.00.030745-9/AP, Rel. Des. Tourinho Neto – Fonte: DJ29/09/2006 p.18) Assim, não há que se falar em decretação ou revogação de prisão cautelar por conta de delação premiada, pois a liberdade de alguém não pode estar condicionada a sua colaboração ou não em um processo. Em ocorrendo tal hipótese trata-se de prisão ilegal.

⁶³“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO. CO-RÉU DELATOR. POSSIBILIDADE DE REPERGUNTAS PELA DEFESA DO DELATADO. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 1. O interrogatório é essencialmente meio de defesa. No entanto, se do interrogatório surgir delação de outro acusado, sobrevém para a defesa deste o direito de apresentar reperguntas. Tal decorre de um modelo processual penal garantista, marcado pelo devido processo legal, generoso feixe de garantias. A vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irremediável. 2. Ordem concedida, apenas em favor do paciente, para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive, reconhecendo-se o excesso de prazo no seu encarceramento, deferindo-lhe a liberdade provisória. (com voto vencido)” (STJ – 6ª Turma; HC 83875/GO Habeas Corpus 2007/0124205-0, Rel. Min. Paulo Galloti, Rel(a) p/ Ac. Maria Thereza de Assis Moura – Fonte: DJe 04/08/2008)

Há que se debruçar sobre os diferentes dispositivos legais em vigor que fazem referência à matéria, a fim de se cuidar de uma aplicação em conformidade com as garantias processuais e constitucionais do acusado, seja delator seja delatado, sem espaço para arbitrariedades.

3 A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

As raízes da delação premiada, como instrumento de política criminal no Brasil, encontram assento ainda no período de domínio colonial português, quando, sob os rigores das chamadas Ordenações Filipinas, promulgadas no início do século XVII e vigentes até fins do século XIX, não apenas se ofertava o perdão, mas, em certos casos, verdadeiro prêmio aos malfeitores que apontassem a autoria de infrações penais por outros súditos.

No Livro Quinto da referida normativa, que cuidava da parte criminal, havia diversas referências ao uso do instituto da delação, tais como as previsões constantes: do Título VI do Código Filipino, que definia o crime de “Lesá Majestade”; do Título XII, sob a rubrica “Dos que fazem moeda falsa ou despendem e cerceiam a verdadeira ou a desfazem”; e, por fim, do Título CXVI, que, cuidava especificamente da temática abaixo da inscrição “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão”.

Como cediço, há que se frisar a aplicação das temerosas ordenações a diversos movimentos histórico-políticos brasileiros, dentre eles ressaltamos as Conjurações Mineira, de 1789, e Baiana, do ano de 1798. O resultado da aplicação da ferramenta delatória, contudo, marcou a memória historiográfica, mormente, pela carnificina das punições, perpetuando o reflexo de tais experiências até os presentes dias.

Empós, há notícias de utilização abundante do instrumento de delação durante o regime ditatorial militar a fim de que se pudesse conhecer acerca de supostos dissidentes.

O vigente Código Penal brasileiro, com redação dada pela Lei 7.209 de 1984, passou a prever benefícios para as circunstâncias nas quais o réu demonstrasse:

menor endurecimento no querer criminoso, certa sensibilidade moral, um sentimento de humanidade e de justiça que o levam, passado o ímpeto do crime, a procurar detê-lo em seu processo agressivo ao bem jurídico, impedindo-lhe as consequências.⁶⁴

Consistiam as susas alterações ao Codex criminal na introdução da desistência voluntária (“desistenza voluntaria” ou “freiwillige Rücktrit”, prevista no art. 15 do Código Penal, primeira parte) e do arrependimento eficaz (“pentimento operoso” ou “tätige Reue”,

⁶⁴ BRUNO, Aníbal. op. cit. p. 140.

inscrita no art. 15 do Código Penal, segunda parte), bem como do arrependimento posterior (albergado no art. 16 do Código Penal) e da atenuante genérica do art. 65, inciso III, alínea “b”, também do código Penal.

Nessa linha, posicionou-se Guidi:

Nosso Código Penal possui um arremedo de delação premiada utilizado como atenuante genérica, previsto no artigo 65, inciso III, alínea b, em que se ‘premia’ o criminoso que tenha buscado, espontânea e eficazmente, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano. Nessa mesma linha de pensamento, nosso legislador também previu no artigo 16 do Código Penal o arrependimento posterior, beneficiando aquele que ‘voluntariamente desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza’.⁶⁵

Conclui o referido causídico afirmando, todavia, não se tratar de uma delação propriamente dita, posto não se exigirem os requisitos específicos e haver mitigação de benefícios.

Atualmente, a delação premiada encontra previsão em diversas normas pátrias, todas relativamente recentes. O instituto, como método de estímulo ao esclarecimento e à punição de graves crimes cometidos em concurso de agentes, voltou às luzes em nosso país sob a inspiração das denominadas “legislações de emergência”, principalmente exemplificadas pelos casos de combate à criminalidade na Itália e nos Estados Unidos.

O primeiro diploma a materializar essa tendência legislativa em aproveitar-se da infidelidade criminal foi a denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a qual, em seu art. 8º, § único, prescreveu a regra de que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. No relatório de Granzinoli:

a mesma Lei 8.072/1990 alterou o art. 159 do Código Penal e lhe acresceu um novo parágrafo, o quarto, para prever redução da pena no caso de colaboração (art. 159, § 4º - se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciar à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços).⁶⁶

No tocante à criminalidade organizada, seguindo a influência internacional, veio, então, à baila a Lei nº 9.034/95, dispondo dos meios operacionais para a prevenção e a repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O art. 6º da citada norma reza que

⁶⁵ GUIDI, Jose Alexandre Marson. op. cit. p.111 e 112.

⁶⁶GRANZINOLI, Cássio M.M. op. cit. p.150.

“nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e a sua autoria”.⁶⁷

Em seguida, a Lei nº 9.080/95 introduziu, com a redução de penalidades, premiação aos réus colaboradores que, nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86)⁶⁸ e nos contra a ordem tributária e as relações de consumo (Lei nº 8.137/90)⁶⁹, revelassem, através de confissão espontânea, toda a trama delituosa.⁷⁰

A Lei nº 9.269/96, por seu turno, regulou a delação premiada no que tange à extorsão mediante sequestro, deu nova redação⁷¹ ao § 4º no art. 159 do Código Penal brasileiro, prevendo a redução da pena de um a dois terços para aquele que, praticando o crime em concurso de pessoas, denunciasse o crime à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado.

Ademais, a Lei nº 9.613/98, discorrendo sobre os crimes de lavagem de dinheiro⁷² ou de ocultação de bens, direitos e valores, prevê no § 5º do art. 1º que:

a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou de substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando

⁶⁷O Projeto de Lei nº 3731/97, de autoria do dep. Antônio Carlos Biscaia (PT-BA), o qual define e regula os meios de prova investigatórios, destinados à prevenção e repressão dos crimes praticados por organizações criminosas. mantém a concepção de se premiar o delator que colaborar com as investigações, levando ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, e possibilitando o desmantelamento da organização criminosa, nos mesmos moldes da legislação vigente, sendo garantidos o sigilo da colaboração e a proteção policial ao colaborador.

⁶⁸A Lei nº 7.492/86, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, dispôs de tratamento à matéria, lecionando em seu art. 25, § 2º, que, em relação aos crimes “cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

⁶⁹A Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômicas e relações de consumo, dispôs de tratamento à matéria, lecionando em seu art. 16, § único, que, em relação aos crimes “cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

⁷⁰O Projeto de Lei nº 6.919/2002, do Deputado Pedro Fernandes (PFL-MA) visa ampliar a aplicação da delação premiada nos crimes contra o sistema financeiro Nacional. Com a proposta, o § 2º do art. 25, da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, passa a vigorar com a seguinte redação: “§ 2º. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em concurso de agentes, a pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor, partícipe ou associado colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria.”

⁷¹A anterior redação ao dispositivo em comento fora dada pela já citada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90): “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

⁷²Em todo mundo, o crime de “lavagem de dinheiro” movimentada, segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU) a cifra de 500 bilhões a 1,5 trilhão de dólares. De caráter transnacional o crime é utilizado por todas as organizações criminosas mundiais que, necessitam tornar “legal” o dinheiro obtido de modo “ilegal” nas mais diversas modalidades de infrações penais .

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

O Projeto de Lei nº 3.443/08 altera dispositivos dessa lei com o objetivo de facilitar a sua aplicação. Dentre as principais alterações, está a dispensa de elaboração de documento de delação premiada nos autos da negociação, para os crimes previstos no art. 1º do referido diploma legal, devendo este constar de termo separado, mantido sob sigilo.

Isso se dá porque, na prática jurídica brasileira, os acordos de cooperação compensada costumam dar-se mediante lavratura de termo escrito junto aos autos originais, com o depoimento e a assinatura do colaborador. O projeto modifica esse procedimento visando a evitar que eventuais delatores tenham receio de represálias. Há ainda importante modificação quanto ao cumprimento de pena dos delatores, facultando-se ao juiz a condenação em início de cumprimento de pena no regime aberto ou no semi-aberto.⁷³

Por sua vez, anexo ao Projeto de Lei nº 3443/08, tramita o Projeto de Lei 3247/08, que busca extinguir a possibilidade de isenção de pena para os casos de delação premiada em crimes de lavagem de dinheiro ou de ocultação de bens.⁷⁴ Como alternativa, propõe deixar ao juiz a faculdade de substituir a pena de reclusão por restritiva de direitos.

Já a Lei nº 9.807/99, ao instituir o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispôs sobre a proteção de acusados ou de condenados que tenham, voluntariamente, prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Tentou-se, ainda, mediante esse diploma legal, uniformizar o tratamento dado à delação premiada, prevendo o legislador a possibilidade de conceder-se perdão judicial ou diminuição da pena dos acusados que colaborassem de forma voluntária e eficaz, aplicável a qualquer crime, e não apenas a determinados tipos penais, como ocorrida com as demais normativas anteriores.⁷⁵

Conforme tratado anteriormente, na página 17, o Projeto de Lei nº 7.228/2006, que altera a Lei 9.807 de 13 de julho de 1999, foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 10 de abril de 2007, com apenas dois votos contrários, dos deputados Vicente Arruda (PR-CE) e Paulo Maluf (PP-SP). Dentre outras disposições acerca

⁷³Em presente, a lei somente faz referência ao regime aberto.

⁷⁴Segundo o autor do projeto: “esta alternativa se mostra incongruente com a gravidade do delito, haja vista que os bens e valores ocultados são provenientes de atividade criminosa”.

⁷⁵Com exceção da Lei do Crime Organizado, a qual não toma um tipo penal determinado, mas todos os crimes praticados em organização criminosa.

do instituto em testilha, referido o Projeto de Lei cria a figura do crime de denúncia caluniosa em delação premiada, com pena de 2 a 8 anos de reclusão.

O Projeto de Lei cuida, ainda, de estender o benefício da redução de pena entre, no máximo, um terço e, no mínimo, um quinto a delatores já sentenciados em definitivo que auxiliem a desvendar crimes cuja pena seja superior a oito anos. No momento, somente indiciados e acusados formais têm previsão legal de direito ao benefício⁷⁶ que, para tal grupo, varia entre dois terços e um terço da pena.

Interessante se faz transcrever fragmentos do voto emitido pelo autor do projeto, Dep. Antônio Carlos Magalhães Neto:

Argumenta-se que ‘o estabelecimento penal é um locus de circulação de informações, em que vários presos compartilham fatos relacionados a autores de crimes, a vítimas e a produtos de crimes, e a nossa legislação não fornece meios para que a Justiça possa se utilizar desses dados a partir de um preso que deseja colaborar em troca de redução de pena’ [...] Não obstante, da forma como foi redigido o projeto, o condenado poderá ser beneficiado quando colaborar com a solução de qualquer crime. Tal situação permitiria que alguém condenado por um crime grave, como extorsão mediante sequestro ou latrocínio, fosse beneficiado quando colaborasse com a solução de pequenos furtos, o que certamente contraria o espírito da lei, que deseja utilizar o instituto da delação premiada para a solução de crimes graves ou naqueles em que há participação de organizações criminosas. Por sua vez, conceder ao condenado a mesma redução de pena que obtém o indiciado ou acusado poderia servir de incentivo para enfraquecer o instituto da delação premiada na fase inicial das investigações, momento em que ela é mais necessária. Isso porque o réu, provavelmente, esperaria a prolação da sentença para, só após verificada a sua real situação, decidir se colaboraria com a justiça e teria a sua pena reduzida ou não. [...] Por fim, é imperioso impedir que a concessão da delação premiada, por mais de uma vez, acabe por frustrar a finalidade punitiva da pena. Isso porque, da forma como foi redigido o projeto, alguém já beneficiado pela delação premiada, na fase inicial do processo, se receber novamente o benefício após a condenação, praticamente ficará isento de cumprimento de qualquer pena, o que também não se coaduna com a finalidade do instituto.

Há, ainda, o Projeto de Lei nº 4.793/2005, o qual, visando a modificar o mesmo texto legal nº 9.807/99, insere artigos dispendo sob a proteção de servidores públicos que denunciem ilícitos cometidos por servidores da área de segurança pública.

Oportuno é ressaltar a previsão de acordo de leniência, espécie de delação premiada inserida na Lei nº 8.884/94 pela Lei nº 10.149/00, no combate e na prevenção de crimes contra a ordem econômica. Senão vejamos:

⁷⁶Sem embargo de existir forte discussão doutrinária acerca da possibilidade de concessão das benesses ao colaborador já sentenciado, bem como sobre qual o meio jurídico adequado para requerer o reconhecimento do instituto. Voltaremos ao assunto adiante.

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração contra a ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Por fim, faz-se referência à Lei nº 11.343/2006, conhecida na prática forense como nova Lei de Drogas, que, no art. 41, vaticina:

O indiciado ou o acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.⁷⁷

⁷⁷Referido diploma revogou a Lei nº 10.409/2002, antiga lei de tóxicos que, em seu § 2º do art. 32, prelecionava: “o sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”. Ademais o § 3º do mesmo artigo ensina que, se “o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão.” A doutrina majoritária defendia que, mediante essa Lei de Tóxicos, houvera a introdução do instituto da colaboração processual, caracterizada por um acordo entre Ministério Público e investigado ainda na fase pré-processual. Ressalte-se que, até então, o legislador havia tutelado a delação premiada tão-somente como fórmula de natureza material, através da diminuição da penalidade ou concessão do perdão judicial. Contudo, o novo instituto buscava um processo cooperativo, incorporado na cultura jurídica dos Estados Unidos e Itália, conforme já abordado anteriormente. Sem embargo, a nova legislação (Lei nº 11.343/2006) suprimiu a menção aos acordos delatatórios, aproximando a redação atual à dos demais dispositivos que prevêm o uso da delação premiada.

4 ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

Atenta Guidi para a compreensão do instituto jurídico da delação premiada sob a óptica do princípio do consenso:

Observa-se que a natureza da delation decorre do Princípio do Consenso. Esse Princípio é uma variante do Princípio da Legalidade, sendo que é permitido às partes entrarem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão, concorda com a imputação. Assim, no direito doméstico, a aplicação do referido princípio se dá com o colaborador da Justiça que, além de confessar sua conduta, auxilia o judiciário eficazmente e, decorrente disso, recebe uma atenuação ou até mesmo o perdão.⁷⁸

A faculdade de promover acordos entre Ministério Público e colaborador é ressaltada por Granzinoli como presente, apesar de não constar expressamente nos respectivos diplomas normativos, em todas as hipóteses legais que cuidem da delação premiada. Segundo o ilustre magistrado, “embora vigorem entre nós os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal [...] não há aqui nenhum dispositivo legal que impeça a negociação entre Ministério Público e investigado/acusado”⁷⁹

Dessa forma, a base jurídica para o acordo seriam o art. 129, inciso I,⁸⁰ da Constituição Federal, os artigos 13 a 15⁸¹ da Lei 9.807/1999, os demais dispositivos

⁷⁸GUIDI, José Alexandre Marson. op. cit. p. 125. No mesmo sentido pronuncia-se Mendroni, complementando o ensinamento ao abordar a questão no Direito Comparado nos seguintes termos: “Na Espanha, ao mesmo tempo em que se determina ao Ministério Público que atue em obediência ao Princípio da Legalidade (Constituição Espanhola), permite-se em determinados dispositivos da LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal) que atue com base no Princípio do Consenso. Os exemplos estão nos artigos 789.5 5ª, 791.3 e 793.3, casos em que o Promotor de Justiça pode fazer uma petição conjunta com o acusado para uma concordância com a acusação. Na Itália igualmente, apesar da previsão do Princípio da Legalidade do “Código de Procedura Penale”, admite-se a aplicação do Princípio do Consenso, por exemplo, nos artigos 438, 444 e 458.” MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37.

⁷⁹GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit. p. 157.

⁸⁰“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]”

⁸¹“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerada ameaça ou coação eventual ou efetiva. §1º. Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será

específicos de cada uma das leis já citadas, de acordo com o tipo de delito, e mais os artigos 32, §§ 2º e 3º da Lei 10.409/2002 e art. 37, IV, e ainda o art. 265, II⁸², do Código de Processo Civil, estes aplicados analogicamente com base no art. 3º do Código de Processo Penal.⁸³

Discordando de tal posicionamento, Guidi:

[...] cremos que há uma impossibilidade da elaboração de um acordo entre o representante do Ministério Público e eventuais colaboradores, tendo em vista que todas as leis que tratam do tema concebem ao magistrado a possibilidade de, ao término da ação penal, diminuir a pena do acusado delator ou conceder-lhe o perdão judicial conforme sua cognição, mesmo que o membro do Ministério Público não peça, exceto na hipótese da Lei 10.409/02 (Lei de Tóxico).⁸⁴

A tão mencionada Lei nº 10.409/2002, antigo estatuto repressor ao tráfico ilícito de entorpecentes, revogado pela Lei nº 11.343 de 2006, tratava, expressamente, da possibilidade de acordo pré-processual entre indiciado e Ministério Público, parecendo ter acirrado a cizânia em torno não só da própria existência jurídica dos acordos delatórios perpetrados pelo Ministério Público, como também da vinculação do magistrado a seus termos. Passemos a sua análise:

O art. 32, § 2º, do dito diploma normativo trazia o instituto da delação premiada como hipótese de sobrestamento da investigação e conseqüente não-oferecimento da denúncia, ao lado da já estudada causa especial de diminuição da pena, senão vejamos:

o sobrestamento do processo⁸⁵ ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

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 de pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

⁸²“Art. 265. Suspende-se o processo : [...] II – pela convenção das partes; [...]”

⁸³“Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.”

⁸⁴ GUIDI, José Alexandre Marson. op. cit.. p. 163.

⁸⁵Criticava-se o uso da expressão “processo” pelo legislador nacional, uma vez que o dispositivo cuidava, em verdade, da colaboração na fase pré-processual, sendo de maior adequação o emprego das expressões “inquérito” ou “investigação”. A colaboração na fase processual propriamente dita estava disciplinada no § 3º do mesmo art. 32 nos seguintes termos: “se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão”.

Complementando os termos desse dispositivo, previa o art. 37, inciso IV, de referido diploma legal, que o “Parquet” poderia “deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes do delito”, rompendo-se, assim, com o princípio da indisponibilidade da ação penal pública⁸⁶. Em verdade, a redação dos dispositivos em análise restou seriamente prejudicada com o veto aos dispositivos da legislação em comento anteriormente inserto no art. 32, caput e § 1º, gerando vultosa discussão acerca da dimensão processual dada ao instituto da delação premiada.

Na precisa lição de Capez, o sobrestamento do processo, era, na verdade, uma suspensão do procedimento persecutório, dependente de diligência do representante do Ministério Público, a quem cabe, com exclusividade a iniciativa da ação penal pública. Dessa forma, não poderia tal atividade ser imposta “ex officio” pelo magistrado em não pretendendo o titular do direito de acusar promover acordo algum de sobrestamento. Restava ao magistrado apenas a alternativa de, aplicando analogicamente o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal (remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem caberá determinar novas diligências para complementar a investigação, designar outro promotor para o oferecimento da denúncia, o qual atuará por delegação e estará obrigado a propor a ação penal, ou insistir no arquivamento, caso em que o juiz estará obrigado a aceitar a decisão⁸⁷).

Todavia, proposta a suspensão, dependeria ela de aceitação do agente e homologação pelo juiz. Continuava o doutrinador:

Homologado o ajuste, o inquérito policial ficará suspenso até que se ultime a prescrição da pretensão punitiva, calculada com base no máximo da pena cominada ao tipo. Se as informações se revelarem falsas ou ineficazes, estará caracterizado o descumprimento aos termos do acordo, devendo a investigação ser retomada, com o oferecimento da denúncia. Cumprido o acordo, o Ministério Público deixará de oferecer a denúncia, requerendo o arquivamento do inquérito policial.^{88 89}

⁸⁶Que já havia sofrido mitigação pela possibilidade de transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95.

⁸⁷Em nossa opinião, contudo, mesmo não ofertando o ministério público acordo algum, para os casos eventualmente ainda são regulados por aquela legislação (lembrando que, apesar de se tratar de questão procedimental, enseja direitos materiais), deverá o juiz, ao fim da instrução, conceder os benefícios da delação premiada que julgar pertinentes quando do cumprimento pelo promovido dos requisitos do instituto, uma vez tratar-se de direito subjetivo do réu.

⁸⁸Elucida Rômulo Andrade Moreira que a hipótese era diversa do pedido de arquivamento: “Com efeito, o arquivamento pode ser requerido em razão da atipicidade do fato, extinção da punibilidade, falta de justa causa, autoria desconhecida, ausência de interesse de agir, etc, já que ‘o legislador não tratou expressamente das hipóteses de arquivamento, mas sim dos casos em que a ação não deve ser exercitada (art. 43)’. Permitir-se-ia, além do arquivamento, que o Ministério Público deixasse justificadamente (art. 129, VIII, in fine da Constituição Federal) de propor a ação penal, inclusive fundamentando seu pedido em razões de política criminal.” MOREIRA, Rômulo de Andrade. op. cit.

⁸⁹CAPEZ, Fernando. **Legislação Penal Especial**, vol 1. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Damásio de Jesus, 2005.p. 187.

Desse modo, a depender dos resultados da colaboração pré-processual do investigado, cumpria ao membro do Ministério Público deixar, justificadamente, de apresentar a ação penal pública ou, quando de efeitos não tão satisfatórios a legitimar a medida, promover a respectiva persecução penal, devendo constar, expressamente, da denúncia o compromisso de diminuição da penalidade, bem como sua justificativa.

Eis o rompimento da discórdia: a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, trazida pela legislação em estudo, autorizava ao Ministério Público tão-somente a abstenção em propor a “persecutio criminis” ou albergava ainda a imposição ao magistrado, em sede de sentença, dos termos de sua avença com o colaborador?

Pronunciando-se a respeito da temática, Silva defendia a vinculação do magistrado ao acordo:

Tal compromisso, expresso no acordo pré-processual, vinculará o juiz quando da imposição da pena, sob pena de o Ministério Público não ter como cumprir o acordo anteriormente assumido para fins de colaboração. [...] A lei não estabelece o quantum para essa redução, devendo, pois, ficar a critério dos acordantes.⁹⁰

Na opinião do referido estudioso, tratava-se da única oportunidade em que o legislador cuidara da colaboração processual, mesmo que de forma bastante singela⁹¹, na sua real amplitude, como instituto de natureza processual, e não material, destinado à obtenção de provas que servirão ao órgão acusatório. Nesse pensamento, defendia o autor que a legitimidade, para promover a colaboração processual, deveria ser reservada a um sujeito que desenvolvesse funções semelhantes às do Ministério Público, ainda que se tratasse de uma função contrária à acusação penal, pois teria de atuar em favor do acusado.⁹²

⁹⁰SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit., p. 84.

⁹¹Dentre as muitas falhas apontadas, ressalta o jurista que a lei não previa, por exemplo, como se devia dar a formalização desse acordo e nem o seu conteúdo. Faz, então, referência ao art. 7º do Projeto de Lei sobre as Organizações Criminosas, que prevê que o acordo entre o Ministério Público e o colaborador deverá conter: I. o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II. os termos da proposta do Ministério Público; III. a declaração de aceitação do colaborador. IV. a possibilidade do Ministério Público rescindir o acordo nas hipóteses de falsa colaboração ou não resultando dela qualquer dos resultados previstos na lei; V. as assinaturas do representante do Ministério Público, do colaborador e de duas testemunhas de sua confiança.

⁹²Em seus precisos termos: “A propósito da legitimidade para promover a colaboração processual, Oreste Dominioni assinala sem rodeios: seja como ‘contestador geral’, referido por Geremia Bentham, ou como ‘advogado do mérito’, mencionado por Melchiorre Gioia, a proposta para a aplicação da colaboração premiada deve ser reservada a um sujeito que desenvolva funções assemelhadas àquelas hoje desenvolvidas pelo Ministério Público no processo penal, ainda que se trate de uma função contrária à acusação penal, pois terá que atuar em favor do acusado. Em outros termos, a solução a ser encontrada deve passar, se possível, pela discussão do delicado tema da discricionariedade da ação penal para que, com base na realidade e de forma motivada, legitimamente o órgão responsável pela acusação possa avaliar, na própria investigação, quais vantagens podem advir da colaboração.” SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit., p. 85-86.

Em posição um pouco distinta no que tange à vinculação do magistrado aos termos acordados entre acusação e imputado, insurgiam-se Bizzoto e Rodrigues, observando que, em havendo pedido por parte do Ministério Público quando do oferecimento da denúncia ou nas alegações orais em audiência para a aplicação do perdão judicial ou para a diminuição da pena, na prolação da sentença é que o juiz o apreciaria, juntamente com as demais circunstâncias que foram colhidas na persecução penal:

Poderá absolver o acusado (importante dizer que o eventual acordo não será valorado para efeitos de formar a convicção condenatória em virtude de ser elemento colhido sem o contraditório judicial e ter seu objetivo definido quando o acusado sofria coação estatal) ou condená-lo. Condenando, o juiz poderá fundamentadamente reconhecer a causa de diminuição da pena em quantidade idêntica à fixada no acordo, diminuir a pena mais ou menos acentuadamente do que o acordo (observando os parâmetros legais de 1/3 a 2/3), aplicar o perdão judicial ou negar integralmente a aplicação do acordo, revelando suas razões para tanto.⁹³

Todavia, ressaltavam os doutrinadores, a negativa de aplicação do benefício necessitava de explícita fundamentação, de modo que, em grau de recurso⁹⁴, fosse possível sua re-análise para fins de manter ou modificar a decisão.

A mesma visão da temática era apresentada por Amaury Silva⁹⁵, em seu “Lei de Drogas Anotada”. Ressaltava o referido jurista que a norma instituidora das benesses legais ao

⁹³BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 97.

⁹⁴Aliás, não é incomum a revisão de aplicabilidade da medida em grau de recurso: “CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DOSIMETRIA. DELAÇÃO CIRCUNSTÂNCIAS APONTADAS PELO IMPETRANTE QUE NÃO ATENUAM A PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPROPRIEDADE. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO ESTABELECIDO PELA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. ALTERAÇÃO PARA REGIME INTEGRALMENTE FECHADO PELO TRIBUNAL A QUO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. DELAÇÃO PREMIADA. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...]. A “delação premiada” prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de “habeas corpus,” devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos. Deve ser reformado o acórdão impugnado, para restabelecer a sentença monocrática, que fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta ao paciente, bem como na parte relativa à dosimetria da reprimenda e, neste ponto, também merece reforma a decisão monocrática condenatória, a fim de que outra dosagem seja proferida, observando-se a incidência da delação premiada em relação ao paciente. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.” (STJ – 5ª Turma - HC 35198 / SP, Rel. Min. Gilson Dipp. Fonte: DJ 03/11/2004 p. 215); “HABEAS CORPUS. PENAL. ARTIGO 159, § 1º, C/C 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PERDÃO JUDICIAL. DELAÇÃO. ARTIGOS 13 E 14 DA LEI 9.807.99. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. A delação do paciente contribuiu para a identificação dos demais co-réus, ao contrário do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, pois, inclusive, exerceu papel essencial para o aditamento da denúncia. 3. Ordem concedida, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no artigo 14 da Lei n.º 9.807/99, reduzindo a reprimenda imposta em 2/3, tornando-a, em definitivo, em quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado.” (STJ – 6ª Turma - HC 49842 / SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Fonte: DJ26/06/2006 p. 214)

⁹⁵SILVA, Amaury. **Lei de Drogas Antotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008. p. 271.

colaborador da justiça tem como destinatário final o magistrado, contribuindo para a discussão nos seguintes termos:

Se porventura ficar ao alvedrio do órgão acusador a estipulação da diminuição da pena, como a pertinência da delação e seus desdobramentos, fere-se o princípio da indelegabilidade da jurisdição, pois passa a possibilitar a uma das partes, no processo penal, a definição antecedente do julgamento, mesmo que em parte.

Ocorre que, com a revogação da Lei nº 10.409/2002, suprimida findou a faculdade concedida à promotoria de “deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes de delitos”, conforme constava do art. 37, inciso IV, da revogada norma. Contudo, sem embargo de não mais haver menção expressa aos acordos ministeriais, permaneceu a controvérsia acerca de sua possibilidade e de sua pujança. Postas as bases da discussão, achamos por bem tecer algumas ponderações.

Inicialmente, acreditamos que os acordos delatórios são possíveis em quaisquer das hipóteses normativas, contudo, jamais foram ou serão impositivos aos magistrados, nem mesmo na antiga hipótese da Lei 10.409/02.

Além de ser prática jurídica não vedada em nosso ordenamento, pois há apenas um comprometimento de auxílio mútuo entre as partes, claro está que esse acordo entre acusação e defesa dá mais segurança e garantia ao réu do que sua espontânea colaboração desacompanhada de tal avença. Ademais, no caso de homologação pelo juiz de referido pacto delatório, este não deixará de observá-lo na ocasião da sentença em cumprindo réu e promotoria as obrigações previamente estabelecidas⁹⁶, tendo em vista tratar-se de direito subjetivo do réu⁹⁷, como outrora tratado, presentes os requisitos da delação (STJ, HC nº 26325/03).

⁹⁶“O acordo escrito já deverá trazer qual o tipo específico de colaboração a ser feita, as provas que o réu colaborador irá apresentar para corroborar seu depoimento e os benefícios que irá obter se cumprir sua parte no pacto.” GRANZINOLI, Cássio M.M. op. cit., p. 157.

⁹⁷“CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. DELAÇÃO PREMIADA. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. A “delação premiada” prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos. Deve ser concedida a ordem para anular em parte o julgamento da apelação criminal nº 035980134890, a fim de que outro acórdão seja proferido, observando-se a incidência da delação premiada também em relação a A. R. D. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (STJ – 5ª Turma – Rel. Min. Gilson Dipp. Fonte: DJ 25/08/2003 p. 337)

O instrumento, assim, democratiza o instituto, uma vez que fornece dados mais objetivos de aferição, determinando, desde já, a participação de cada um dos envolvidos, o que facilita, até mesmo possível revisão em segunda instância.

A diferença com relação à delação nos crimes da antiga Lei de Tóxicos estava no fato de possibilitar-se ao Ministério Público, único titular da ação penal pública, o sobrestamento da persecução, deixando de propor a competente persecução penal, já que ali se fez a excepcional mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Justamente por estar a titularidade com a promotoria, nesse caso, em discordância com o magistrado, restava-lhe apenas recorrer analogicamente⁹⁸ ao disposto no art. 37, §§ 2º e 3º da referida lei de entorpecentes e ao art. 28 do Código de Processo Penal, não se permitindo que iniciasse a ação “ex officio”.

Não obstante, a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal exaurir-se no momento em que optava o Ministério Público pela propositura da ação penal, a partir daí vigoraria a inafastabilidade da jurisdição. Obviamente, descumpridos os requisitos necessários à efetiva colaboração, nenhum benefício poderia resultar ao pretense delator, cabendo, iniciada a persecução judicial, tal aferição ao magistrado.⁹⁹

⁹⁸Solução similar para discordância entre magistrado e membro do “Parquet” já foi anteriormente apontada na circunstância oposta à presente de não desejar este oferecer acordo ao imputado e discordar aquele do juízo esposada pelo promotor. Lembrando que, em nossa opinião, para aquele caso, mesmo não ofertando o ministério público acordo algum, deveria o juiz, ao fim da instrução, conceder os benefícios da delação premiada que julgasse pertinentes quando do cumprimento pelo acusado dos requisitos do instituto, uma vez tratar-se de direito subjetivo do réu.

⁹⁹“HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 13 DA LEI N.º 9.807/99. “CONDIÇÃO” PARA A CONCESSÃO DA BENESSE ERIGIDA PELO MP NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DECISÃO DO JUIZ DA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM FACE DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS PELO MP. IMPROCEDÊNCIA. 1. Hipótese em que o Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, apresentou a “condição” de o réu confirmar em juízo as declarações prestadas na fase investigatória para que pudesse vir a ser beneficiado com o perdão judicial previsto no art. 13 da Lei n.º 9.807/99. 2. Manifestação ministerial que não tem o condão de representar qualquer constrangimento para o acusado, porquanto não há decisão judicial acerca da eventual aplicação da benesse pretendida. Por esse singelo motivo, mostra-se prematura e descabida sua discussão fora do juízo originário. 3. Ademais, a exigência declinada, além de ser pressuposto que decorre do próprio texto legal, não vincula o pronunciamento do juiz da causa, que ainda terá de examinar outros requisitos objetivos e subjetivos para decidir a questão. 4. Os elementos indiciários coligidos na fase inquisitória foram resultado do trabalho em conjunto do Ministério Público e da Polícia Judiciária na chamada Força-Tarefa, integrada por membros da Promotoria Especializada Criminal de Porto Alegre e da 1ª Delegacia de Polícia de Cachoeirinha/RS. 5. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titular exclusivo da ação penal pública – proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de viabilizar a realização adequada da opinião delicti. 6. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.7. Ordem denegada.” (STJ – 5ª Turma - HC 35484 / RS, Rel. Min. Laurita Vaz. Fonte: DJ 03/10/2005 p. 291).

Desse modo, quer sob a égide da antiga Lei nº 10.409/2002, quer sob a óptica dos demais diplomas legais, que, diga-se de passagem, são os que se encontram em vigor, com ou sem acordo, caberá sempre ao juiz conceder os prêmios legais mediante o cumprimento dos requisitos, independentemente de pedido ou não da promotoria.

Com todo o respeito que merecem os membros do Ministério Público, não lhes cumpre referida função por própria determinação constitucional. Sabe-se que, em outros países, tais como os Estados Unidos, a promotoria goza de amplos poderes no conduzir das transações penais. Todavia, tal liberdade de atuação não se passa no Direito Brasileiro, onde o Ministério Público atua, com raras exceções, apenas como ponte entre a Justiça e o interessado no benefício, posto vigorar em nossas terras o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Destarte, a jurisdição penal é sempre contenciosa, sendo vedada a imposição de pena sem o devido processo (“nulla poena sine iudicio”), pois esse é o momento em que se desenvolve o efetivo contraditório. Por tal razão, não se pode admitir o acordo como auto-suficiente, prescindindo do processo cognitivo, pois se trataria de modalidade de nefasta aplicação de pena de todo inconcebível.

Ainda que se possa criticar o fato de demasiada limitação imposta ao “Parquet”, o que, por certo, não seja uma inverdade, extremismos podem levar a um retorno odiável ao sistema inquisitório, em que o mesmo órgão que colhe as provas e promove a acusação também julga, estabelecendo-se intransponível disparidade de forças entre as partes.¹⁰⁰ Atente-se à

¹⁰⁰Vide as críticas apresentadas ao modelo norte-americano no capítulo destinado ao estudo da delação premiada em Direito Comparado. Entendo em sentido contrário temos Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “A delação premiada é um exemplo clássico disso: leva-se ao juiz o termo e ele, se entender, altera-o, dispondo sobre o seu conteúdo, como se MP e réu não tivessem importância ou fossem tão só os estafetas do acordo. [...] Afinal, pode não haver acusação efetiva alguma, mas haveria de ter processo, como se pode medir pelo resultado alcançado. Por aí, porém, demonstra-se o ‘lugar’ ocupado pelo juiz, de regência, dentro do sistema (ele comanda a gestão da prova, determinante ao acertamento do caso penal), o que evidencia uma estrutura eminentemente inquisitória. [...] O Código de Processo Penal, como parece óbvio, não foi recepcionado, em grande parte, pela Constituição da República e os juízes (no controle difuso) e, por todos, o STF, já deviam ter dado um passo adiante na questão mas, por interesse de um Estado ‘minimalizado’ que quer punir e manter a estrutura como está, não o fizeram. Por conta disso é que o Estado não avança para o sistema acusatório (ou de núcleo acusatório, isto é, regido pelo princípio dispositivo) de que tanto se precisa, em que um plea bargain e um MP forte (que saiba e possa escolher barganhar e fazer o acordo) são absolutamente necessários.” COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. **Boletim IBCCrim** nº 159 – Fevereiro/2006.

necessidade de absolvição do réu, mesmo existindo a delação, o que pressupõe a própria confissão do réu, em face seja pela ausência de provas, seja pela prescrição punitiva, etc.¹⁰¹

O acordo prévio para que o réu deponha como testemunha de acusação, na condição de delator premiado, não embute a premiação prévia, mormente, em chegando o judiciário à conclusão de que as informações dadas são falsas, insuficientes, ou mesmo desnecessárias, uma vez previamente conhecidas pelas autoridades.¹⁰² Do escólio de Fonseca e Franzini extraímos ainda:

[...] somente o magistrado sentenciante¹⁰³ ou o tribunal, após profunda análise dos requisitos legais, podem reconhecer a existência da delação premiada. Não se discute que

¹⁰¹“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. JÚRI. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESES COLIDENTES. INEXISTÊNCIA. ART. 467 DO CPP. POSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELAS PARTES APÓS OS QUESTIONAMENTOS DOS JURADOS. FALTA DE INDAGAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RATIFICAÇÃO DE DEPOIMENTOS. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste cerceamento de defesa no fato de a Defensora Pública, apesar de sustentar a tese de negativa de autoria, pleitear, alternativamente, o reconhecimento da "delação premiada".[...]” (STJ – 6ª Turma – HC 40157 / RJ; Rel. Min. Paulo Gallotti. Fonte: DJ 18/09/2006 p. 369)

¹⁰²“HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DELAÇÃO PREMIADA. JUIZ FEDERAL QUE DETERMINA A REMESSA DOS ELEMENTOS COLIGIDOS PARA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. DISCORDÂNCIA DO MAGISTRADO. DEVOLUÇÃO DO FEITO AO PROCURADOR DA REPÚBLICA EM VEZ DE REMETÊ-LO AO PROCURADOR-GERAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. EFETIVA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 28 DO CPP POR ORDEM DO TRF. ALEGADA IMPARCIALIDADE DO JUIZ NÃO EVIDENCIADA. 1. Não macula a imparcialidade do Juiz a colheita de elementos indiciários tomados em interrogatório em que o réu, por confissão espontânea, revela toda a trama delituosa visando à redução de pena prevista no § 2.º do art. 25 da Lei n.º 7.492/86, incluído pela Lei n.º 9.080/1995 (“Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”). 2. Ao devolver os autos ao Parquet para reavaliação da opinião delicti não está o Juiz impedido de atuar no processo-crime que venha a ser instaurado, porque age como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sem malferir sua imparcialidade de julgador. Inteligência do art. 28 do Código de Processo Penal. 3. É irrelevante, outrossim, o fato de o Juiz Federal, discordando do pedido de arquivamento, ter devolvido os autos do inquérito para o Procurador da República oficiante no feito, a fim de que reconsiderasse, em vez de remetê-lo diretamente para o Procurador-Geral, como determina o art. 28 do Código de Processo Penal, na medida em que, de um lado, esse modo de proceder não configura nenhuma demonstração de imparcialidade e, de outro lado, o Tribunal a quo, em sede de habeas corpus, determinou o estrito cumprimento do procedimento da lei processual penal, tendo sido a denúncia regularmente processada, depois de ratificada pela 2.ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. 4. Ordem denegada.” (STJ - 5ª Turma - HC 58502 / PR, Rel. Min. Laurita Vaz. Fonte: DJe 08/09/2008)

¹⁰³Sobre a competência do juiz sentenciante para reconhecer a existência da delação premiada, interessante acórdão se colhe da jurisprudência do Tribunal Regional federal da 4ª Região, tendo como órgão julgador a 7ª Turma, nos autos do Processo nº 2007.04.00.039556-6, Rel. Des. Néfi Cordeiro: “O Ministério Público Federal ingressa com a presente correição parcial contra ato do Juiz Federal Substituto da Vara Federal Criminal e JEF Criminal de Londrina/RS, que não homologou termo de colaboração por delação premiada. Narra que foi o réu A. Y. beneficiado por acordo de delação premiada em ação penal perante a Vara Federal do SFN, de Curitiba/PR, onde determinou-se a suspensão de outros inquéritos; que novo acordo foi formalizado ante o MPF de Londrina, abrangendo três ações penais em curso (2001.70.01.005647-1, 2001.70.01.003881-0 e 2001.70.01.003554-6), o que foi homologado diretamente no Tribunal, no julgamento da Apelação Criminal 2005.04.01.020309-4 (ação penal de origem nº 2001.70.01.003554-6); que a ação penal 2006.70.01.004121-0, desmembrada da ação penal 2001.70.01.003881-0, teve recusada a homologação do acordo pelo juiz titular. Sustenta que o acordo já homologado pelo Tribunal compreendia a ação penal 2001.70.01.003881-0, daí

o membro do Ministério Público ou o próprio advogado de defesa, em virtude das potenciais informações prestadas pelo réu, possam e devam esclarecer da existência e até postular seu reconhecimento. [...] Não se autoriza, portanto, a declaração pública da garantia inexorável de sua concessão, o que está ocorrendo nos dias atuais, pois ela depende de um conjunto complexo de fatores, não somente da boa vontade dos participantes, mas sim da capacidade das informações do delator para destruir a criminalidade de que ele participava, o que somente será apurado ao final do processo.¹⁰⁴

Como já expusemos, o acordo entre acusação e defesa dá mais segurança e garantia ao réu, servindo para objetivar sua atuação e de base para possível re-análise em segundo grau. Além dessas vantagens, dificilmente o sentenciante ignorará, estando tudo em conformidade com o avençado¹⁰⁵, por se tratar de direito subjetivo do réu¹⁰⁶, presentes os requisitos da espécie.

O que se discute nessa sede é, em existindo esse acordo, a conjectura de total descumprimento das cláusulas avençadas por parte do colaborador e a dosimetria do “quantum” de redução na hipótese de cumprimento incompleto ou insuficiente. Tal aferição,

incidindo também sobre a desmembrada ação penal 2006.70.01.004121-0, de modo que haveria coisa julgada sobre a questão, que não poderia ter restringidos seus efeitos pela inferior instância julgadora; que a colaboração do acusado permite a descoberta de fatos e provas de crimes vários, inclusive fora dos limites da ação penal onde examinado o acordo de colaboração, o que justifica a benesse transacionada; que de todo modo há intrínseca relação entre os fatos examinados na ação penal de origem e aqueles das ações penais onde homologada diretamente a delação premiada. Requer a suspensão, inclusive por liminar, da ação penal 2001.70.01.003881-0, prosseguindo o cumprimento do termo de colaboração. É o simples relato. D E C I D O. Relevantes são os argumentos do recorrente de que útil à persecução penal é a seleção dos crimes mais graves e de seus principais agentes, inclusive para tanto valendo-se o Estado da colaboração de agentes infiltrados na organização criminosa. Embora sem previsão legal expressa, tem-se admitido até mesmo a delação premiada para obtenção de provas de crimes e agentes por fatos inclusive fora dos limites da ação penal onde ocorrida a negociação. Mais, também é certo que o uso de falsas contas bancárias para movimentação de valores e evasão de divisas é coincidente na ação penal em exame e nas ações penais onde homologado o acordo de delação premiada. De outro lado, é de se reconhecer que a homologação judicial somente pode dar-se perante o magistrado da causa, juiz natural para o feito, pelo que o acordo homologado no TRF 4ª Região não pode ser compreendido como a envolver outras ações penais. Também relevantes são os argumentos trazidos pelo magistrado a quo de que não haveria concreta utilidade na delação de autores em fatos já prescritos e cujo cumprimento pelo delator não parece não ser útil. Assim, não vendo por ora ilegalidade na decisão atacada, denego a liminar pleiteada. [...]”
Fonte: D.E. 14/11/2007.

¹⁰⁴FONSECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. Delação Premiada: metástase política. **Boletim IBCCrim** nº 156 – Novembro/2005.

¹⁰⁵“O acordo escrito já deverá trazer qual o tipo específico de colaboração a ser feita, as provas que o réu colaborador irá apresentar para corroborar seu depoimento e os benefícios que irá obter se cumprir sua parte no pacto.” GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit. p. 157.

¹⁰⁶“CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DOSIMETRIA. DELAÇÃO PREMIADA. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. A “delação premiada” prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos. Deve ser concedida a ordem para anular em parte o julgamento da apelação criminal nº 035980134890, a fim de que outro acórdão seja proferido, observando-se a incidência da delação premiada também em relação a A. R. D. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (STJ – 5ª Turma – Rel. Min. Gilson Dipp. Fonte: DJ 25/08/2003 p. 337)

sim, compete ao Judiciário, responsável pela fiel aplicação da lei e pelo zelo quanto à regularidade do processo.

Assim, não se está a defender arbitrariedades do julgador. Para isso, exigindo-se considerável fundamentação de suas posições e reconhecendo-se, tanto quanto à defesa do imputado e ao Ministério Público, a prerrogativa de interpor apelação com o fito de provocar o tribunal com relação à aplicabilidade do que fora avençado com o colaborador. Nessa hipótese, evidentemente, contará o réu com inafastável ponto a seu favor aos olhos dos juízes de segunda instância, qual seja, um reconhecimento do próprio órgão acusador de que há de se aplicar penalidade menor ao delator.

Vencido esse primeiro dilema, quais seriam os elementos de um acordo delatatório? Dada a escassez de regulamentação legal do procedimento delatatório, natural se mostra surgirem dúvidas quanto a seu funcionamento ou mesmo, no que tange ao conteúdo dos supra comentados acordos de delação premiada, pelo que entende-se, por bem, tecer breves comentários acerca dos elementos mínimos constante de tal instrumento.

Inicialmente, imprescindível se faz a identificação das partes, quais sejam: a autoridade proponente e o acusado que se propõe a delatar. Ademais, é necessária a especificação do(s) inquérito(s) ou processo(s) ao(s) qual(is) se refere a delação, assim como a especificação do objeto de referidos autos. Isso porque o acordo não deve abranger fatos ilícitos estranhos aos investigados, sob pena de se dar ao réu uma carta de imunidade perante todos os delitos que tenha cometido ou venha a cometer. É óbvio que crimes posteriores à avença também não merecem guarida, uma vez que são incompatíveis com o comportamento esperado para um colaborador da Justiça. Assim, é aconselhável a existência de cláusula expressa, tratando sobre o âmbito de aplicabilidade do acordo.

Para a garantia dos interesses do delator e do Estado, impõe-se a presença de cláusula expressa, ainda, com a enumeração dos benefícios, de acordo com a legislação aplicável ao fato, alcançável, em tese, dos resultados da delação. Embora já listados em lei os prêmios delatórios, trata-se de benéfico ato de cientificação do acusado quanto à recompensa por sua atitude tendente à proteção da própria validade da colaboração, de modo a se garantir que, mais à frente, não se venha a alegar ter o réu recebido da autoridade proponente promessas impossíveis de ser cumpridas e, portanto, ter agido sobre erro.

Ainda com esse escopo garantista, é importante fazer constar enunciado que defina, claramente, a extensão ou não dos efeitos daquela colaboração a outras esferas judiciais, como imputações de cunho administrativo, tributário, cível etc. Em sendo negativa a aplicabilidade em outros âmbitos de responsabilização, deve-se fazer constar a possibilidade de se utilizar a prova dali decorrente para a instrução dos respectivos procedimentos a que o fato delituoso possa dar ensejo além da instância criminal.

Afora os elementos já citados, de insofismável relevância, apresenta-se ainda a presença de nota referente ao conhecimento, pelo delator, de seu direito constitucional ao silêncio e da garantia contra sua auto-incriminação, bem como de que, mediante aqueles atos, lhes estará mitigando a aplicabilidade.

No concernente ao conteúdo da colaboração, acreditamos ser de salutar impotência precisar-se os resultados desejados, separada ou cumulativamente, daquele procedimento, por exemplo: a identificação dos demais co-autores e partícipes, a localização da vítima ou do produto do crime, o esclarecimento das atividades de determinado grupo, o auxílio na colheita e produção de provas etc.

Nessa trilha, faz-se necessária a enumeração da forma como se procederá à colaboração do acusado, especificando-se as diligências a que deverá dar cumprimento, tais como depoimento na condição de testemunha ou indicação de terceiros para tal função, reconhecimento de pessoas e objetos, fornecimento de elementos materiais (documentos, gravações, fotos, arquivos eletrônicos, etc.) para o esclarecimento de delitos e a formação da responsabilidade penal de co-autores, indicação de lugares usados como palco para as atividades ilícitas, dentre outros tipos de cooperação. Tal procedimento tem a utilidade de precisar os termos vagos trazidos pela legislação ao instituto, de modo a melhor se aferir o grau de colaboração e a influência que as informações colhidas vierem a assumir na elucidação das práticas criminosas. Interessante, ainda, enumerar-se os comportamentos eventualmente vedados ao delator e aos órgãos judicantes, sob pena de rescisão.

Quanto às formalidades para a vigência do acordo delatário, é inarredável a presença da defesa técnica do delator, bem como sua expressa anuência, confirmada por firma ao fim do texto, com os termos do pacto, devendo o instrumento de procuração ser anexado ao acordo a fim de se garantir o direito inscrito no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Deve-se fazer referência ainda à necessidade de homologação judicial do acordo, bem como

ao modo pelo qual se dará a fiscalização e a avaliação de seu cumprimento pela autoridade proponente, como a elaboração periódica de relatórios de desempenho, o que servirá de supedâneo à valoração pelo magistrado no momento de aplicar os benefícios.

Outrossim, nas hipóteses em que seja necessária a manutenção do sigilo sobre o acordo delatório, deverão constar do instrumento as providencias a serem tomadas nesse sentido, como a tramitação em separado, a restrição ao acesso por terceiros, a proibição de sua junção a autos investigatórios ou processuais.

Por fim, o acordo deverá ser firmado pela autoridade proponente, pelo delator, pelo defensor desse último e pelo juiz responsável pela homologação.

5 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DAS BENESSES

Para fins de concessão dos benefícios ao investigado ou acusado colaborador, deverá o juiz analisar o cumprimento de determinados requisitos previstos em lei, dentre os quais alguns são de caráter geral, pertinentes, portanto, a todas as formas de delação premiada, enquanto outros se restringem a determinadas hipóteses, havendo, por fim, os que estão designados em cada dispositivo específico que prevê o instituto como forma de incentivo à cooperação com a administração da Justiça.¹⁰⁷

Apesar de não se tratar de figura particularmente nova e por já estar re-inserta¹⁰⁸ no ordenamento jurídico brasileiro há quase duas décadas, quando no ano de 1990 se promulgou a Lei dos Crimes Hediondos, não há no direito pátrio, até a presente data, uma legislação específica capaz de esgotar a temática sobre a delação premiada.¹⁰⁹

Dessa forma, configura-se em desafio ao estudioso da ciência jurídica, valendo-se dos métodos hermenêuticos¹¹⁰, integrativos¹¹¹ e interpretativos¹¹², promover uma sistematização

¹⁰⁷“CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 17 DA LEI 7.492/86. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 619 DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DA APONTADA OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO RECORRIDO. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. ADOÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA PELO TRIBUNAL A QUO. NULIDADE AFASTADA. PLEITO DE NOVA VALORAÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. INVERSÃO INDEVIDA DO ÔNUS DA PROVA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA OU DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. LEGITIMIDADE. RECURSO IMPROVIDO.[...] 6 - Para a configuração da delação premiada (art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86) ou da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), é preciso o preenchimento dos requisitos legais exigidos para cada espécie, não bastando, contudo, o mero reconhecimento, pelo réu, da prática do ato a ele imputado, sendo imprescindível, também, a admissão da ilicitude da conduta e do crime a que responde.[...].” (STJ – 5ª Turma – REsp 934004 / RJ; Rel. Min. Jane Silva. Fonte: DJ 26/11/2007 p. 239).

¹⁰⁸Diz-se re-inserta tendo em vista que a prática já constava do texto das Ordenações Filipinas. Para maiores informações, vide capítulo destinado à delação Premiada no Direito Brasileiro.

¹⁰⁹“Embora seja um instrumento valioso, a matéria não, ainda, tranquila, existindo dificuldades, por exemplo, em relação aos efeitos, requisitos.” BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**: contra a administração pública, a Previdência Social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, quadrilha ou bando, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.510.

¹¹⁰ Segundo o ensinamentos de Falcão: “Julgamos já ter ficado devidamente esclarecido que a Hermenêutica não se volta apenas à interpretação de textos. Vincula-se à interpretação em geral, embora sobretudo à daqueles objetos em cuja onticidade do sentido é determinante, vale dizer, os objetos culturais. [...] O saber hermenêutico é, portanto, um saber complexo. Ocupa-se da estrutura e da operacionalidade da interpretação, com o objetivo de outorgar estabilidade à última, em benefício dos efeitos sociais do sentido, em termos de aplicação à convivência. [...] De qualquer forma, a verdade filosófica de que o sentido é inesgotável se constitui no fundamento da Hermenêutica, uma vez que, se ele fosse uno e fixo, não haveria sentido algum para procurar-se,

dos dispositivos que tratam da matéria, ainda que de modo bastante sucinto. Assim, observar-se-ão as disposições contidas em todas as normas que invocam o instituto em apreço para que se lhes extraiam os requisitos primordiais.

A título de ordenação do raciocínio, analisaremos, inicialmente, aqueles pressupostos genéricos dos quais, sem embargo da existência de extensa gama de normas de que prevêm a delação premiada em seu bojo, cada qual com redação distinta e critérios próprios, dificultando um merecido estudo concatenado do instituto, esses diversos tipos delatatórios irão pouco variar. Em seguida, debruçar-se-á sobre as referidas especificidades da legislação criminal comuns a alguns tipos e particulares a cada um.

De início, faz-se necessário esclarecer o âmbito de alcance das leis que cuidam da delação premiada. Trata-se, com exceção da Lei nº 9.807/99, de diplomas cuja aplicação encontra-se restrita aos crimes por elas mesmas abordados. Diz-se, assim, serem leis especiais e, portanto, derogam e sobrepõem-se à aplicação das demais leis gerais, naquilo que dispõe.

Como já se disse anteriormente, a Lei nº 9.807/99, ao instituir o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, dispôs sobre a proteção de acusados ou de condenados que tenham, voluntariamente, prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Tentou-se, mediante esse diploma legal, democratizar o tratamento dado à delação premiada, prevendo o legislador a possibilidade de se conceder perdão judicial ou diminuição da pena aos acusados por qualquer crime, e não apenas a determinados tipos penais¹¹³, como ocorrera com as demais normativas anteriores¹¹⁴.

num conjunto imenso de opções, a melhor alternativa, ou as melhores alternativas, para a convivência, eis que sequer conjunto de opções existiria. A inesgotabilidade do sentido é, por conseguinte, a base filosófica em que se assenta a Hermenêutica. Hermenêutica é, assim, guia de escolha do bom sentido. Essa escolha do bom sentido torna-se imperiosa no que tange à Hermenêutica Jurídica, uma vez que a opção pelo sentido pode, em muitos casos, implicar a opção pela justiça, indispensável à convivência e à afirmação da grandeza do ser humano, bem como à própria justificação do direito.” FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 97-98.

¹¹¹Método consistente em preencher as lacunas normativas do ordenamento jurídico, tendo como instrumentos a analogia, o costume e a equidade, que não são fontes formais do Direito, mas se prestam a constituir ou descobrir uma norma implícita no sistema e, assim, manter sua completude.

¹¹²A interpretação (do latim, “entre entranhas”) trata-se de processo cognitivo de apreensão do sentido, precisar o conteúdo exato da norma jurídica posta, explícita.

¹¹³Muitos doutrinadores acreditam que, sem embargo de não ter sido esta a vontade do legislador, com a redação dada aos dispositivos que prevêm a colaboração à investigação e ao procedimento criminal, a única possibilidade que restou de fato regulamentada por esse diploma legislativo fora a hipótese de extorsão mediante seqüestro. Todavia, acreditamos que a interpretação meramente gramatical se mostra, nesse caso, indevida, posto trazer malefícios ao acusado, devendo o entendimento do dispositivo sofrer compreensão analógica benéfica. Daí, entendemos tratar-se de legislação geral. Voltaremos a tecer comentários mais detalhadamente à frente.

A noção de legislação específica, em geral, será de grande importância no determinar de qual modalidade legislativa regulamentará a possibilidade de um emprego delatário em cada tipo delitivo e, conseqüentemente, quais os requisitos inerentes à cuidada circunstância.

5.1 Requisitos genéricos

5.1.1 Pluralidade de agentes

Relembrando o conceito de delação¹¹⁵ outrora apresentado, como instituto que consiste na confissão, em interrogatório ou em juízo, acompanhada de imputação a um terceiro, como comparsa, da autoria delituosa, não há de se estranhar ser o primeiro requisito, por óbvio, a atuação criminosa em pluralidade de agentes¹¹⁶, ou concurso de pessoas, devendo esta aqui ser entendida não no sentido restrito do art. 29 do Código Penal¹¹⁷, mas incluindo hipóteses de concurso eventual e necessário.

Assim, em sede de delação premiada, como requisito geral, fala-se em concurso de pessoas, portanto, de forma genérica, quando duas ou mais pessoas concorrem para a prática de uma(s) mesma(s) infração(ões) penal(is), não importando que estejam na condição de autor, coautor, partícipe, associado ou participante de bando ou quadrilha, ou, ainda, integrante de associação criminosa.

¹¹⁴Com exceção da Lei do Crime Organizado, a qual não toma um tipo penal determinado, mas todos os crimes praticados em organização criminosa.

¹¹⁵Cabe ressaltar, contudo, que a designação dada ao instituto não corresponde perfeitamente a seu conteúdo, posto que, casos há, como ocorre na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), em que a colaboração pode consistir na localização dos bens, direitos e valores produto do crime, sem que se tenha propriamente “delatado” um terceiro. Na hipótese, todavia, não se deixa de exigir a pluralidade de agentes, mas apenas no que tange ao resultado é que inexige-se a identificação dos cúmplices.

¹¹⁶Há, todavia, de se observar as ressalvas a serem feitas, posteriormente, no caso da Lei nº 9.807, a qual cuida da proteção aos réus colaboradores.

¹¹⁷“O art. 29 do Código Penal aplica-se, como regra, aos delitos unissubjetivos, também conhecidos como delitos de concurso eventual, uma vez que para os crimes plurissubjetivos, ou de concurso necessário, pelo fato de exigirem a presença de, no mínimo, duas ou mais pessoas, dependendo do tipo penal, não haveria necessidade de regra expressa para os autores, ou coautores, tendo aplicação somente no que diz respeito á participação nessas infrações penais.” GRECO, Rogério. Ob. cit. p. 457.

Deveras, todos os diplomas fazem referência a condições de pluralidade subjetiva, senão vejamos: a) a Lei nº 8.072/90 se refere a participante ou associado de bando ou quadrilha; b) as Leis nº 7.492/86 e nº 8.137/90 falam em co-autor e partícipe atuantes em coautoria ou em quadrilha; c) já a Lei nº 9.034/95 faz referência ao termo organização criminosa; d) por sua vez, a Lei nº 9.269/96 cuida de concurso de pessoas; e) enquanto a Lei nº 9.613/98 prevê aplicabilidade ao instituto para autores, coautores ou partícipes; f) e as Leis nº 9.807/99¹¹⁸ e nº 11.343/2006 só falam em coautores e partícipes; g) fazendo, por fim, a Lei nº 8.884/94 referência apenas a coautores.

O requisito geral de pluralidade subjetiva não quer autorizar que se substituam as previsões mais específicas que possam haver em cada uma das hipóteses regulamentadas (“*lex specialli derogat lex generali*”). Desse modo, havendo a exigência de que o delator integre bando ou quadrilha, não bastará para que se dê por satisfeito citado requisito com o mero concurso eventual¹¹⁹. Contudo, analisando pelo aspecto acima abordado, não obstante possa parecer a presente discussão tola, não o é, pois podem surgir casos, como de fato já ocorreu na prática judicial de nosso país, em que se busque obter as benesses da delação premiada sem que se apresentasse o crime com pluralidade subjetiva alguma¹²⁰, seja em qualquer das modalidades aqui apresentadas.¹²¹

¹¹⁸Lembrando que há, todavia, de se observar as ressalvas a serem feitas, posteriormente, no caso da Lei nº 9.807, a qual cuida da proteção aos réus colaboradores.

¹¹⁹“CRIMINAL. HC. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEÇA IMPRESCINDÍVEL À COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONCURSO EVENTUAL DE AGENTES. AUSÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DESTINADA À PRÁTICA DE DELITOS HEDIONDOS OU ASSEMELHADOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. [...] II. Hipótese em que se pleiteia, em favor do paciente condenado pela prática de crime de latrocínio, a incidência da delação premiada prevista no art. 8º, § único, da Lei n.º 8.072/90. III. Referido dispositivo legal se aplica exclusivamente aos casos em que, praticados os delitos de que cuida a referida lei, por meio de quadrilha ou de bando associados para tal fim, este ou aquela sejam desmantelados em razão de denúncia feita por partícipe e associado. IV. O paciente e os três corréus não se associaram de forma estável para o fim de praticar delitos hediondos ou assemelhados, hipótese única em que, comprovando-se que a delação possibilitou o efetivo desmantelamento da organização criminosa, teria lugar a redução de pena ora pleiteada. V. Eventual associação de agentes para a prática de determinado crime dessa natureza, ainda que sejam eficientes as informações prestadas pelo delator, não permite o reconhecimento da delação premiada. VI. Ordem parcialmente conhecida, e nessa extensão, denegada.” (STJ – 5ª Turma - HC 62618 / SP; Rel. Min. Gilson Dipp. Fonte: DJ 13/11/2006 p. 283)

¹²⁰A hipótese, contudo, não se mostra absurda no caso da Lei nº 9.807/99, como se verá adiante.

¹²¹“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. ART. 33 DA LEI 11.343/06 (NOVA LEI DE DROGAS). INADMISSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO DE UMA OU OUTRA LEGISLAÇÃO, EM SUA INTEGRALIDADE, CONFORME FOR MELHOR PARA O ACUSADO OU SENTENCIADO. AUSÊNCIA DE CONCURSO DE PESSOAS. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 41 DA LEI 11.343/06. PRIMARIEDADE, AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

5.1.2 Relevância das declarações

O segundo requisito a ser observado nas circunstâncias em que se tenta trazer à rotina jurisprudencial a prática da delação premiada é a relevância das declarações prestadas pelo colaborador.¹²² De modo geral, não basta, portanto, a mera confissão acompanhada do fornecimento de quaisquer informações, por mais irrelevantes que sejam, para que o delator faça jus à recompensa legal.¹²³

Evidentemente, apenas os esclarecimentos indicadores de fatos concretos podem lastrear o merecimento aos prêmios delatórios. Aquele que simplesmente dá a conhecer a existência do crime, sem, no entanto, indicar dados que permitam ou, pelo menos, se prestem

FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, parág. 4o. da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito. [...]4. A conduta praticada pelo paciente não se subsume à prevista para a aplicação do art. 41 da Lei 11.343/06, ao contrário do que quer fazer crer o impetrante; isso porque, a previsão formulada nesse artigo traz a figura da delação premiada, somente sendo possível a sua incidência quando, na prática de qualquer dos delitos previstos na Lei 11.343/06, o agente perpetrar a conduta em concurso de pessoas, o que não ocorreu na hipótese dos autos. [...]” (STJ – 5ª Turma - HC 99422 / PR; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Fonte: DJe 22/09/2008)

¹²²“PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ART. 33 C/C ART. 40, I, DA LEI Nº 11.343/2006. TRANSNACIONALIDADE CARACTERIZADA. PENA DE MULTA. PEDIDO DE ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO DO SEU CUMPRIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DECORRENTE DA CONDUTA PELA AÇÃO POLICIAL. ÂNIMO PARA O ILÍCITO DEMONSTRADO PELO CO-RÉU. TIPIFICAÇÃO DESCRITA DA LEGISLAÇÃO DE ESPÉCIE. INAPLICAÇÃO DO ART. 386, III, CPP. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 13 DA LEI Nº 9.807/1999. NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE FORMA CLARA E EFICIENTE DOS CO-PARTÍCIPES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, NO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, PREVISTA NO ART. 41 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO NA SENTENÇA RECORRIDA. [...] V. APLICÁVEL AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA PREVISTO NO ART. 13 DA LEI Nº 9.807/1999, CONTUDO DEVE HAVER A COLABORAÇÃO DO RÉU PARA LEVAR A IDENTIFICAR, DE FORMA CLARA E EFICIENTE, OS DEMAIS PARTÍCIPES DA AÇÃO CRIMINOSA. [...]” (TRF 5ª Região- 4ª Turma – AC 2007.81.00.007244-0; Rel. Dês. Margarida Cantarelli, Rev. Des. Marcelo Navarro. Fonte: DJ 16/06/2008)

¹²³“HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS EM DESFAVOR DO PACIENTE – DESCONSIDERAÇÃO DE AGRAVANTE – NECESSIDADE DE INCURSÃO NO CONJUNTO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – DELAÇÃO PREMIADA – APLICAÇÃO DA CAUSA DE REDUÇÃO DO ARTIGO 33, 4º, DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – WRIT DENEGADO. [...] 4- Para a configuração da delação premiada, não basta a admissão, por parte do réu, da prática do crime a ele imputado, sendo necessário o fornecimento de informações eficazes, capazes de contribuir para a identificação dos comparsas e da trama delituosa. [...] ” (STJ – 6ª Turma - HC 92922 / SP; Rel. Min. Jane Silva. Fonte: DJe 10/03/2008)

a permitir¹²⁴ a consecução de resultados efetivos previstos pelo legislador, não poderá ser beneficiado com a delação premiada, por faltar requisito de ordem objetiva.

Embora não esteja explícita na lei de um modo unificado para todos os dispositivos - sem embargo de todos eles pedirem, de uma forma ou de outra, prestabilidade das declarações do colaborador -, parece-nos uma exigência bastante lógica, visto que a própria figura da delação premiada foi trazida ao direito pátrio com o objetivo de dar combate mais robusto à criminalidade, de nada servindo, destarte, informações inúteis, insuficientes, desnecessárias ou, ainda, não-inovadoras.¹²⁵ Doutrinando acerca dessa temática, vaticina Silva¹²⁶:

A relevância das declarações do investigado, portanto, guarda um nexo de causalidade com os resultados positivos produzidos na investigação criminal em curso. Declarações sobre fatos periféricos ou de importância secundária, que em nada ou pouco auxiliam na apuração do funcionamento de uma organização criminosa ou na identificação de seus diversos integrantes, não são qualificadas para autorizar a concessão do benefício. Ademais, há que se considerar na análise desse requisito a figura denominada pelos italianos dos *professionisti del pentitismo*, ou seja, pessoas que comercializam meias-verdades em troca de vantagens individuais.

O magistrado, quando da análise do caso concreto, deve observar o grau de importância¹²⁷ e de potencialidade das informações cedidas pelo sujeito que pleiteia os benefícios legais, havendo que se investigar quanto à sua veracidade e idoneidade frente às demais fontes probatórias da ação penal.¹²⁸

¹²⁴“PENAL E PROCESSUAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE CRIMINOSA. DELAÇÃO PREMIADA. INOCORRÊNCIA. PENA BASE. LEGALIDADE. REGIME FECHADO. [...] 3. A MERA REFERÊNCIA A NOMES DE SUPOSTOS INTEGRANTES DA QUADRILHA, SEM QUE TAL TENHA SERVIDO PARA AUXILIAR NAS INVESTIGAÇÕES, NÃO CONFIGURA A DELAÇÃO PREMIADA, PREVISTA NA LEI Nº 10.409/02.[...]” (TRF 5ª Região – 2ª Turma – ACR 2007.81.00.007201-3; Rel. Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, Rev. Des. Manoel Erhardt. Fonte: DJ 03/09/2008, p. 465.

¹²⁵José Paulo Baltazar Junior informa que: “Foi reconhecido o benefício do art. 6º da Lei 9.034/95 à ré que: ‘em seu depoimento, prestado no auto de flagrante, informou a localização da droga ‘ (TRF3, AC 200361810092672/SP, Erick Gramstrup, 5ª T., u., 16.10.06). No mesmo julgado não foram reconhecidos os benefícios previstos nos artigos 13 da Lei 9.807/99 e 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90 pois a colaboração da ré ‘não permitiu a identificação dos demais coautores e o desmantelamento da associação delituosa, medidas essas implementadas pelos agentes policiais, tampouco a recuperação de produto do crime.’”BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p. 289.

¹²⁶SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit. p. 83.

¹²⁷“Tendo os réus fornecido à polícia dados fundamentais relativos às pessoas que os haviam contratado para transportar a droga, como nomes, endereço e número de telefone, o que propiciou a identificação de alguns dos integrantes da quadrilha, resta caracterizada a chamada ‘delação premiada’, devendo os réus ser beneficiados com a causa especial de diminuição da pena, prevista na Lei 9.034/95.” (TRF 2ª Região – 2ª Turma – ACR 9802434515/RJ, Rel. Des. Antônio Cruz Neto, j. 23/11/99)

¹²⁸“PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DELAÇÃO PREMIADA. FUNDAMENTAÇÃO CLARA E SUFICIENTE. AUSÊNCIA DENULIDADE. APLICAÇÃO A INDICIADO E DENUNCIADO. POSSIBILIDADE. REVELAÇÃO DA TRAMA DELITUOSA. OCORRÊNCIA. LIMITES DA REDUÇÃO. [...] 5. Tendo os acusados prestado declarações em juízo indicando a participação de outras pessoas nas diversas fraudes perpetradas durante longo período na

Desse modo, além de se tratar de requisito essencial ao reconhecimento de eventual direito subjetivo a prêmio concernente à delação premiada, a relevância das informações fornecidas pelo delator é critério de proporcionalidade a ser utilizado pelo sentenciador quando da aplicação desse mesmo prêmio, uma vez que este deverá, dentre outros fatores, ser dosado em face do alcance da revelação: pelos detalhes fáticos desconhecidos, número de crimes ou agentes envolvidos, utilidade para as investigações e provas do crime, bem como ante a eventual prova trazida pelo delator.

Da jurisprudência extraem-se alguns parâmetros, caso a caso, que merecem ser pontuados:

I) a colaboração para identificar os coautores não é suprida com meras citações a terceiros acompanhadas de informações vagas sobre seus respectivos paradeiros (TRF 5ª Região – 3ª Turma, AC 2007.81.00.004249-5, Rel. Des. Vladimir Carvalho. Fonte: DJ 29/05/2008 – p. 538);

II) é insuficiente a simples indicação de nomes, despídos de sobrenomes, de detalhes e de identificações outras que viabilizem, de forma precisa e segura, a localização e responsabilização dos outros envolvidos com a prática (TRF 5ª Região – 1ª Turma – AC 2002.81.00.011417-4; Rel. Des. César Carvalho. Fonte: DJ 28/03/2008 – p.1325. No mesmo sentido: TRF 5ª Região – 3ª Turma – AC 2007.81.00.000085-3; Rel. Des. Vladimir Carvalho. Fonte: DJ 27/03/2008, p. 1019 e TRF 5ª Região – 3ª Turma – AC 2005.81.00.003285-7; Rel. Des. Rivaldo Costa. Fonte: DJ 10/03/2006, p. 1012);

III) informações genéricas não atendem ao requisito legal para a configuração da delação premiada (TRF 5ª Região – 4ª Turma – AC 2004.81.00.014427-8; Rel. Des. Marcelo Navarro, Rev. Des. Lázaro Guimarães. Fonte: DJ 14/03/2007);

IV) descrições físicas e nomes comuns que não contribuam para a investigação criminal não devem ensejar o benefício da delação premiada (TRF 5ª Região – 2ª Turma; AC 2004.81.00.012783-9, Rel. Des. Napoleão Nunes Maia Filho, Rev. Des. Petrócio Ferreira. Fonte: 07/12/2005);

gestão de entidade administradora de consórcio, revelando detalhes das irregularidades e apresentando inclusive documentos probatórios, é escorreita a incidência da minorante legal. [...]” (TRF 5ª Região – 7ª Turma - ACR 2005.04.01.046420-5; Rel. Des. Néfi Cordeiro. Fonte: D.E. 24/10/2007)

V) indicar, no momento de sua prisão, o local onde estavam hospedados os corréus, com a evidente intenção de isentar-se da culpa (TRF 5ª Região – 1ª Turma – AC 2004.81.00.004919-1; Rel. Des. José Maria Lucena, Rev. Des. Ubaldo Ataíde Cavalcante. Fonte: DJ 05/05/2005, p. 514).

5.1.3 Eficácia

O terceiro e último requisito geral do instituto da delação premiada é a eficácia, devendo-se tomá-la como a obtenção de algum resultado prático positivo alcançável em razão das declarações do colaborador, caracterizando-se referidas declarações por serem circunstâncias verdadeiramente diferenciais no curso das investigações. No esteio do pensamento de Mendroni:

a colaboração deve ser de considerável benefício à investigação e ao contexto probatório. Considerando que se trate de verdadeira 'negociação' das situações jurídicas, envolvendo o binômio contexto probatório/situação processual do suspeito/acusado, deve existir correlação de equivalência, com vantagens para ambos, para que se perfaça o 'acordo'.¹²⁹

Assim, a eficácia é consequência concreta, normalmente especificada pelo legislador em cada caso de delação premiada¹³⁰, e somente aferível em momento posterior ao da colaboração em si, com o desenvolver das atividades investigatórias.

Trata-se de requisito tocante à utilidade do instituto para a solução do caso concreto.¹³¹ Ausente a produção de qualquer resultado favorável, faltarão um requisito de ordem

¹²⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Ob. cit. p. 42.

¹³⁰ Os diversos dispositivos da legislação que alberga a delação premiada trazem os resultados desejáveis para a concessão dos benefícios legais, senão vejamos: I) A Lei dos Crimes Hediondos requer o desmantelamento do bando ou quadrilha; II) A Lei do Crime Organizado pede o esclarecimento das infrações penais e de sua autoria; III) Já as Leis do Sistema Financeiro Nacional e Contra Crimes de Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo exigem a revelação de toda a trama delituosa; IV) O artigo 159, § 4º, do Código Penal almeja, por sua vez, a libertação do sequestrado; V) Enquanto a lei de Lavagem de Dinheiro fala em apuração das infrações penais e sua autoria ou localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime; VI) A seguir, a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas deseja a identificação dos co-autores e partícipes, a localização da vítima com integridade física preservadas e a recuperação total ou parcialmente do produto do crime; VII) E a Lei de combate aos Crimes Contra a Ordem Financeira busca a identificação dos co-autores e obtenção de informações e documentos que comprovem as infrações noticiadas; VIII) Por fim, a Nova Lei de Drogas exige a identificação dos co-autores e partícipes e a recuperação total ou parcialmente do produto do crime.

¹³¹ "REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, C/C ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76. DELAÇÃO PREMIADA. APLICABILIDADE. ART. 32, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 10.409/02. ARTIGOS 40 E 41 DA LEI Nº 11.343/06 NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. PENA.

objetiva¹³², impossibilitando-se a concessão dos prêmios delatatórios. Nesse caso, entende-se que, havendo, contudo, o acusado cumprido os demais requisitos, não advindos os desejados resultados concretos por circunstância alheia a sua vontade, aproveita-lhe a circunstância atenuante da confissão espontânea, perante autoridade, da autoria do crime (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal¹³³) e de ter procurado diminuir as consequências do delito, mesmo lhe sendo impossível evitar-lhe e minorar-lhe as consequências ou, ainda, reparar o dano (art. 66 do Código Penal¹³⁴).

Importante salientar que devem ser compreendidos como conseqüências positivas todos os resultados que impliquem auxílio a presentes e futuras persecuções penais, e não apenas condenações dos demais imputados, uma vez que se cuida, em momento, de conceito mais genérico, o qual inclui, dentre outras circunstâncias: facilitação de flagrantes; economia de investigação, dinheiro, tempo, material e pessoal; auxílio na produção de provas; prisão de codelinquentes; oferecimento ou aditamento de denúncia acompanhados de indícios e/ou provas robustas; colheita de dados para posteriores atividades policiais etc.

5.2 Requisitos comuns a alguns tipos delatatórios

Ao lado dos apresentados pressupostos delatatórios, há, dentre os diversos artigos que cuidam do instituto ora em comento, requisitos que se repetem com mediana frequência, se não em todos os casos, mas em algumas hipóteses de delação premiada.

5.2.1 Voluntariedade/espontaneidade

SUBSTITUIÇÃO. 1. A requerente revelou de forma eficaz e espontânea o nome do comprador do entorpecente que ela iria transportar, bem assim os detalhes do plano traçado pelo mesmo além das circunstâncias como os fatos aconteceram, contribuindo de forma eficiente, no interesse da Justiça, para a elucidação do crime e para a prisão do referido agente. Diante desse quadro, cabe aplicar a minorante da delação premiada. [...]” (TRF 4ª Região – 4ª Seção: RC 2005.04.01.039715-0; Rel. Des. Elcio Pinheiro de Castro. Fonte: D.E. 10/01/2007).

¹³²AZEVEDO, Davi Teixeira de. op. cit. p. 6.

¹³³“Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III – ter o agente: [...] d) confessada espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; [...]”

¹³⁴“Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstancia relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista e expressamente em lei.”

O primeiro deles tange ao psiquismo do agente que opta por colaborar com a Justiça, ora sendo exigida voluntariedade¹³⁵, ora espontaneidade¹³⁶, havendo ainda as hipóteses das leis nº 8.072/90 (Crimes Hediondos) e nº 8.884/94 9 (Crimes Contra Ordem Econômica), bem como o artigo 159, § 4º, do Código Penal que a nenhum dos termos faz referência, a exigir esforço integrativo.

O legislador pátrio sempre cuidou de fazer a diferenciação entre ato voluntário e ato espontâneo. Este nasce exclusivamente da vontade do agente, sem qualquer circunstância alheia a seu desígnio a coagi-lo, sendo que, assim, o indivíduo, por si só, considera apropriado tomar certa conduta. Já aquele consiste no ato produzido, igualmente, sem qualquer interferência alheia à vontade do agente que lhe venha a coagir, não importando, contudo, se a idéia inicial partiu ou não do sujeito que age.

Assim sendo, diz-se voluntária a resolução quando se coloca a possibilidade de se eger entre duas condutas: fazer ou não, em dependência exclusiva do querer do sujeito, o qual continua sendo dono de suas decisões^{137 138}. Dessa forma, ainda, podemos compreender a espontaneidade como espécie do gênero voluntariedade a que se acresce o “plus” da exclusividade da idéia, a qual parte do colaborador.

Alertam Tenório e Lopes:

Isso redonda em que o delinquente-colaborador tenha conhecimento da lei e decida, sozinho, o risco de ser um 'dedo-duro', crime punido com sanção de morte pelo 'Direito Marginal' vigente nos presídios.¹³⁹

Segundo Silva:

é um dos pontos mais sensíveis do instituto no plano prático, ante a real possibilidade de constrangimentos para que haja uma colaboração eficaz. Se são previsíveis ocorrências de

¹³⁵Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Lei nº 9.087/99) e Nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

¹³⁶Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº9.034/95), Lei de Proteção ao Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86), Lei Contra a Lavagem de Dinheiro e Capitais (Lei nº 9.613/98) e Lei dos Crimes contra Ordem Tributária, Econômica e as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90).

¹³⁷WESSELS, Johannes. Derecho Penal, Parte Geral, p. 186. apud GRECO, Rogério. op. cit., p. 287.

¹³⁸GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. op. cit. p. 168; LEAL, João José. A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação. **Fascículos Penais**, ano 89, v. 782, Dezembro/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; JESUS, Damásio. **Direito Penal**, 1º vol. Parte Geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 344 a 345.

¹³⁹TENÓRIO, Igor; LOPES, Inácio Carlos Dias Lopes. **Crime Organizado** (O Novo Direito Penal – até a Lei nº 9.034/95). Brasília: Consulex, 1995. p. 149.

excessos para a extração de uma confissão durante as investigações, nada impede que também possam ocorrer na busca de uma colaboração eficiente, o que conduzirá inevitavelmente à ilicitude da prova obtida, pois, como adverte Antônio Magalhães Gomes Filho, uma das decorrências da presunção de inocência no processo penal em relação à matéria probatória refere-se justamente à impossibilidade de obrigar o acusado a colaborar na investigação dos fatos.¹⁴⁰

Levando-se em conta o alto grau de vulnerabilidade a que fica exposto o investigado colaborador e o alcance probatório que suas palavras podem atingir, aconselhável seria a presença do magistrado no momento da colheita das informações¹⁴¹, não importando ser tal momento a fase pré-processual ou se já está este em julgamento. Do mesmo modo, nas hipóteses de elaboração dos acordos delatórios, que as autoridades envolvidas se resguardem de medidas legítimas a garantir a liberdade psicológica da delação.

Essa vigilância do magistrado se faz necessária, pois, na esteira desse pensamento, concluindo ele terem sido as declarações do réu prestadas em razão de constrangimentos físicos ou morais, deverá aquele sujeito ordenar a extração dos autos daquela prova, bem como de todas as dela decorrentes, uma vez que contaminadas por sua ilicitude e por ofensa à dignidade da pessoa humana. “Para tanto, entendendo conveniente, poderá entrevistar-se com o colaborador, requisitando sua apresentação em juízo ou determinando sua notificação.”¹⁴²

Conforme Guidi, deve preponderar a vontade de colaborar com a polícia judiciária ou com a Justiça¹⁴³, não obstante, “vontade livre não impede que o agente tenha sido aconselhado e incentivado por terceiro, desde que não haja coação.”¹⁴⁴ Senão vejamos:

¹⁴⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit. p. 81 a 82.

¹⁴¹ SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit. p. 82.

¹⁴² SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit. p. 115. “Nos Estados Unidos da América, antes de homologar o acordo entre o prosecutor e o acusado (plea bargaining), por imposição da Rule II (d) das Federais Rules of Criminal Procedure, deve o magistrado dirigir-se publicamente ao acusado para verificar a voluntariedade de suas palavras. Inicialmente analisará sua capacidade de compreensão da proposta do órgão acusador, considerando sua idade, inteligência, entendimento da língua inglesa e estado mental. Uma vez analisada a capacidade, o Tribunal constatará se a declaração é voluntary, ou seja, se não é produto de improper coercion (violências físicas ou mentais) ou de inductions (promessas que não possam ser cumpridas pelo Ministério Público ou resultantes de prévias discussões entre acusação e defesa).”

¹⁴³ GUIDI, José Alexandre Marson. op. cit. p. 168.

¹⁴⁴ SZNICK, Valdir. op. cit. p. 369. Existem mesmo os que defendem atuação forte dos órgãos persecutórios, ao lado do magistrado, no incentivo à prática delatória: “Na prática judicial, visando a dar maior efetividade ao instituto da delação premiada, sempre que cabível e possível, deve a autoridade policial e sobretudo o Ministério Público alertar os indiciados e acusados sobre a possível pena a que em tese estarão sujeitos e sobre os benefícios que poderão obter em caso de colaboração efetiva. Alertar, contudo, de forma fria e genérica, não é suficiente. A autoridade policial, no curso do inquérito, e o Ministério Público, no curso da ação penal ou mesmo do inquérito, devem buscar atrair a confiança de potenciais réus colaboradores, procurando conversar informalmente com eles, seja nas próprias dependências do Ministério Público, seja nas Delegacias Policiais, Presídios e até mesmo nas Varas Criminais por ocasião das audiências nos respectivos processos criminais. Em outras palavras, não devem os órgãos persecutórios contentar-se com o simples alerta que é feito pelo juiz no início dos interrogatórios de

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DELAÇÃO PREMIADA. FUNDAMENTAÇÃO CLARA E SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. APLICAÇÃO A INDICIADO E DENUNCIADO. POSSIBILIDADE. REVELAÇÃO DA TRAMA DELITUOSA. OCORRÊNCIA. LIMITES DA REDUÇÃO. [...] 2. São requisitos do art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86, a espontaneidade (ato não forçado, ainda que provocado por terceiros), a existência de revelação (fatos, agentes e provas antes não conhecidos), o alcance da revelação (toda a trama criminosa) e a incidência em grupo voltado para a prática de crimes contra o sistema financeiro nacional. 3. Embora prioritariamente voltada para facilitação da investigação criminal, pode a delação dar-se mesmo após o indiciamento ou em fase de ação penal, desde que mantido o caráter inovador, de revelar o que antes não se sabia, de modo pleno e relevante. 4. Tampouco se perde na delação judicial o caráter de espontaneidade, pois continua sendo faculdade do réu que, em juízo, pode negar ou confessar seu crime, mas não possui dever legal de denunciar a trama criminosa e muito menos revelar todo seu desenvolvimento e integrantes. [...] (TRF – 4ª Região – 7ª Turma: AC 2005.04.01.046420-5; Rel. Des. Néfi Cordeiro. Fonte: D.E. 24/10/2007)

Entrementes, autoridades policiais, membros do Ministério Público e magistrados podem sugerir ao acusado que lance mão do uso da delação premiada, contudo, cumpre-lhes adverti-lo que, sem embargo da possibilidade de gozo do prêmio pelo réu em caso de satisfeitos todos os requisitos exigíveis, estará este sujeito abandonando seu privilégio à não-incriminação, visto que tudo o que for informado pelo delator será utilizado contra ele próprio.

Lembramos que, seja voluntária, seja espontânea, quanto à análise do atendimento ao requisito, é irrelevante o motivo que levou o réu a colaborar, quer pelo temor à descoberta da autoria e sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade.

Na realidade, o legislador não exige efetiva manifestação de penitência, podendo suas razões ser nobres ou não. “O prêmio é dado pela colaboração eficaz (que tenha resultado) já que muitas vezes, mais que o colaborador, o principal beneficiado é o Estado pela ajuda prestada (...)”¹⁴⁵ Não obstante, esposamos o entendimento de que o magistrado poderá utilizar-se de eventual percepção quanto aos motivos do colaborador no momento da dosimetria da penalidade, variando o quantum ou a modalidade do benefício.

que o réu, em caso de colaboração efetiva com a justiça e no caso de eventual condenação, poderá ser alcançado pelos benefícios da Lei 9.807/1999 e legislações correlatas. Embora esse alerta deva ser mesmo feito pelo juiz – e não ferir a autonomia de vontade do réu, pois se trata apenas do dever que o juiz tem de informar ao réu sobre a existência dessa norma no ordenamento jurídico e da real possibilidade de sua aplicação no caso concreto –, é uma providência muito formal, que ocorre numa audiência também já cercada de formalidades que lhe são próprias e na qual, no mais das vezes, o réu não tem nem tempo de refletir a respeito, pois em seguida já tem início o interrogatório em si. Por isso é que a autoridade policial e o membro do Ministério Público devem procurar ganhar a confiança do réu, conversar com ele e explicar-lhe as provas já obtidas contra ele, da possibilidade de uma condenação no caso concreto e dos benefícios que o réu colaborador pode obter, como ocorre, por exemplo no modelo norte-americano.” GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit. p. 156.

¹⁴⁵Sznick, Valdir. op. cit. p. 368 a 369.

E, quanto às referidas hipóteses das leis nº 8.072/90 (Crimes Hediondos) e nº 8.884/94 (Crimes Contra Ordem Econômica), bem como do artigo 159, § 4º, do Código Penal, normativas as quais nenhuma alusão fazem, seja à voluntariedade seja à espontaneidade. Deveras, não se pode ignorar que o agente colaborador nessas situações não agirá, logicamente, fora do psiquismo da espontaneidade ou da voluntariedade, tendo-se em vista que a coação como causa de colaboração é rechaçada pelo ordenamento jurídico, não prestando como incentivo à adoção do instituto. Assim, qual das duas modalidades deverá ser observada nesses casos: espontaneidade ou voluntariedade?

Entendemos que melhor razão assiste à aplicação da voluntariedade, devido a sua exigência mais branda que a da espontaneidade a privilegiar o colaborador, sem falar da Lei nº 9.087/99, que prevê apenas a voluntariedade da colaboração e tem caráter genérico, sobressaindo-se, nessa situação, as disposições especiais de espontaneidade.

5.2.2 Efetividade

O segundo requisito faz-se, por seu turno, comum às Leis nº 9.807/99 (Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas) e nº 8.884/94 (Lei de Combate e Prevenção de Crimes Contra a Ordem Econômica). Cuida-se da efetividade da colaboração, a qual não deve ser confundida nem com relevância das informações prestadas pelo delator, nem com a eficácia da delação.

A efetividade guarda relação com esforço empenhado pelo acusado no auxílio às investigações, colaborando permanentemente com as autoridades e colocando-se sempre à disposição para o esclarecimento dos fatos, mesmo produzindo, eventualmente, provas que corroborem suas declarações. “Isso implica a necessidade de comparecer perante a autoridade policial ou judicial todas as vezes que for solicitada sua presença, ou ainda acompanhar atos de diligência, quando necessário.”

Desse modo, a delação, para ser considerada efetiva, terá de contar com a presença atuante do réu que almeja seus benefícios, fortalecendo-se, assim, a concepção de união de esforços na busca da verdade real e no combate à criminalidade. Não basta, assim, que o

delator se limite a prestar algumas poucas informações obscuras e deixe todas as dificuldades da investigação, propositalmente, a cargo dos órgãos incumbidos de combater o crime. Exigida a efetividade, há necessariamente que se constatar vontade de cooperação e de participação nos trabalhos por parte do futuro beneficiário.

Conforme ressaltamos, não se deve confundir a efetividade da colaboração com relevância das informações prestadas pelo delator, nem com sua eficácia. Já vimos que a relevância das declarações tange à potencialidade de os dados fornecidos serem relevantes para o sucesso das investigações e para a consecução dos resultados pretendidos pelo legislador, enquanto a efetividade ocupa-se da análise não das informações, mas da atuação do colaborador. Por sua vez, a eficácia significa resultado prático positivo, normalmente especificado pelo legislador em cada caso de delação premiada¹⁴⁶, sendo tal consequência somente aferível em momento posterior, independente da natureza da delação, ou seja, não importando ter sido ela efetiva ou não.

[...] poderá haver a colaboração voluntária e efetiva, mas não eficaz, no sentido de que, não obstante a vontade de contribuição com o trabalho de investigação ou de colheita de prova judicial e a efetiva, real e permanente do acusado ou condenado nesse trabalho de descoberta da realidade delituosa, não se logrou identificar coautores e partícipes, nem se localizar a vítima com integridade física ou vida preservadas, nem se recuperou total ou parcialmente o produto do crime.¹⁴⁷

Alguns doutrinadores classificam a voluntariedade, assim como a efetividade, de que se tratou há pouco, e também a personalidade do colaborador, da natureza, da circunstâncias, da gravidade e da repercussão social do fato criminoso, como requisitos gerais do instituto da delação premiada, aplicáveis, portanto, a qualquer caso, uma vez que foram previstos na Lei de Proteção às Testemunhas e Vítimas Ameaçadas (Lei nº 9.807/99), a qual seria diploma unificador do tratamento da delação premiada. Justificam o posicionamento por emprego analógico às disposições do mencionado diploma nº 9.807/99.

¹⁴⁶Os diversos dispositivos da legislação que alberga a delação premiada trazem resultados desejáveis para concessão dos benefícios legais. Senão vejamos: I) A Lei dos Crimes Hediondos requer o desmantelamento do bando ou quadrilha; II) A Lei do Crime Organizado pede o esclarecimento das infrações penais e de sua autoria; III) Já as Leis do Sistema Financeiro Nacional e Contra Crimes de Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo exigem a revelação de toda a trama delituosa; IV) O artigo 159, § 4º, do Código Penal almeja, por sua vez, a libertação do sequestrado; V) Enquanto que lei de Lavagem de Dinheiro fala em apuração das infrações penais e sua autoria ou localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime; VI) A seguir, a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas deseja a identificação dos co-autores e partícipes, a localização da vítima com integridade física preservadas e a recuperação total ou parcialmente do produto do crime; VII) E a Lei de combate aos Crimes Contra a Ordem Financeira busca a identificação dos co-autores e obtenção de informações e documentos que comprovem as infrações noticiadas; VIII) Por fim, a Nova Lei de Drogas exige a identificação dos co-autores e partícipes e a recuperação total ou parcialmente do produto do crime.

¹⁴⁷AZEVEDO, Davi Teixeira. op. cit. p. 06.

Sem olvidar o caráter genérico de referido texto normativo, de fato, cuidará ele de regulamentar todas as hipóteses não previstas em lei especial de delação premiada, sendo, para tais situações, todos os requisitos, sem sombra de dúvidas, legitimamente exigíveis. Todavia, apenas por uma questão de didática¹⁴⁸, mais conveniente se mostra a divisão ora apresentada, não incluindo citados pressupostos entre os gerais, uma vez que daria a impressão, como efetivamente vem sendo defendido por alguns estudiosos, de que, em sendo requisitos gerais, aplicar-se-iam a todas as modalidades de delação premiada, inclusive as regulamentadas por leis específicas.

Importante frisar que não se critica o uso da analogia¹⁴⁹ entre os dispositivos reguladores do instituto, mas o modo como pode induzir ao erro quando trazem novas exigências a tipos especificamente regulados. A delação premiada foi regulamentada pelo legislador como instituto de direito material, tratando-se de direito subjetivo do réu-colaborador que cumprir os requisitos previstos em lei. Justamente pelo caráter penal da figura, devem ser respeitados os princípios e aplicadas as regras sistemáticas desse ramo do Direito, pelo que não se admite a analogia “in malam partem” em virtude do princípio da legalidade.

Sabemos que as condutas que o legislador deseje impor devem ser descritas de forma clara e precisa, porque o campo de abrangência do Direito Penal, dado seu caráter fragmentário, é deveras limitado.¹⁵⁰ Desse modo, não é dado ao intérprete da lei exigir requisitos que o legislador não os fez.

Crucial é compreender a diferença existente entre requisitos – exigências legais para a consecução dos benefícios - e critérios para a fixação do “quantum” de benefício – balizas à valoração, pelo juiz, do auxílio fornecido pelo réu. Os primeiros, quando não satisfeitos, impedem o próprio reconhecimento e o gozo do prêmio, ao passo que os segundos servem apenas de indicativo para que o magistrado exerça a eleição da qualidade e da quantidade da benesse a ser dada dentre as muitas possibilidades que se lhe apresentam (ex: julgar ser o

¹⁴⁸Para essa decisão levamos em conta a peculiar situação do instituto em nosso ordenamento jurídico, onde existem muitas disposições específicas acerca da temática que são aplicadas, inclusive, com maior frequência que a legislação geral (Lei nº 9.087/99).

¹⁴⁹Segundo Luiz Regis Prado: “por analogia, costuma-se fazer referência a um raciocínio que permite transferir a solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que comparte, com o primeiro, certos caracteres essenciais ou a mesma ou suficiente razão, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante simili ou a pari.” PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 97.

¹⁵⁰GRECO, Rogério. op. cit. p. 49.

delator digno de receber o perdão judicial, a substituição por pena restritiva de direitos, a causa especial de diminuição da penalidade – e, nessa última hipótese, estabelecer de quanto será a redução – para tudo respeitados os limites legais¹⁵¹).

Estabelecer novos requisitos, aplicando analogicamente o diploma geral nas circunstâncias reguladas por lei específica, traz empecilhos ao direito do delator não tolerados pelo Direito Penal, pois prejudica o sujeito de direitos que seja o acusado e, ainda, subverte a regra de harmonização do sistema jurídico de que a lei especial se prevalece sobre a lei geral naquilo de que dispõe. É o que se passa na situação em comento: a lei não foi sequer omissa quanto a referidos requisitos, em verdade, simplesmente não quis prever, tanto que mesmo os diplomas posteriores à Lei nº 9.807/99 não exigem tais pressupostos.

Acredita-se, realmente, que a intenção do legislador, ao estabelecer critérios mais rigorosos - como esses para a Lei de Proteção às Testemunhas e às Vítimas Ameaçadas - foi a de evitar a banalização do instituto da delação premiada, uma vez que se passou a possibilitar seu uso não apenas para aqueles casos restritos anteriormente regulados, mas para quaisquer outros crimes que se encaixem nas hipóteses dos incisos I, II e III do art. 13 de referida lei.

Por outro lado, possibilitado está ao magistrado utilizar-se da mesma analogia para fins de elaboração dos critérios de fixação do quantum de benefício, uma vez que a lei se fez omissa nesse ponto, deixando ao sentenciador tal liberdade.

5.3 Requisitos específicos

Finalmente, trataremos nessa sede do exame individual dos artigos que cuidam da delação premiada nos diversos textos normativos outrora referidos. Como sabemos, eles trazem determinadas particularidades ao lado dos já citados requisitos genéricos,

¹⁵¹O estrito cumprimento dos permissivos legais quando da concessão do benefício não tem que ver com analogia “in bonam” ou “in malam partem” (estender as hipóteses de perdão judicial ou substituição por pena restritiva de direitos às outras legislações que não prevêem tais medidas, por exemplo), mas com restrição impositiva de caráter público, pois tratam-se de excepcionais limitações ao “jus puniendi” estatal.

estabelecendo condições próprias para o reconhecimento do instituto e conseqüente gozo do benefício premial.

5.3.1 Lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990)

O art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 assim 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).”

Referido texto institui modalidade de delação premiada aplicável somente à quadrilha ou ao bando formados especificamente para a prática dos crimes tratados pela Lei dos Crimes Hediondos.

Realmente, o diploma normativo em comento, Lei nº 8.072/90, criou uma nova espécie de quadrilha ou bando, caracterizados, necessariamente, pela reunião de quatro ou mais agentes, com finalidade específica de praticar, de modo reiterado, os crimes de tortura, terrorismo, tráfico de drogas assim como os hediondos (art. 8º, caput). Assim, passou a haver distinção daquele tipo genérico de quadrilha inscrito no art. 288 do Código Penal, o qual constitui a reunião de mais de três pessoas para a prática de crimes comuns. Há que se ressaltar, ainda, a previsão posteriormente trazida pela Lei 11.343/2006, Nova Lei de Drogas, no bojo de seu artigo 36, definida como quadrilha ou bando especiais com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33, caput e §1º, e 34 da citada lei.

Portanto, levando-se em consideração que, como norma especial que é a Lei 8.072/90, somente pode regular seus tipos específicos, na hipótese de que haja a existência da quadrilha ou do bando formados para a prática de crimes hediondos ou equiparados como pressuposto para a aplicação da norma. Essa condição é desdobramento do requisito genérico da pluralidade de agentes, sendo o crime de quadrilha ou bando de concurso necessário.

Ademais, salutar é que a denúncia se faça perante autoridade competente, entendendo-se esta como a legalmente incumbida pelo Estado da apuração e punição de crimes, tais como delegado, promotor, juiz etc.

Também é importante destacar que a lei menciona a exigência de perpetração da denúncia por um dos integrantes do grupo criminoso, seja participante seja associado. Nesse ponto, surge intensa divergência quanto ao alcance da expressão: a delação premiada limita-se ao crime de formação de quadrilha ou bando ou alberga, igualmente, os crimes por este grupo praticados?

Alguns entendem estar-se a falar de “participante” como coautor ou partícipe do crime cometido em quadrilha, enquanto “associado” seria sinônimo de integrante do bando delituoso. A propósito, Monteiro afirma que ambos os agentes poderiam ser beneficiados com a redução da pena: “O associado, nas penas dos dois crimes. O participante, no crime praticado.”¹⁵²

Acredita-se, contudo, estar a razão com a segunda corrente, a qual defende significarem as expressões participantes e associados, respectivamente a partícipes e coautores do crime de quadrilha previsto no caput do art. 8º da Lei nº 8.072/90. Assim, a colaboração poderá advir de pessoa que efetivamente tome parte na quadrilha ou bando ou por sujeito que, sem integrar a organização, concorreu de qualquer modo para sua formação.

De fato, o propósito legislativo fora premiar o delinquente que, mediante suas declarações, possibilitou o desmantelamento da quadrilha da qual fazia parte. Saliente-se que não pode o jurista fazer uma interpretação correta do disposto no parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 8.072/90 dissociando-o de seu caput, que, em momento algum faz menção aos crimes praticados pelo bando. Seria, verdadeiramente, um método absurdo de interpretação.

Capez afirma, ainda, que, com a leitura sistemática do diploma regulamentador dos crimes hediondos e equiparados, lembrando o comentado texto normativo trouxe, além da previsão do parágrafo único do art. 8º, a primeira redação dada à possibilidade de delação premiada (a que chama delação eficaz) do art. 159, § 4º, do Código Penal, no tocante ao crime de extorsão mediante sequestro. Vejamos:

a vingar a primeira posição, o instituto da delação eficaz (art. 7º, § 4º) seria inútil, pois bastaria denunciar o bando para que a pena de ambos os crimes fosse diminuída. Se a lei se preocupou em criar um instituto para a redução da pena do crime praticado pela

¹⁵²MONTEIRO, Antônio Lopes. op. cit. p. 170 a 171.

quadrilha (no caso, a extorsão mediante sequestro), é justamente porque a traição benéfica não o alcança; afinal, na lei não devem existir regras inúteis.¹⁵³

Desse modo, comungando da opinião de Gonçalves: “no caso de concurso material entre o crime de quadrilha e outros delitos praticados por seus integrantes, a redução da pena atingirá apenas o primeiro (quadrilha)”¹⁵⁴ Nesse caso, para que o colaborador possa fruir de benesses também quanto ao delito praticado em quadrilha, poderá ele recorrer à legislação genérica da Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas (Lei nº 9.807/99), aplicável a qualquer crime cometido em concurso de pessoas. Assim, uma vez atendidos seus requisitos, poderá o acusado gozar dos prêmios ali instituídos.

Por último, requer-se o desmantelamento da quadrilha como resultado prático consequente da delação.¹⁵⁵

[...] requer-se que da atividade do agente tenha-se um resultado concreto, positivo: descoberta ou desmantelamento do grupo criminoso, devido à colaboração do agente. A exigência que as informações prestadas sejam verdadeiras e corretas no sentido da produção de um resultado favorável. Não basta a mera intenção ou dados sem a maior consistência. Assim a colaboração tem de ser eficiente, ou seja, importante a ponto de permitir a descoberta de dados que comprovem a chefia e seu envolvimento com o crime organizado.¹⁵⁶

No que tange a esse pressuposto, dúvidas nascem na situação de o réu-colaborador não identificar todos os integrantes do grupo, bem como todos os seus facilitadores, independentemente do motivo, seja porque não possui, de fato, tal conhecimento, seja por ocultação deliberada. Haver-se-á de se conceder o benefício? Entendemos que, por cargo de auxílio do colaborador, existindo o real desbaratamento do bando, de forma que seus integrantes fiquem impedidos de continuar juntos, suas atividades nocivas, satisfeita restará a exigência legal.

¹⁵³CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Legislação penal especial. vol. 4, 2ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 219.

¹⁵⁴GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.24.

¹⁵⁵“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.072/90. DELAÇÃO PREMIADA. NECESSIDADE DA EXISTÊNCIA DE QUADRILHA OU BANDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 2. A redução de pena prevista para os casos de delação de co-réu (artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90), requisita a existência e o desmantelamento de quadrilha ou bando. [...]” (STJ – 6ª Turma: HC 41758/SP; Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Fonte: DJ 05/02/2007, p. 386.)

¹⁵⁶SZNICK, Valdir. op. cit. p. 369.

5.3.2 Lei de combate ao crime organizado (Lei nº 9.034/95)

Denominada pelo diploma ora em comento de “colaboração espontânea“, a delação premiada encontra regulamentação no art. 6º da Lei nº 9.034/95, “*verbis*”: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.”

Do texto, o primeiro requisito visualizável é que a delação deve se reportar, obrigatoriamente, a um crime praticado por organização criminosa. Eis que surge também o primeiro dos problemas, posto que a Lei de Combate ao Crime Organizado, sem embargo de haver sido criada para lidar com esse assunto, não trouxe uma definição legal do que seja uma organização criminosa.¹⁵⁷ Na dicção de Guidi:

As tentativas de conciliação no âmbito científico são extremamente variáveis, até porque um fenômeno de caráter multidimensional e multifacetado como o mafioso pode ser analisado sob os mais diversos ângulos – histórico, econômico, criminológico. A

¹⁵⁷Não foram poucas, aliás, as críticas feitas ao legislador por sua desídia. Pedimos vênia para trazer a análise esboçada por Luis Flávio Gomes da situação de instabilidade jurídica trazida por essa falha, principalmente após as alterações perpetradas pela Lei nº 10.217/2001: “A única lei que regia o crime organizado no Brasil, até pouco tempo, era a de n. 9.034/95. Em abril de 2001 ingressou no nosso ordenamento jurídico um novo texto legislativo (Lei 10.217/01), que modificou os artigos 1º e 2º do diploma legal acima citado, além de contemplar dois novos institutos investigativos: interceptação ambiental e infiltração policial. Nosso legislador, sem ter a mínima idéia dos (geralmente nefastos) efeitos colaterais de toda sua (intensa e confusa) produção legislativa, talvez jamais tenha imaginado que, com o novo texto legal, como veremos logo abaixo, estaria eliminando a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos na Lei 9.034/95. Dentre eles (arts. 2º, II, 4º, 5º, 6º, 7º e 10º) acha-se o art. 7º, que proíbe a liberdade provisória “aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”. [...] Como se percebe, com o advento da Lei 10.217/01, estão perfeitamente delineados três conteúdos diversos: organização criminosa (que está enunciada na lei, mas não tipificada no nosso ordenamento jurídico), associação criminosa (ex.: Lei de Tóxicos, art. 14; art. 18, III; Lei 2.889/56, art. 2º: associação para prática de genocídio) e quadrilha ou bando (CP, art. 288). Quadrilha ou bando sabemos o que é (CP, art. 288); associações criminosas (ex.: Lei de Tóxicos, art. 14; art. 18, III; Lei 2.889/56, art. 2º) sabemos o que é. Agora, que se entende por organização criminosa? Não existe em nenhuma parte do nosso ordenamento jurídico a definição de organização criminosa. Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9.034/95) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade). Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde 12.04.01 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. São eles: arts. 2º, inc. II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10º (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) “organizações criminosas”. É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados.” GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10217, de 11.04.01?** (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 25.01. 2009.

consequência é que cada disciplina que intervém na análise se interessa por aspectos determinados, dificultando a construção de uma visão do fenômeno em toda a sua complexidade.¹⁵⁸

Discussão mais profunda acerca da temática foge aos estreitos limites que a presente obra se propõe, portanto, restringir-nos-emos a, brevemente, explanar que, ante à lacuna legislativa, inicialmente, os juristas pátrios adotaram a tendência de compreender a organização criminosa como composta, puramente, pelos elementos típicos do crime comum de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal. Há, inclusive, julgados do Superior Tribunal de Justiça compartilhando desse entendimento, dentre eles, citamos o HC 5173, julgado em 12/08/97, cujo relator fora o Ministro Anselmo Santiago.¹⁵⁹

Posteriormente, a doutrina veio a integrar o conceito de organização criminosa com elementos contidos no delito de quadrilha ou bando, acrescidos de algumas particularidades, como organização e planejamento empresarial, hierarquia estrutural, previsão de acumulação de riquezas, conexão local, regional, nacional ou internacional etc.¹⁶⁰ Todavia, uma definição meramente doutrinária sofria repulsa ante a evidente ofensa ao princípio da reserva legal, o que só viria a ser sanado com a Convenção de Palermo, realizada em 15 de dezembro de 2000. Nas palavras de Capez:

Toda a discussão acima exposta tende, no entanto, a ficar superada. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000, definiu, em seu art. 2º, o conceito de organização criminosa como todo 'grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral.' Tal convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 231, publicado em 30 de maio de 2003, no Diário Oficial da União, n. 103, p. 6, segunda coluna, passando a integrar nosso ordenamento jurídico.¹⁶¹

Superado esse ponto, passemos ao segundo requisito: a lei fala em espontaneidade da colaboração, para tanto, faz-se referência ao tratamento dado ao assunto em sede de requisitos comuns a alguns tipos de delação.

Quanto à eficácia, a norma exige que a delação tenha nexos de causalidade com o "esclarecimento de infrações penais e sua autoria". Saliente-se que mencionado "esclarecimento" não deve ser confundido com necessidade de que as infrações esclarecidas sejam sancionadas, bastando que restem identificadas, individualizadas. Para tanto, revelando

¹⁵⁸ GUIDI, José Alexandre Marson. op. cit. p. 28.

¹⁵⁹ Diário de Justiça, Brasília, 13 de abril de 1998.

¹⁶⁰ Para maiores informações quanto às construções doutrinárias, sugerimos a consulta a GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. op. cit. p. 92-98.

¹⁶¹ CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 230.

a ocorrência dos crimes no tempo e no espaço, bem como viabilizando a descoberta dos efetivos autores desses delitos, estará o acusado a satisfazer o requisito em análise.

Ademais, é de se notar que a lei utilizou a conjunção aditiva “e”, sendo insuficiente que se dê ao conhecimento das autoridades inúmeros crimes que a organização criminosa cometeu sem que se promova o imprescindível, o desvendamento da autoria de cada um, a possibilitar a responsabilização penal.

Por outro lado, se nenhum auxílio real se obtiver na apuração dos delitos e da responsabilização por sua autoria, como economia de investigação, tempo, dinheiro, material etc.¹⁶², igualmente, insubsistirá qualquer efeito benéfico ao acusado-colaborador.

Ressalte-se aqui que o legislador fez exigência menor que a da Lei dos Crimes Hediondos, não falando em “desmantelamento” da organização criminosa. Assim, reforçamos as observações feitas, anteriormente, quanto ao número de coimputados delatados, não sendo eles todos os integrantes da organização envolvidos nas infrações esclarecidas, e ao número das infrações esclarecidas. Há que se exigir um resultado razoável, mediano, nem insignificante ao ponto de nem sequer arranhar a organização ilícita, nem extremo ao ponto de querer sempre o apontamento de todos, em absoluto, os atos ilícitos e autores ao longo dos tempos.

Existe uma certa discordância acerca da necessidade de esclarecimento de uma ou mais infrações penais, já que o artigo 6º traz a expressão no plural. Entende-se que a finalidade do instituto é o combate à criminalidade organizada que, logicamente, se caracteriza pela prática de diversos ilícitos detraídos no tempo. Dessa forma, delação haveria de causar dano efetivo, com a descoberta de dois ou mais crimes, devendo a dosimetria da redução obedecer ao grau de agravo que se impusesse á organização.¹⁶³ Caso contrário, estar-se-ia a banalizar o uso da delação premiada. Importante, contudo, se faz a lição de Gomes e Cervini:

O esclarecimento de uma só infração, em princípio, não é suficiente. A lei requer o esclarecimento de 'infrações penais' (duas ou mais). Dando-se o esclarecimento da própria organização criminosa (o que naturalmente irá acontecer), cabe concluir que uma infração penal já está presente (de acordo com nossa concepção, o legislador criou um novo tipo penal ao cuidar da organização criminosa). E se o grupo, embora já organizado, não chegou a praticar nenhuma outra infração? Neste caso, é evidente que só o

¹⁶²GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. op. cit. p. 136.

¹⁶³SANTOS. William Douglas Resinente dos; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. op. cit., p. 83.

esclarecimento da organização já beneficia o agente. E se o grupo praticou uma só infração? A lei só será atendida se a colaboração esclarecer a organização e essa outra infração.¹⁶⁴

Outra cizânia surge acerca da possibilidade de se aplicar a delação premiada prevista nessa lei a organizações que se dediquem à prática de contravenções penais. Alguns afirmam que o art. 6º da lei em comento utiliza a expressão 'infrações penais', aí incluídos crimes e contravenções penais. Outros, cujo posicionamento adota-se, acreditam que a necessidade de estar o delito conectado a uma organização criminosa impossibilita referida dilação da norma, uma vez que inexiste, legalmente, organização para o fim de cometer contravenções. Deveras, o único conceito legal que possuímos de organização criminosa cuida do fato de que a associação seja para a prática de infrações graves, o que não condiz com a própria natureza da contravenção penal.

5.3.3 Lei de proteção ao sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86) e lei de combate ao crime contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo (Lei nº 8.137/90), alteradas pela Lei nº 9.080/95

A Lei Federal nº 9.080/95, de 19 de julho de 1995, inseriu, como causa especial de diminuição da pena, o prêmio à delação nas Leis nº 7.492/86 e nº 8.137/90 nos seguintes termos: “Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

Segundo Baltazar Junior:

no caso específico, as condições para o reconhecimento da minorante são: a) a existência de quadrilha ou a coautoria, sendo inaplicável se havia um único agente; b) a espontaneidade da confissão; revelação de toda a trama delituosa, ou seja, a confissão total.¹⁶⁵

O primeiro dos requisitos cuida da pluralidade de agentes, podendo o crime, cujo tipo penal deve estar previsto em um dos respectivos diplomas em estudo (ou seja, esse

¹⁶⁴GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. op cit. p. 136.

¹⁶⁵BALTZAR JUNIOR, José Paulo. op. cit. p. 446.

regramento de delação premiada só se aplica aos crimes contra o sistema financeiro nacional ou contra a ordem tributária¹⁶⁶), haver sido cometido em quadrilha ou em mero concurso de agentes (coautoria ou participação), ainda que eventual.

Por seu turno, a espontaneidade foi devidamente tratada no campo referente aos requisitos comuns a alguns dos tipos delatatórios, pelo que lhe fazemos referência. Ademais, a lei exige que as declarações prestadas sejam endereçadas a autoridades policiais ou judiciárias, devendo-se entender como adequado também à referida oitiva o membro do Ministério Público, o que não deixa de ser um fiscal da lei, sem embargo de não integrar os quadros nem policiais, nem judiciários.

Quanto à entrega de “toda a trama delituosa“, cuida-se de expressão incerta e imprópria utilizada pelo legislador que, normalmente, não se dá conta dos prejuízos à aplicação da lei que tais lapsos de atenção trazem a nosso ordenamento jurídico. Vaticinam Costa Júnior, Queijo e Machado ser “extremamente difícil e de cunho subjetivo precisar o que seja ‘toda a trama delituosa’ em cada caso“. ¹⁶⁷ Continua o estudioso, enfim, afirmando que melhor seria que se tivessem adotado parâmetros objetivos para aferir a valia da colaboração do agente, listando como possíveis dentre estes a indicação comprovada de coautores ou partícipes, a indicação de provas do crime, a narração pormenorizada do “modus operandi” e etc.

Assim, tange, como leciona Capez, ao esclarecimento de toda a fraude empregada para iludir o aparelho estatal, ou seja, “a entrega do mapa da mina“¹⁶⁸ ou, ainda, como prefere Tórtima, “na confissão cabal dos fatos“¹⁶⁹. Nisso consiste o resultado exigido pela lei, em fazer conhecer as autoridades o caminho da ilicitude, seu “modus operandi”, já que seu texto

¹⁶⁶Suprimiu-se a menção aos crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo, tendo em vista que, mediante a Lei nº 10149, de 21 de dezembro de 2000, a qual alterou a Lei nº 8.884, de 11 junho de 1994, a qual, por seu turno, trata sobre a repressão aos crimes contra a ordem econômica, inseriu-se no ordenamento jurídico pátrio a figura do acordo de leniência, que nada mais é que uma espécie especial de delação premiada para os crimes previstos nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/90.

¹⁶⁷COSTA JUNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. **Crime do colarinho branco**: comentários à lei n. 7.492/86, com jurisprudência, aspectos de direito constitucional e financeiro e anotações à lei n. 9.613/98, que incrimina a lavagem de dinheiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 165.

¹⁶⁸CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 609.

¹⁶⁹TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: uma contribuição ao estudo da lei nº 7.492/86. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 152.

não pede outro resultado. Obviamente, os dados deverão ser avaliados e comprovados para que se considerem eficazes.¹⁷⁰

5.3.4 Lei nº 9.269/96, que modificou o art. 159, § 4º do Código Penal (extorsão mediante sequestro)

O primeiro diploma a materializar a delação premiada em sede do crime de extorsão, mediante sequestro foi a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), a qual acresceu um novo parágrafo ao art. 159 do Código Penal, o quarto, com a seguinte redação: "se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciar à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços)."

Posteriormente, a Lei nº 9.269/96, deu nova redação ao dispositivo: "Art. 159. § 4º. se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

¹⁷⁰No esteio dos pensamentos apresentados, pedimos vênias para trazer à cola julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que bem analisa a aplicação da delação premiada aos crimes contra o sistema financeiro nacional: "PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DELAÇÃO PREMIADA. FUNDAMENTAÇÃO CLARA E SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. APLICAÇÃO A INDICIADO E DENUNCIADO. POSSIBILIDADE. REVELAÇÃO DA TRAMA DELITUOSA. OCORRÊNCIA. LIMITES DA REDUÇÃO. 1. Fundamentada a concessão do favor legal decorrente da delação, de modo claro e suficiente, ainda que sucinto, não há falar em nulidade, por ofensa ao art. 93, inc. IX, da Constituição Federal. 2. São requisitos do art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86, a espontaneidade (ato não forçado, ainda que provocado por terceiros), a existência de revelação (fatos, agentes e provas antes não conhecidos), o alcance da revelação (toda a trama criminosa) e a incidência em grupo voltado à prática de crimes contra o sistema financeiro nacional. 3. Embora prioritariamente voltada à facilitação da investigação criminal, pode a delação dar-se mesmo após o indiciamento ou em fase de ação penal, desde que mantido o caráter inovador, de revelar o que antes não se sabia, de modo pleno e relevante. 4. Tampouco se perde na delação judicial o caráter de espontaneidade, pois continua sendo faculdade do réu, que em juízo pode negar ou confessar seu crime, mas não possui dever legal de denunciar a trama criminosa e muito menos revelar todo seu desenvolvimento e integrantes. 5. Tendo os acusados prestado declarações em juízo indicando a participação de outras pessoas nas diversas fraudes perpetradas durante longo período na gestão de entidade administradora de consórcio, revelando detalhes das irregularidades e apresentando inclusive documentos probatórios, é escorreita a incidência da minorante legal. 6. O limite de redução pela delação premiada, de um a dois terços, é dosado em face da importância e alcance da revelação: pelos detalhes desconhecidos, número de crimes ou agentes envolvidos, utilidade para as investigações e provas do crime, bem como ante a eventual prova trazida pelo delator." (TRF 4ª – 7ª Turma: AC 2005.04.01.046420-5; Rel. Des. Néfi Cordeiro. Fonte: D.E. 24/10/2007).

Do exposto, vê-se ter-se tornado despciendo, para a incidência da redução prevista no art. 159, §4º, do Código Penal, que o delito tenha sido praticado por quadrilha ou bando, bastando, para tanto, que o crime tenha sido cometido em concurso de pessoas.¹⁷¹

A singeleza do dispositivo não prevê grandes novidades quanto a seus requisitos, exigindo apenas que se confidencie o concorrente com a autoridade competente, fornecendo dados eficazes no desvendar da localização e libertação da vítima, que deverá ser, obrigatoriamente, localizada.¹⁷² Ademais, a lei não exige seja recuperado o produto da extorsão.¹⁷³

Conforme o explicitado supra, o interesse do legislador parecia estar muito mais ligado à recuperação e à preservação física e mental das vítimas desse crime tão comum nos dias atuais, prevendo a redução da pena de um a dois terços a ser aplicada de acordo com o empenho e resultado da delação. Ou seja, deve o magistrado atentar, no momento da dosimetria da benesse a ser concedida, se a pessoa aprisionada fora recuperada antes que tenha sofrido lesões graves, sido submetida a tortura, ou esteja correndo risco de vida, e etc.

¹⁷¹“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 159, §4º, CP. DELAÇÃO PREMIADA. DESNECESSIDADE DE QUE O CRIME TENHA SIDO PRATICADO POR BANDO OU QUADRILHA. LEI Nº 9.269/96. Com o advento da Lei nº 9.269/96, tornou-se despciendo, para a incidência da redução prevista no art. 159, §4º, do CP, que o delito tenha sido praticado por quadrilha ou bando, bastando, para tanto, que o crime tenha sido cometido em concurso, observados, porém, os demais requisitos legais exigidos para a configuração da delação premiada. Writ concedido.” (STJ – 5ª Turma: HC 33803 / RJ. Rel. Min. Félix Fischer. Fonte: DJ 09/08/2004 p. 280)

¹⁷²“PROCESSO PENAL – HABEAS COPUS – EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO – DELAÇÃO PREMIADA – IMPOSSIBILIDADE. 1. O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime. 2. A conduta do paciente não foi eficaz na resolução do crime e sequer influenciou na soltura da vítima. 3. Ordem denegada.” (STJ – 6ª Turma – HC 107916/RJ; Rel. Min. Og Fernandes. Fonte: DJe 20/10/2008).

¹⁷³Sem embargo, existem decisões do STJ requerendo que a liberação do seqüestrado se dê anteriormente ao pagamento do resgate. Ousamos entender que se trata de requisito imposto ao arrepio da lei: “HABEAS CORPUS. PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. VÍTIMA LIBERTADA POR CO-RÉU ANTES DO RECEBIMENTO DO RESGATE. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA DELAÇÃO PREMIADA. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A liberação da vítima de seqüestro por co-réu, antes do recebimento do resgate, é causa de diminuição de pena, conforme previsto no art. 159, § 4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.269/96, que trata da delação premiada. 2. Mesmo que o delito tenha sido praticado antes da edição da Lei nº 9.269/96, aplica-se o referido dispositivo legal, por se tratar de norma de direito penal mais benéfica. 3. Ordem concedida.” (STJ – 5ª Turma – HC 40633/SP; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Fonte: DJ 26/09/2005 p. 417); e “RECURSO ESPECIAL. PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. DELAÇÃO PREMIADA. RECURSO DO ÓRGÃO MINISTERIAL PROVIDO. RECURSO DOS RÉU PREJUDICADO. 1. A liberação da vítima após configurada a expectativa de êxito da prática delituosa - recebimento do dinheiro -, ainda que nenhuma outra violência tenha sido praticada contra ela, não se mostra como uma conduta própria a autorizar a benesse legal inserta no artigo 159, § 4º, do CP. 2. "A regra do § 4º do artigo 159 do Código Penal, acrescentada pela Lei nº 8.072/90, pressupõe a delação à autoridade e o efeito de haver-se facilitado a liberação do sequestrado" (STF, HC 69.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 05/06/1992). 3. Recurso especial do Ministério Público provido, restabelecendo a sentença, nesse particular. Recurso dos réus prejudicados.” (STJ – 6ª Turma - REsp 223364 / PR; Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Fonte: DJ 22/08/2005 p. 349).

5.3.5 Lei de lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98)

Do art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 consta a seguinte previsão: “A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

O dispositivo não traz maiores novidades em relação aos requisitos apresentados até aqui. Exige-se a pluralidade de agentes, bastando que se adéque ao mero concurso de pessoas, em coautoria ou participação, não se exigindo a tipificação de quadrilha ou bando ou mesmo organização criminosa, ao contrário da lei estudada acima. Por seu turno, o âmbito de abrangência do instituto são os crimes de previstos no art. 1º, caput e §§ 1º, 2º e 3º da Lei Nº 9.613/98.

A norma requer, ainda, a espontaneidade das declarações do réu colaborador às autoridades competentes, bem como que se prestem esclarecimentos que conduzam a duas hipóteses alternativas: a) apuração das infrações penais e de sua autoria; ou b) localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime antecedente. “Indicações vagas e abstratas – como, por exemplo: ‘afirmo que há muita corrupção em tal repartição pública’ – não podem merecer o benefício. Espera-se que sejam fornecidos dados concretos, ao menos indicadores de fontes de provas, que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria.”¹⁷⁴

Surge, então, uma pergunta: trata-se apenas de um requisito ou de dois? Em verdade, o requisito é único, relacionado à eficácia da delação. Entretanto, a lei faculta duas formas de satisfação de referida eficácia, seja pela apuração das infrações penais e de suas respectivas autorias, seja pela localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime de lavagem de dinheiro. Dessa forma, para a consecução dos benefícios nem sequer se necessita que haja uma delação de terceiro cúmplice, podendo o colaborador limitar-se a designar a localização

¹⁷⁴MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit., p. 43.

dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Eis uma das críticas à denominação dada à figura jurídica em estudo.

Outra dúvida também pode advir da leitura do artigo 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 no que tange à variação do quantum premial. Como se afirmou, tratando-se apenas de um único requisito, o juiz poderá conceder o benefício máximo, qual seja, o perdão judicial, ainda que o acusado tenha colaborado somente para a apuração das infrações penais e de sua autoria ou só para a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime antecedente. De mesmo modo, ainda que satisfeitas as duas hipóteses, não restará obrigatória ao magistrado a concessão do maior dos prêmios, sendo-lhe facultada, em verdade, até mesmo a aplicação da menor redução estipulada em lei, contanto que, evidentemente, fundamente de forma suficiente sua decisão.

5.3.6 Lei de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei nº 9.807/99)

A Lei nº 9.807/99 trouxe verdadeiro avanço à incorporação da delação premiada ao ordenamento jurídico pátrio, isso porque introduziu dois aspectos anteriormente não tratados pelos diplomas que haviam se arriscado por esse campo: a possibilidade de se aplicar a figura jurídica a todos os tipos penais, sem as restrições da legislação precedente, e a organização de um sistema oficial de proteção aos réus colaboradores.

Discorre a Lei nº 9.807/99 em seus artigos 13 e 14:

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 co-autores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação penal e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Do exposto, vê-se que o artigo 13 cuida da possibilidade de concessão do perdão judicial, com a conseqüente extinção da punibilidade, ao réu primário que, voluntariamente, colabore de forma efetiva com a Administração da Justiça, desde que resulte de referida colaboração a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com sua integridade física preservada e/ou a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Não obstante, seu parágrafo único estabelece que, cumpridos os requisitos de ordem objetiva supra especificados, haverá, ainda, a concessão do perdão judicial pelo magistrado que observar outros requisitos de natureza subjetiva, quais sejam: a personalidade do beneficiário em potencial, bem como a natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Trata-se aqui de circunstâncias judiciais similares às previstas no art. 59 do Código Penal¹⁷⁵.

Assim, a concessão do benefício extremo está condicionada à análise positiva do seu merecimento, aferível pelas características psicossociais do agente, bem como circunstâncias relativas ao fato delituoso. Nesse passo, dificilmente há que se falar em perdão judicial para hipóteses nas quais o crime fora cometido com requintes de crueldade ou tenha lesado em grande monta, irreversivelmente, os cofres públicos, bem ainda, haja ocasionado grave comoção social, por exemplo.¹⁷⁶

Já havíamos defendido em outro capítulo que o perdão judicial, não consistindo direito subjetivo do réu, senão quando cumpridos todos os requisitos legais, deve ser reservado para os casos de verdadeira desnecessidade e inutilidade da aplicação da reprimenda, quando o acusado demonstrar já haver por si só recuperado sua personalidade, apresentando-se o

¹⁷⁵“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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 aplicada, por outra espécie de pena cabível.”

¹⁷⁶“HABEAS CORPUS. PENAL. ARTIGO 159, § 1º, C/C 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PERDÃO JUDICIAL. DELAÇÃO. ARTIGOS 13 E 14 DA LEI 9.807.99. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não preenchimento dos requisitos do perdão judicial previsto no artigo 13 da Lei n.º 9.807/99. Paciente investigador de Polícia, envolvido com extorsão mediante sequestro. Circunstância que denota maior reprovabilidade da conduta, afastando a concessão do benefício. 2. A delação do paciente contribuiu para a identificação dos demais corréus, ao contrário do entendimento esposado pelo Tribunal de origem, pois, inclusive, exerceu papel essencial para o aditamento da denúncia. 3. Ordem concedida, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no artigo 14 da Lei n.º 9.807/99, reduzindo a reprimenda imposta em 2/3, tornando-a, em definitivo, em quatro anos de reclusão, em regime inicial fechado.” (STJ – 6ª Turma – HC 49842/SP; Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Fonte: DJ 26/06/2006 p. 214.

prêmio como única solução de autêntica justiça¹⁷⁷. Esposam do mesmo pensamento Azevedo¹⁷⁸, Monte¹⁷⁹, Callegari¹⁸⁰ e Mendroni, afirmando o último:

[...] preenchidos os requisitos de ordem objetiva, postos expressamente em lei, há dados de natureza subjetiva a serem apreciados judicialmente, consoante o prudente arbítrio do magistrado. Destarte, não reconhece singelamente o magistrado, ao conceder o perdão, o 'direito de perdão', mas bem antes o que a decisão judicial ajuíza é o merecimento do perdão judicial em face, inclusive do atendimento dos requisitos legais.¹⁸¹

De outra monta, o artigo 14, por sua vez, tratando da delação premiada como causa especial de diminuição da pena, vaticina, sem fazer referência à efetividade, que o acusado, independentemente de primariedade ou não, que, voluntariamente, colabore com a investigação penal ou processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e/ou na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Note-se que inexistente previsão quanto à análise da personalidade do beneficiado ou da natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do delito.

O caso do art. 14, destarte, cuida da regra geral de redução da penalidade, mostrando-se aplicável quando, não preenchidos os requisitos do art. 13, tenha o promovido optado pela delação voluntária da qual resultem as mesmas circunstâncias previstas nos incisos I, II e III do art. 13.

Conforme visto alhures, inserida a normativa em legislação geral, bem como ausente qualquer referência a tipo penal específico, tentou-se, mediante esse texto legal, democratizar o tratamento conferido à delação premiada por nossa sistemática jurídica. No entanto, muitos doutrinadores acreditam que, sem embargo de não haver sido essa a vontade do legislador nacional, com a redação dada aos dispositivos que prevêem a colaboração à investigação e ao procedimento criminal, a única possibilidade que restou efetivamente regulamentada por citados artigos fora a de extorsão mediante sequestro, uma vez que os requisitos de eficácia deveriam ser satisfeitos cumulativamente.

¹⁷⁷LEAL, João José. op. cit.

¹⁷⁸AZEVEDO, Davi Teixeira de. op. cit.

¹⁷⁹MONTE, Vanise Röhrig. op. cit.

¹⁸⁰CALLEGARI, André Luis. **Direito penal e econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 178.

¹⁸¹MENDRONI, Marcelo Batlouni. op. cit. p. 52. Em posição divergente estão Damásio de Jesus e João José Leal, senão vejamos: "Não obstante a lei utilizar-se da forma verbal 'poderá', no sentido semântico de mera faculdade, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento jurídico de se tratar de um poder-dever, que obriga o magistrado a conceder o benefício sempre que as condições objetivas e as subjetivas previstas no direito positivo estiverem presentes no caso concreto sob exame judicial." LEAL, João José. op. cit.

A partir de então, formulou-se doutrina contrária, afirmando-se tratar de hipótese em que referidas condições haveriam de ser aferidas alternativamente¹⁸², de modo a se possibilitar a abrangência de todos os tipos penais.¹⁸³

Evidentemente, da adoção de qualquer das teorias decorrem sérios efeitos diametralmente opostos: a primeira revoga o previsto no art. 159, § 4º, do Código Civil e restringe, por demasiado, a intenção legislativa ao passo que a segunda facilita exageradamente a consecução das benesses legais em crimes em que diversos valores jurídicos seriam tutelados, de modo a não contribuir com o intuito da figura da delação premiada nos exatos termos em que a inserção desse instituto dera-se em nosso ordenamento.

Como resposta à situação exposta, faz-se referência ainda a duas outras formas de compreensão dos dispositivos que admitem, basicamente, ser uma cumulatividade temperada, ou condicionada ao tipo penal, a melhor solução para a espécie. Tal pensamento preservaria o sentido da lei, ao passo que lhe conferiria ampla aplicabilidade, evitando as exasperações decorrentes das outras duas correntes doutrinárias.

Dentro da corrente defensora da cumulatividade temperada, observamos duas tendências, (a) a primeira, minoritária, a exigir a essencialidade do requisito inscrito no inciso I, a identificação dos demais coautores ou partícipes, “aplicando-se apenas os incisos II e III quando o tipo penal o permitir”¹⁸⁴; (b) a segunda, majoritária, exige a satisfação dos requisitos possíveis no mundo fático, quaisquer que sejam eles¹⁸⁵.

A bem da verdade, andou mal o legislador ao, descuidadamente, ensejar situação excepcional ao “jus puniendi” sem, para tanto, usar de melhor técnica legislativa.

Nossa opinião, todavia, é a de que ao hermeneuta, utilizando-se dos variados métodos interpretativos e integrativos de que dispõe, cabe dar a máxima aplicabilidade à norma posta, sendo referida aplicabilidade acompanhada da mínima distorção a seu propósito social, a sua

¹⁸²Compartilham do entendimento, dentre outros: JESUS, Damásio de. Perdão Judicial – colaboração premiada: análise do art. 13 da Lei 9.807/99: primeiras idéias. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, vol. 7, n. 82, p.4-5, set. 1999; AZEVEDO, Davi Teixeira de. A colaboração premiada num direito ético. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 83, out. 1999, p. 06; LEAL, João José. op. cit., p. 443-458.

¹⁸³Acerca da celeuma quanto à aplicabilidade da cumulação ou alternância entre os requisitos da Lei 9.807/99, recomendamos a leitura da obra de Damásio Evangelista de Jesus “Perdão judicial, colaboração premiada, análise do art. 13 da Lei 9.807/99. Primeiras Idéias.” (Boletim do IBCCrim, ano. 7, n. 82, setembro de 1999, p. 5.), onde o autor apresenta brilhante argumentação acerca dos efeitos de adoção de uma ou outra corrente.

¹⁸⁴GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit., p. 153.

¹⁸⁵MONTE, Vanise Röhrig. op. cit., p. 6.

natureza jurídica e, principalmente, da proteção ao(s) bem(ns) jurídico(s) por ela tutelado(s), desde que, com isso, não se afrontem os princípios gerais do Direito, nem os valores impositivos constitucionais. Dos ensinamentos de Müller extraímos:

Enquanto forem indicados como métodos da práxis e da ciência jurídica somente regras de interpretação, a estrutura da realização prática do direito terá sido compreendida de forma equivocada. A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Não pode aferrar-se nem ao dogma da evidencia nem ao dogma voluntarista. Não pode conceber o processo bem como a tarefa de realização do direito normativamente vinculada como uma mera reelaboração de algo já efetuado. Ele deve elaborar os problemas da pré-compreensão da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Ela deve partir in totum de uma teoria da norma que deixa para trás o positivismo legalista.¹⁸⁶

Desse modo, entende-se que a interpretação meramente gramatical se mostra, na hipótese, indevida, de trazer prejuízos ao acusado, que se vê privado do uso de instrumento premial a si benéfico, e restrições inaceitáveis à verdadeira “volunta legis”, consistente na extensão do instituto a todos os crimes para os quais pudesse o Estado auferir vantagens da colaboração do réu, ao lado da proteção efetiva dos bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora. Daí a rejeição à cumulatividade “stricto sensu”.

Deveras, há crimes em que, sendo diverso o objeto jurídico tutelado, não existe vítima a possibilitar a aplicação do inciso II, qual seja, a localização da vítima com sua integridade física preservada. Do mesmo modo, há delitos que não necessariamente envolvem patrimônio, a ponto de permitir a recuperação total ou parcial do produto do crime.¹⁸⁷ Assim, sobra-nos optar, dentre a teoria da alternatividade pura e a da cumulatividade, pelo que passamos a fazer algumas considerações:

Diante da preterição da conjunção aditiva “e” e da conjunção alternativa “ou” entre os incisos do art. 13 e do tratamento da matéria em legislação genérica, ao lado de qualquer referência explícita a determinado tipo penal, haver-se-ia de adotar o caminho da alternatividade pura, uma vez que, nessa conjuntura, haveria de ser o que melhor exprimiria favorecimento ao réu. No escólio de Hungria, não haverá de persistirem dúvidas quanto à interpretação sempre favorável ao acusado:

¹⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47.

¹⁸⁷ GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit. p. 153

No caso de irredutível dúvida entre o espírito e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que não seja possível descobrir-se a *volunta legis*, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário.¹⁸⁸

Entretanto, cumpre-nos fazer uma ressalva: a conjuntura da norma muda, em nossa opinião, grandemente, ao se observar que o descuidado legislador, sem embargo da lacuna deixada no artigo 13, ao elaborar as exigências quase que repetidas do art. 13 no artigo seguinte, art. 14, portanto, de modo explícito, prevê-lhes a cumulatividade mediante o uso de partícula aditiva. Assim, não se abstendo o legislador, não cabe ao intérprete mudar as palavras daquele, instituindo a alternatividade pura, já que seria pavorosa intromissão na competência criadora das leis.

Como, então, conciliar a cumulatividade aplicável, por analogia, ao disposto no art. 13 com a vontade do legislador em regulamentar os mais diversos casos abrangidos por uma legislação genérica que não menciona tipo penal determinado algum sem, ainda, olvidar que o instituto em comento busca dar maior efetividade à tutela dos bens jurídicos afrontados pelo delinquente?

A despeito do entendimento de alguns doutrinadores, a respeito, entende-se, que a melhor compreensão dos dispositivos em comento deve passar, necessariamente, pela cumulatividade temperada ou condicionada, ou seja, dependendo exclusivamente da figura delitiva objeto do processo.

Dentro dessa corrente, ainda, elege-se a segunda tendência, sem embargo de entender-se e, verdadeiramente, apoiar-se o esforço em se fazer dessa figura prevista na Lei nº 9.807/99 uma delação em puros caracteres, ou seja, sempre existir a pluralidade de agentes¹⁸⁹. Contudo, infelizmente, tem-se que admitir não haver o legislador dado subsídios, de forma a dificultar ainda mais a sistematização dos contornos jurídicos desse instituto.

Dessa forma, guardando coerência com o exposto acima, os requisitos de eficácia previstos em cada um dos incisos do art. 13, da Lei nº 9.807/99, somente serão de essencial

¹⁸⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, tomo I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 86.

¹⁸⁹ A defender a pluralidade de agentes na cumulatividade temperada: GRANZINOLI, Cássio M. M. op. cit., p. 153 e MACHADO, Nilton João de Macedo. **Lei n. 9.807/99: proteção às vítimas, testemunhas ameaçadas e acusados colaboradores** (delação premiada). Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/delacaopremiada.htm>. Acesso em 29.01. 2009.

atendimento nas hipóteses em que o próprio tipo penal permitir. Assim, se o caso concreto abraçar as condições elencadas nos incisos I e III, estará o acusado obrigado a satisfazer ambas, o mesmo se passando com somente a possibilidade de serem atendidos os comandos dos incisos I e II, ou apenas do inciso III, ou, ainda, só do inciso II e assim por diante.

Não estamos a afirmar que a presente interpretação não admite críticas, muito pelo contrário. Contudo, em frente às possibilidades que o texto normativo nos traz, a cumulatividade temperada é a que melhor se apresenta à coerência do ordenamento pátrio.

Superada a discussão, cumpre um exame mais detalhado dos demais requisitos presentes nas disposições legais em testilha:

A voluntariedade e a efetividade da colaboração já foram devidamente tratadas em outra sede, pelo que nos reservamos o direito de remeter o leitor para aquelas linhas. Quanto à primariedade, também não há maiores dificuldades, consistindo na circunstância de o sujeito nunca haver sofrido condenação penal por sentença judicial irrecorrível em qualquer modalidade criminosa, sem embargo da existência de procedimentos policiais e/ou judiciais, em andamento ou arquivados.

No tocante aos critérios de aferição da eficácia, o primeiro, cuidando da identificação dos demais coautores ou partícipes não traz maiores novidades, consistindo no fornecimento de dados que permitam sua individualização e a responsabilização penal dos agentes criminosos. Lembramos que não há de se confundir a eficácia da colaboração nesse sentido com a necessidade de condenação dos cúmplices.

Por outro lado, quando a lei fala que a vítima deverá ser localizada com sua integridade física preservada, não nos parece que quis ela uma vítima sem qualquer arranhão, mas a verdadeira intenção fora a recuperação de pessoa aprisionada antes que essa tenha sofrido lesões graves, sido submetida a tortura, ou esteja correndo risco de vida etc.

Por último, tangente à recuperação do produto do crime, faz-se necessário que o sujeito tenha oferecido dados suficientes à sua localização e/ou comprovação da ilicitude da origem, de modo a permitir sua apreensão. No dizer de Jesus, “é preciso que o sujeito tenha,

por exemplo, indicado testemunhas, o local do fato, informado o lugar do esconderijo do produto do crime, entregues documentos, esclarecida a forma de execução etc.”¹⁹⁰.

5.3.7 Lei de prevenção e combate às infrações de ordem econômica (Lei nº 8.884/94) alterada pela Lei nº 10.149/2000

Quando se tratava dos crimes de sonegação fiscal, na oportunidade de análise da delação premiada inserta no bojo da Lei nº 8.137/90, fez-se ressalva às disposições quanto aos crimes contra a ordem econômica e às relações de consumo, uma vez que, mediante a Lei nº 10.149, a qual alterou a Lei nº 8.884, inseriu-se no ordenamento jurídico pátrio a figura do acordo de leniência¹⁹¹, que nada mais é que uma modalidade de delação premiada para os crimes previstos nos artigos 4º, 5º e 6º da referida Lei nº 8.137/90. Portanto, achamos por bem fazer referência, ainda que breve, à espécie delatória.

Na dicção de Jesus, o acordo de leniência “significa que à colaboração do autor de infrações à ordem econômica, sejam administrativas ou penais, corresponde um tratamento suave, brando, da autoridade administrativa ou judicial”.¹⁹²

Cuida-se, em verdade, de um acordo elaborado na fase de investigação e processo administrativos, entre a Administração Pública e autor de delito econômico, que terá efeitos na esfera penal, suspendendo o prazo prescricional e impedindo o oferecimento da denúncia, levando, quando atendidas as estipuladas condições à automática extinção de punibilidade. Eis a principal diferença da figura ora em estudo com relação às demais outrora apresentadas, o fato de se tratar de um procedimento mais administrativo que judicial.

Seguindo o princípio de que a ninguém se permite obter benefícios da própria torpeza, a lei faz expressa vedação contra as pessoas físicas ou jurídicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. Estabelece ainda o diploma a necessária cumulação dos seguintes requisitos: (a) que a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com

¹⁹⁰JESUS, Damásio de. op. cit.

¹⁹¹Também conhecido como acordo de brandura ou doçura.

¹⁹²JESUS, Damásio Evangelista de. **Phoenix**: Órgão Informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, n.1, fev. 2001.

respeito à infração noticiada ou sob investigação; (b) que a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; (c) que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou de pessoa física quando da propositura do acordo; e (d) que a a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Há ainda a possibilidade de serem estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa.

Vejam-se os dispositivos legais que tratam da matéria:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. § 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou a pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária. § 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento. § 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. [...] § 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo. § 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio, à Secretaria. [...] Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

5.3.8 Lei de drogas (Lei nº 11.343/2006)

De acordo com o art. 41 da Lei nº 11.343/2006:

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

O dispositivo é aplicável a todos os tipos penais constantes da Lei de Drogas, contudo, a norma não nos parece trazer maiores novidades, exigindo-se voluntariedade e concurso simples de pessoas para a colaboração, que pode se dar tanto no inquérito policial, quanto no procedimento judicial.

Como requisito eficaz, requer-se, cumulativamente, o auxílio na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime¹⁹³, de modo que as informações fornecidas se prestem, decisivamente, para tais fins, ou, ainda, contribuam, de modo manifesto, para as investigações que atinjam tais objetivos.

Não obstante, com certa aceitação na jurisprudência pátria, alguns doutrinadores acreditam ser suficiente o atendimento a apenas um dos dois resultados previstos, isso porque, para Silva¹⁹⁴, sem embargo da existência da partícula “e” entre as orações contidas no período, o que poderia insinuar uma dependência entre a identificação e recuperação, exigindo-se os dois acontecimentos para o benefício, o dispositivo apresentaria nítido caráter alternativo. É o posicionamento de Arruda:

Parece-nos necessário também que a colaboração seja frutífera, gerando um de dois resultados: a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime ou a recuperação total ou parcial do produto crime. Não é imprescindível, portanto, que o agente delate eventuais comparsas. Basta que dê informações úteis à recuperação do produto crime. Assim, o agente que sem dizer quem lhe vendeu a substância entorpecente diz aonde o

¹⁹³Segundo Amaury Silva, o produto do crime “diz respeito ao bem angariado imediatamente da ação delitiva, ou desdobrado da coisa inicialmente alcançada. Segundo o art. 91, II, b, CP, tais bens serão confiscados em favor da União, na hipótese de condenação como decorrência automática de sua proclamação, ressaltando-se os direitos de lesado e terceiros de boa fé.” Continua o autor a discorrer sobre a diferença entre produto e provento/proveito do crime: “Não se confunde com produto. O dispositivo do CP invocado no tópico acima, na parte final da alínea b faz tal distinção. O proveito seria o lucro ou ganho decorrente da ação criminosa, muito comum nas ações de tráfico de drogas, sendo o produto o dinheiro arrecadado com a venda, cabedal que, posteriormente, é empregado para a lavagem fraudulenta, mediante a aquisição de bens móveis e imóveis, mesmo que em nome de terceiros.” SILVA, Amaury. op. cit. p. 271-272.

¹⁹⁴SILVA, Amaury. op. cit.. p. 271.

produto se encontra armazenado, possibilitando a apreensão de grande quantidade de droga, faz inequivocamente jus à aplicação do benefício.¹⁹⁵

Quanto à identificação dos demais coautores ou partícipes, entende-se que, apesar do uso do termo “demais“, surgindo a situação de o réu colaborador não identificar todos os sujeitos envolvidos na operação ilícita, deverá o magistrado, quando julgar ter sido a colaboração de real valia às investigações, aplicar o benefício da redução da penalidade, dosando-o de acordo com o grau de significância da delação.¹⁹⁶ A jurisprudência também tem seguido esse caminho, senão vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. COAÇÃO FÍSICA. NÃO-COMPROVAÇÃO. PERITOS. POLICIAIS FEDERAIS. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. LAUDOS CONCLUSIVOS. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA. CARTAS PRECATÓRIAS. INTIMAÇÃO. EFETIVO PREJUÍZO. NULIDADES REJEITADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DELAÇÃO PREMIADA. ART. 41 DA LEI Nº 11.343/06. VALORAÇÃO. PROPORCIONALMENTE À EFETIVA COLABORAÇÃO. PENAS SUBSTITUTIVAS. IMPOSSIBILIDADE. PERDIMENTO DE BENS. INSTRUMENTOS DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. [...]9. Uma vez ofertado o benefício da delação premiada, tendo a ré efetivamente colaborado com a investigação, cabe a redução da pena pela minorante prevista no art. 41 da Lei nº 11.343/06, ainda que tenha a delatora ocultado a prática do fato por outros autores. 10. A colaboração da ré em relação à investigação deve ser valorada na proporção da colaboração da delatora.[...] (TRF 4ª – 7ª Turma: AC 2007.71.03.000627-1; Rel. Des. Marcos Roberto Araújo dos Santos. Fonte: D.E. 27/08/2008).

Conforme já aduzido alhures, devem ser compreendidos como conseqüências positivas todos os resultados que impliquem auxílio a presentes e futuras persecuções penais e não apenas condenações dos demais imputados, mas também outras circunstâncias: facilitação de flagrantes; economia de investigação, dinheiro, tempo, material e pessoal; auxílio na produção de provas; prisão de co-delinquentes; oferecimento ou aditamento de denúncia acompanhados

¹⁹⁵ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas**: aspectos penais e processuais penais. Lei 11.343/2006. 1ª ed. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

¹⁹⁶“REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 12, C/C ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76. DELAÇÃO PREMIADA. APLICABILIDADE. ART. 32, §§ 2º E 3º, DA LEI Nº 10.409/02. ARTIGOS 40 E 41 DA LEI Nº 11.343/06 NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. PENA. SUBSTITUIÇÃO. 1. A requerente revelou de forma eficaz e espontânea o nome do comprador do entorpecente que ela iria transportar, bem assim os detalhes do plano traçado pelo mesmo além das circunstâncias como os fatos aconteceram, contribuindo de forma eficiente, no interesse da Justiça, para a elucidação do crime e para a prisão do referido agente. Diante desse quadro, cabe aplicar a minorante da delação premiada. 2. A nova Lei de Tráfico (nº 11.343/06) ampliou o quantum da causa de diminuição de pena para os limites de 1/3 a 2/3, bem como suprimiu a causa de aumento específica consistente no concurso eventual de agentes para a prática do comércio ilícito de entorpecentes. Logo, deve ser aplicada no caso concreto, em observância ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, inciso XL, da Magna Carta). (TRF 4ª – 4ª Seção: 2005.04.01.039715-0; Rel. Des. Élcio Pinheiro de Castro. Fonte: D.E. 10/01/2007).

de indícios e/ou provas robustas; colheita de dados para posteriores atividades policiais e etc.¹⁹⁷

¹⁹⁷Embora ainda sob a vigência da antiga lei de drogas, citamos: “PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DELAÇÃO PREMIADA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. - Para os efeitos do art. 32, § 3º, da Lei nº 10.409/02 (delação premiada) não se mostra necessária a prisão dos demais participantes do esquema criminoso identificados a partir de informações prestadas pelo delator. [...] (TRF 4ª – 8ª Turma: 2005.70.00.010271-4; Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz. Fonte: DJ 22/02/2006 P. 744).

6 A VALORAÇÃO DAS INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELO DELATOR NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JUIZ

Levando-se em conta que a principal finalidade da atividade probatória não é outra senão impressionar a convicção do juiz acerca da credibilidade e da veracidade das afirmações aduzidas, pelas partes, em juízo, cumpre estabelecer certos delineamentos em torno da relevância assumida pelas declarações do coimputado nesse processo cognitivo.

Cuida-se de analisar como qual será o tratamento jurídico conferido às informações fornecidas pelo delator dentro não mais da concepção de premiação do delator, como tratado no capítulo antecedente, mas sob o ponto de vista da persecução criminal do(s) inculcado(s). Assim, a contenda apóia-se na discussão da necessidade de elementos que corroborem as acusações do réu-colaborador, do modo de realização do contraditório e da fixação de parâmetros capazes de auxiliar o magistrado na apreciação da credibilidade das informações inculpadoras.

6.1 Da necessidade de elementos corroboradores

Conforme já tratado anteriormente, a delação, pela gama de peculiaridades que a envolve, não se caracteriza nem como simples confissão, posto atribuir a responsabilidade por fatos típicos a outrem, nem como um testemunho puro¹⁹⁸, uma vez que tenha o delator interesses legítimos na resolução da querela¹⁹⁹. Como bem acentua Silva, dois aspectos da

¹⁹⁸“No Estado absolutista, o acusado era constringido a prestar juramento, da mesma fora que a testemunha, e o seu depoimento podia ser obetido por meio de tortura. Com o fim de tal regime, o acusado tornou-se incompatível com a qualificação de testemunha.” TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 148.

¹⁹⁹Maria Teresa Sturla: “la ragione va ricercata nella posizione di parzialità di questo soggetto, di interesse al modo com cui si opera l’ accertamento dei fatti, Che sarebbe in contrasto com quella posizione imparziale ritenuta prenessa necessária dell’ esatto adempimento Del dovere di veridicità” STURLA, Maria Teresa. **Prove testimoniale, digesto delle Discipline Penali**, vol. X, 4ª ed. Milano: UTET. p. 415.

intervenção do corréu devem ser ressaltados: a) ele não presta o compromisso de dizer a verdade em seu interrogatório²⁰⁰; e b) poderá figurar como beneficiário penal.²⁰¹

Entretanto, sem embargo da posição anômala em relação aos elementos de prova tipificados em nosso Código de Processo Penal, inerente a essa figura, está uma carga incriminadora que não deve passar despercebida, mas ser trabalhada com extrema cautela.

Quanto ao início de inquérito policial²⁰² ou de persecução penal, tendo-se por base apenas a delação de corréu, entende-se não haver maiores dificuldades, pois, nesses momentos, sobressai-se o princípio “in dubio pro societate”, mediante o qual, poder-se-ão desenvolver atividades investigativas, bem como instaurar-se a ação criminal com fundamento em meros indícios.²⁰³ Por outro lado, quando a questão se insere em face de condenação, a resposta não se afigura tão simples.

²⁰⁰Há que se observar o fato de que alguns juízos têm trazido os delatores como testemunhas juramentadas em processos criminais autônomos onde se analise a responsabilidade do(s) delatado(s). “PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTS. 14 E 18-I DA LEI 6.368/76. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL; INÉPCIA DA DENÚNCIA; NULIDADE DA SENTENÇA, QUE SE BASEOU EM DENÚNCIA INÉPTA; NULIDADE DO PROCESSO, PELA TOMADA DE COMPROMISSO LEGAL DE EX-INTEGRANTES DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA; E NULIDADE DO PROCESSO POR INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. [...] 4. Não merece acolhida a preliminar de nulidade do processo, pela tomada de compromisso legal de ex-integrantes da associação criminosa. Com efeito, a alegação do réu vai de encontro à finalidade do instituto da delação premiada, previsto no art. 6º da Lei n. 9.034/1995, que reduz a pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços) quando a colaboração espontânea do agente possibilita o desmantelamento do bando ou quadrilha, ou leve efetivamente ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria. [...]” (TRF 1ª – 4ª Turma - ACR 2000.37.00.001030-0/MA; Rel. Des. Hilton Queiroz. Fonte: DJ 15/02/2006 p. 25). Esse fato, por si só, contudo, não ilide as ressalvas inerentes a esse meio probatório.

²⁰¹SILVA, Eduardo Araujo. op. cit. p. 145.

²⁰²“HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. FALTA DE JUSTA CAUSA. INVESTIGAÇÃO NECESSÁRIA. FATO APARENTEMENTE DELITUOSO. ORDEM DENEGADA. A fase inquisitorial, sujeita às averiguações preliminares da autoridade policial, muitas vezes inicia-se por meio de meras delações e informações imprecisas e, depois, constitui-se em acurado corpo probatório, apto a desencadear o conseqüente processo criminal. Não bastasse isso, trata-se de procedimento administrativo ao qual não se lhe pode emprestar a complexa potencialidade ofensiva, a ponto de gerar-lhe pretendida nulidade ou interrupção sem motivo justificado. Ordem denegada.” (STJ – 5ª Turma - HC 44656 / SP; Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Fonte: DJ 12/12/2005 p. 405)

²⁰³“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 297, CAPUT, DO CP. DENÚNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. DESCABIMENTO. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. (Precedentes). II - No presente caso, as situações excepcionais que permitem o prematuro trancamento da ação penal não se encontram presentes. Primeiro porque os indícios de autoria encontram-se, em tese, evidenciados, notadamente na delação realizada pelo co-réu que, nesta fase, revela-se suficiente para o prosseguimento da persecução criminal. [...]” (STJ – 5ª Turma - HC 83051 / PE; Rel. Min. Felix Fischer. Fonte: DJ 19/11/2007 p. 257).

A nosso ver, justamente por referidas peculiaridades características da delação, não poderá ela ser considerada prova idônea para, por si só, embasar uma condenação, devendo ser corroborada pelos demais elementos de prova trazidos à instrução criminal, pelo que se formará um corpo unificado, verdadeiro acervo probatório causal e interrelacionado.²⁰⁴ Em outras palavras, a contenda se resume a definir se será suficiente a credibilidade intrínseca das declarações ou se será necessário aditar às mesmas uma credibilidade extrínseca.

No ensinamento de Fragoso, “a questão deve ser posta em termos de prova suficiente, e o chamamento de corrêu é, desenganadamente, prova insuficiente para a condenação”²⁰⁵. Traz-se à cola o posicionamento de Muñoz Conde:

Creo que darle valor probatorio a la declaración del coimputado en si misma, supone abrir la puerta a la violación del derecho fundamental a La presunción de inocencia, y a prácticas que pueden convertir el proceso penal en una auténtica fuente de chantajes, acuerdos interesados entre algunos acusados y la Policía y el Ministerio Público con consiguientes retiradas de la acusación contra unos para conseguir la incriminación (y condena) de otros. Nada bueno para el Estado de Derecho.²⁰⁶

Ademais, a todas as provas se atribui um caráter relativo²⁰⁷, não devendo ser diferente da delação premiada. A doutrina tem empregado raciocínio similar ao dado à própria

²⁰⁴“I. Habeas corpus: cabimento: direito probatório. Não cabe o habeas corpus para solver controvérsia de fato dependente da ponderação de provas desencontradas; cabe, entretanto, para aferir a idoneidade jurídica ou não das provas onde se fundou a decisão condenatória. II. Roubo: chamada de co-réus: inidoneidade para restabelecer validade de confissão extrajudicial retratada em Juízo: precedente (v.g., HC 84.517, 1ª T., j. 19.10.04, Pertence, DJ 19.11.04). Não se pode restabelecer a validade da confissão extrajudicial, negando-se valor à retratação, com fundamento na delação dos co-réus e porque o paciente deixou de "dar versão hábil para o seu envolvimento nos fatos". Insuficiência dos elementos restantes para fundamentar a condenação. III. Quadrilha (C. Penal, art. 288): ausência de dados de fato a comprovarem, no caso, a associação de "mais de três pessoas", exigida para a configuração do delito de quadrilha (v.g., HC 81.260, Pleno, j. 14.11.01, Pertence, DJ 19.4.02). (STJ – 1ª Turma - HC 85457 / SP; Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Fonte: DJ 15/04/2005, P.28) e “[...] II. Chamada de co-reu: idoneidade para lastrear condenação. A chamada de co-reu, ainda que formalizada em Juízo, é inadmissível para lastrear condenação: precedentes (vg. HC 74.368, Pleno, j. em 01.07.1997, Pertence, DJ 28.11.1997; 81.172, 1ª T., j. 11.06.2002, Pertence, DJ 07.03.2003) Ausência de elementos de prova válidos para fundamentar a condenação.” (STF – 1ª Turma – RHC 81.740 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Fonte: DJ 22.04.2005, p. 16)

²⁰⁵FRAGOSO, Heleno. **Jurisprudência Criminal**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982. p. 505.

²⁰⁶MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3ª ed.. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 88. Veja-se, também, nesse sentido, Altavilla, citando Pagano: “É, por isso, necessário que haja indícios de valor, que excluam uma tal suspeita, ou forneçam outras provas quanto à culpa da pessoa referida. Isto é o que leva os práticos do foro a dizer que convém que a chamada de co-réu seja vestida. [...] Outro motivo psicológico é a esperança de, com a delação, conquistar as boas graças do juiz. Esperança que não é totalmente infundada, porque não é raro o caso do delator ser recompensado com uma indulgência que seu crime não merecia.” ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Jurídica**. v. II: O acusado, os ofendidos e os denunciadores. Tradução: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1948. p. 133-140.

²⁰⁷“PENAL. ESTELIONATO. DELAÇÃO DE CORRÉU. INEXISTÊNCIA DE PROVAS COMPLEMENTARES. AUTORIA NÃO COMPROVADA. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILITADA. 1. A DELAÇÃO DE CORRÉU TEM VALOR PROBATÓRIO RELATIVO, EXIGINDO COMPLEMENTAÇÃO PROBATÓRIA PARA COMPROVAR A AUTORIA E CONDENAR O RÉU; 2. OS ANTECEDENTES CRIMINAIS NÃO SE PRESTAM A SUPRIR VALOR PROBATÓRIO DA DELAÇÃO DO CO-RÉU, TENDO

confissão do acusado²⁰⁸, que, na moderna processualística, ao contrário dos antigos tribunais inquisitórios, não a considera, igualmente, prova cabal, mas sujeita à análise junto com as demais provas do processo, verificando-se se entre estas aquela existe compatibilidade ou concordância²⁰⁹. Segundo Norberto Bobbio:

Por razão suficiente de uma lei, entendemos aquela que tradicionalmente se chama ratio legis. Então diremos que, para que o raciocínio por analogia seja lícito no Direito, é necessário que dois casos, o regulamentado e o não regulamentado, tenham em comum a ratio legis. De resto, é o que foi transmitido com essa regra: ‘Onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito.’ (Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio).²¹⁰

Ora, se, quando o réu trata de responsabilidade penal exclusivamente sua, o ordenamento jurídico já se preocupa em ponderar suas declarações, quiçá tratando-se de inculpação alheia. Seria mitigar por demais o cuidado que o magistrado deve empregar na valoração de tais informações. Caso contrário, estar-se-ia a criar uma monstruosidade jurídica que possibilitasse a utilização da Justiça para o cometimento de abusos, valendo-se o pretense delator exatamente de seu conhecimento extraprocessual dos fatos, mormente quando se promete conferir-lhe um prêmio a estimular-lhe a criatividade.

Poder-se-ia questionar se não estamos, mediante a exigência de elementos probatórios outros, a interferir, ilegitimamente, na esfera de discricionariedade do magistrado quanto a seu livre convencimento. Entrementes, levando-se em conta o grau de falibilidade do meio probatório, trata-se tão somente de um controle, um direcionamento sobre a racionalidade da motivação que conduz à culpabilidade do acusado.

SUA APLICABILIDADE RESTRITA À FIXAÇÃO DA PENA-BASE; 3. NÃO COMPROVADA A AUTORIA DELITIVA, DEVIDA A CONSERVAÇÃO INCÓLUME DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA; 4. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL IMPROVIDA.” (TRF 5ª – 2ª Turma – AC 2002.05.00.007691-0; Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima. Fonte: DJ 06/06/2003 p.538).

²⁰⁸Da jurisprudência extraímos: “Se a própria confissão do acusado, autoincriminando-se, não é probatio probantissima, em face do preceito do art. 197, do CPP, ou, como estabelece a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, não constitui, fatalmente, prova plena de culpabilidade (inc. VII), muito menos servirá como meio de prova, a indicação de partícipe, em interrogatório, extrajudicial de corréu como testemunho contra outro, ao arrepio das garantias constitucionais do contraditório, ante o impedimento imposto pelo art. 187, do CPP.” (TACRim-SP, RJD 05/171). Mittermaier, em “Tratado da prova em matéria criminal”, apresenta cinco condições essenciais à tomada da confissão como elemento probatório em processo penal (verossimilhança, credibilidade, precisão externa, persistência e uniformidade das declarações e corroboração por outros elementos), sendo uma delas a conformidade com outras provas constantes do processo. MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução: Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997. p. 197-202.

²⁰⁹Vejamos o que dispõe o art. 197 do Código de Processo Penal: “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

²¹⁰BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis, 1989. p. 154.

Deveras, o juízo de condenação do magistrado exige supedâneos para a formação de uma convicção muito mais fortes que o do homem comum.²¹¹ Vaticina Pereira que:

analisando a doutrina sobre o tema, CUERDA-ARNAU chega a afirmar que se pode considerar absolutamente isolada a opinião dos que entendem que a declaração não corroborada de um dos sujeitos do delito, ainda que dotada de lógica narrativa e de coerência interna, constitui meio de prova suficiente para desmerecer a presunção de inocência.²¹²

Contudo, se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda um decreto condenatório, de outro, serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas (HC 75.226-8/STF).²¹³ Cuida-se, na opinião de Manzini e Altavilla, de mero indicio

²¹¹“PENAL. PROCESSO PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. ADULTERAÇÃO DE GUIAS DA CEF E DO INSS. PRESCRIÇÃO PARA UM DOS RÉUS E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA OUTRO. 1. O CONJUNTO PROBATÓRIO REALIZADO NOS AUTOS, CONSISTENTE, UNICAMENTE, NA DELAÇÃO DE CO-RÉU (EM CUJO DEPOIMENTO ESTE EXIME O PRÓPRIO IRMÃO) E EM ACAREÇÃO (ONDE TODOS MANTIVERAM AS VERSÕES FÁTICAS ORIGINALMENTE EXPOSTAS), ESTANDO DIVORCIADO DE QUALQUER OUTRO TIPO DE PROVA, NÃO É SUFICIENTE PARA LASTREAR A PROLATAÇÃO DE EDITO CONDENATÓRIO, CONSOANTE REITERADA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS; 2. O GRAU DE CERTEZA DE PRECISA O HOMEM COMUM PARA FIRMAR JUÍZO DE VALOR DESFAVORÁVEL A UM RÉU É INFINITAMENTE INFERIOR ÀQUELE QUE O MAGISTRADO, NO GRAVE EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS, PRECISA PARA CONDENAR ALGUÉM. MERO RACIOCÍNIO PROBABILÍSTICO, DESAPEGADO DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE CONVICÇÃO, NÃO BASTA À FORMAÇÃO DO JUÍZO DE REPROVAÇÃO; 3. NÃO OCORRENDO RECURSO DA ACUSAÇÃO E TRANSCORRIDO MAIS DE 4 (QUATRO) ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PROLAÇÃO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, RESTOU EXAURIDO O PRAZO LEGALMENTE ESTIPULADO PARA A PERSECUÇÃO PENAL, ESSE AFERIDO EM RAZÃO DA PENA IN CONCRECTO (2 ANOS DE RECLUSÃO), À LUZ DOS ARTS. 109, V, E 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. ASSIM SENDO, ATINGIDO O JUS PUNIENDI ESTATAL EM FACE DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA, É DE SE RECONHECER EXTINTA A PUNIBILIDADE; 4. APELAÇÕES PROVIDAS.” (TRF 5ª – 5ª Turma – AC 2003.05.00.005882-0; Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima; Rev. Des. Petrócio Ferreira. Fonte: DJ 22/06/2004 p.514.)

²¹²PEREIRA, Frederico Valdez. op. cit.

²¹³Eduardo Araújo da Silva anota que “no direito inglês, até meados do ano de 1700 era excluído radicalmente o valor probatório das declarações do co-reu delator (accomplice evidence). A partir do julgamento do caso Rerx Antwood and Robbins, ocorrido no ano de 1778, passou a prevalecer uma orientação menos rigorosa, no sentido de que uma condenação fundada em delação do co-reu era perfeitamente legítima, pois a valoração da prova era reservada ao júri; todavia, era dever do juiz alertar os jurados sobre o ‘caráter suspeito’ da prova e os riscos de uma condenação amparada nas palavras do co-réu sem apoio em outras provas. Com o julgamento do caso Davies x D. P. P., no ano de 1954, a rule of practice transformou-se em rule of Law, impondo aos juízes o dever de orientar os jurados sobre a conveniência da confirmação da delação (corroboration), a qual, entretanto, permanece na esfera da discricionariedade dos jurados, que podem condenar com base apenas nas palavras do co-réu.” SILVA, Eduardo Araujo da. op. cit. p. 148-149. De fato, a falta dessa advertência aos jurados foi considerada motivo de anulação de julgados até meados dos anos noventa do século passado, quando se deu a abolição de tal exigência mediante a “Criminal Justice and Public Order Act”, passado referido aviso ao júri para o discernimento do magistrado. Já nos Estados Unidos da América, durante longas datas, defendeu-se a desnecessidade de instrução dos jurados quanto à admissibilidade ou não das palavras do colaborador, até que, em meados do Século XX, vários estados passaram a incumbir o magistrado de tal função.

ou elemento informativo. Esse tem sido, via de regra, o posicionamento adotado pelos tribunais superiores do país²¹⁴, vejamos:

CRIMINAL. PROVA. CONDENAÇÃO. DELAÇÃO DE CO-RÉUS. INVOCAÇÃO DO ART, 5º, INCISOS LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO: AFRONTA INOCORRENTE. É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação. [...] (STF – 1ª Turma - RE 213937 / PA; Rel. Min. Ilmar Galvão. Fonte: DJ 25/06/1999 P.30)

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [...] PROVA - DELAÇÃO - VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se, de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas. (STF – 2ª Turma - HC 75226 / MS; Rel. Min. Marco Aurélio. Fonte: DJ 19/09/1997 P.-45528)

PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA. DELAÇÃO DE CO-RÉU. INSUFICIÊNCIA PARA A CONDENAÇÃO. HABEAS-CORPUS. - O Juízo de condenação penal deve fundar-se em prova idônea, demonstrativa da existência real do fato delituoso e de sua verdadeira autoria. - Não contém validade jurídica a sentença condenatória que tem como único embasamento a delação de co-réu, que não consubstancia prova isenta, demonstrativa da verdade substancial, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do contraditório (CF, art. 5º, LV). - Habeas-corpus concedido. (STJ – 6ª Turma - HC 9850 / SP; Rel. Min. Vicente Leal. Fonte: DJ 16/11/1999 p. 232)

De outra monta, encontram-se doutrinadores que defendam a possibilidade de, permitidas reperguntas aos colaboradores pela defesa do delatado, dar-se ao instituto autêntico contraditório, capaz de lhe conferir valor equivalente à prova testemunhal. Desse escólio, Capez²¹⁵ e Nucci²¹⁶. Em regra geral, todavia, as cortes nacionais têm admitido esse contraditório apenas na modalidade diferida, ou seja, em momento posterior ao da produção da prova.

²¹⁴Da doutrina extraímos, ainda, o escólio de Damásio E. de Jesus: “A delação (não-premiada) de um concorrente do crime por outro, em sede policial ou em juízo, denominada “chamada de co-réu” ou “confissão delatária”, embora não tenha o condão de embasar, por si só, uma condenação, adquire força probante suficiente desde que harmônica com as outras provas produzidas sob o crivo do contraditório (STF, HC n. 75.226; STJ, HC n. 11.240 e n. 17.276). Esse entendimento, objetado por parte da doutrina, ganhou reforço após o advento da Lei n. 10.792/2003, a qual garantiu à acusação e à defesa a possibilidade de solicitar ao Juiz o esclarecimento de fatos não tratados no interrogatório, conferindo-lhe natureza contraditória e, conseqüentemente, maior valor e credibilidade (art. 188 do CPP). O mesmo raciocínio deve ser aplicado à “delação premiada”: não se pode dar a ela valor probatório absoluto, ainda que produzida em juízo. É mister que esteja em consonância com as outras provas existentes nos autos para lastrear uma condenação, de modo a se extrair do conjunto a convicção necessária para a imposição de uma pena.” JESUS, Damásio. op. cit.

²¹⁵Capez afirma que a delação possui “valor de prova testemunhal na pare referente imputação e admite reperguntas pelo delatado (Súmula n. 65 da Mesa de Processo Penal da USP)” CAPEZ, Fernando, op. cit. p. 289.

²¹⁶Esse autor diferencia a delação em fase judicial da extrajudicial, sendo a primeira considerada prova direta e a segunda, prova indireta, ou seja, mero indicio. NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit. p. 214.

Destaque merece o caso em que vários coacusados promovem delações no mesmo sentido, inocentando outro ou outros supostos participantes da atividade criminosa, processo que se denomina “verificação cruzada”. Seria tal modalidade de verificação externa elemento objetivo suficiente de corroboração? A discussão arrasta-se na doutrina sem que se alcancem resultados concretos: alguns afirmam que nada impediria o aproveitamento de outras delações para que se integre o arcabouço condenatório. Muitos chegam até a fazer referência aos números de delações que, juntas, poderiam não firmar tal resultado; enquanto outros afirmam que nem sempre as declarações de coacusados conduzem com a realidade dos fatos, uma vez que esses imputados, de comum acordo, podem incriminar terceiro, mesmo sabendo-o inocente, a fim de auferir resultados penais relevantes, o que é de um todo inadmissível no Direito.

Trilhar o primeiro caminho, porém, traria demasiada e indesejável insegurança jurídica.²¹⁷ A delação não se caracteriza pela virtude de ilidir, por si só, a presunção de não-culpa ou inocência. Assim, na ausência de outros elementos probatórios, melhor se nos afigura a absolvição.

[...] 2. Tráfico de entorpecentes: condenação fundada unicamente em chamada de corrêu, o que a jurisprudência do STF não admite precedentes. Ademais, ao fato de o paciente ser a pessoa indicada pelos corrêus - conforme acertado nas instâncias de mérito -, per si, não permite extrair tenha ele praticado conduta descrita na denúncia. Manifesto constrangimento ilegal: concessão de habeas corpus de ofício. (STF – 1ª Turma - RHC 84845 / RJ; Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Fonte: DJ 06/05/2005 P.26)

²¹⁷Paolo Tonini alerta para o ocorrido na Itália com os colaboradores da justiça antes de ser adotado um sistema de corroboração por outros elementos probatórios e de contraditório, quando, segundo Ferrajoli, as delações foram tomadas como “coração” do processo criminal, sem mais empenho na busca por demais meios de prova (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 858-861): “Do sistema acima delineado derivaram situações inaceitáveis, nas quais acusados da prática de crimes gravíssimos promoveram acusações falsas, sem que disso decorresse qualquer responsabilidade e sem que perdessem os benefícios concedidos pelo Estado aos denominados ‘colaboradores de justiça’. Em 1996, foram documentados e veiculados na imprensa, pelo menos, dez casos de acusados conexos que haviam acusado injustamente pessoas inocentes, as quais, conseqüentemente tinham sido presas e cuja reputação tinha sido irremediavelmente arruinada. Somente com o passar de muito tempo, foi verificada a falsidade daquelas declarações. Os acusados eram magistrados, funcionários do Estado, políticos, profissionais renomados e, por tal motivo, os jornais deram destaque à notícia da falsidade das acusações. Não se pode calcular quantos foram os cidadãos comuns que foram injustamente acusados.” TONINI, Paolo. Ob. cit. p. 150-151. Assim, o Código de Processo Penal Italiano de 1989 passou a designar relevância às declarações do co-imputado apenas quando amparadas em elementos confirmatórios, ou seja, não considerá-las como prova plena, conforme a previsão do art. 192.3, inserto em meios às disposições gerais sobre provas, que vaticina: “As declarações realizadas por co-imputados por um mesmo delito, ou por pessoa imputada em um procedimento conexo a teor do disposto no art. 12, se valoram em conjunto com os demais elementos de prova que confirmem sua credibilidade.” Eduardo Araújo da Silva anota que ‘ para amenizar, entretanto, o rigor dessa regra, emergiram na jurisprudência italiana entendimentos quanto a admissão fracionada das declarações do co-réu e daquelas prestadas na fase pré-processual, na hipótese de retração em juízo”. SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit. p. 149.

Mais um questionamento se mostra: cumpririam os indícios colhidos em fase investigativa o papel de elementos corroboradores? Na verdade, a matéria não é pacífica e, apesar de dominar a corrente que vê na delação uma prova incompleta e não um elemento de prova nos exatos termos da legislação processual penal, abundam julgados que reconhecem nas declarações do coimputado valor suficiente a não firmar a garantia constitucional de presunção de não-culpa, ou, mais conhecida, presunção de inocência, ao lado de indícios colhidos na fase investigatória, caso não produzidas, em juízo, circunstâncias contrárias.²¹⁸

Primeiramente, necessário se faz ter em vista que, durante a fase extrajudicial não se produzem provas, mas sim elementos indiciários, que são, em verdade, atos de investigação meramente informativos. Há que se considerar que a etapa policial tem caráter preponderantemente inquisitivo, estando, portanto, suas informações maculadas na raiz pela desobediência ao contraditório e à ampla defesa.

Dessa forma, os indícios não se igualam às provas - produzidas com total respeito ao contraditório e à ampla defesa-; porém, quando trazidos ao processo de modo a suprir o estigma inquisitório de sua colheita²¹⁹, possibilitando-se, efetivamente, o conhecimento e a contraposição por parte do incriminado, passarão aqueles a denotar certa carga similar, sem embargo de ainda ser inferior²²⁰, ao dos elementos de prova propriamente ditos.

Assim, cumprirá à análise do caso concreto, decidir-se acerca da idoneidade dos indícios que forem submetidos ao fogo cruzado do contraditório das partes para formar a convicção do magistrado sentenciante. Não obstante, improporcionado o contraditório sobre citados resultados investigatórios, imprestáveis se mostram tais indícios para amparar uma delação como fundamento de sentença condenatória. Isso porque, como acentuou Gomes Filho, “o contraditório não é uma qualidade acidental, mas constitui nota essencial do conceito mesmo do processo”²²¹.

218Por todas: “EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DELAÇÃO FEITA POR CO-RÉUS. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS COLHIDAS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL: VALIDADE. I. - Validade da prova feita na fase do inquérito policial, quando não infirmada por outros elementos colhidos na fase judicial. II. - HC indeferido.” (STF – 2ª Turma - HC 82622; Rel. Min. Carlos Veloso. Fonte: DJ 08/08/2003, p. 88)

²¹⁹Ada Pellegrini Grinovar discorda da postergabilidade do contraditório, defendendo que, uma vez surgido na ausência das partes, o elemento não pode jamais ser alçado à categoria de prova. GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense**, 2000. p. 466.

²²⁰Acreditamos que, por maior que seja o esforço, haverá sempre um contraditório incompleto, tolhido na origem.

²²¹GOMES FILHO, Magalhães. op. cit. p. 135.

6.2 Do necessário contraditório

Retornando à questão do contraditório no seio da delação premiada, a cizânia parece ser maior ainda. De um lado, estão as garantias devidas ao réu inculpador²²², por muitas vezes temeroso de retaliações e de vinganças advindas dos incriminados, enquanto, por outro lado, estará o inculpado, sujeito de direitos que também é, a quem se deve proporcionar o livre exercício do contraditório e da ampla defesa.²²³

Como se sabe, a delação faz-se, normalmente, envolta de sigilo, tendo os órgãos persecutórios acesso primeiro às alegações do delator, para somente depois passarem a ouvir as escusas do delatado. Isso traz, deveras, uma desvantagem a esse, que se vê com informações limitadas e diante de juízos pré-constituídos. Nesse cenário, mais razão ainda se dá para a exigência de outros elementos capazes de confirmar as acusações formuladas contra o codelinquente a fim de que se possa contra ele prolatar sentença condenatória, conforme exposto supra.

²²²A necessidade de proteção a vítimas, testemunhas e réus-colaboradores já foi reafirmada por diversas vezes pelos tribunais pátrios como necessária aos escopos da justiça e paz social. Por todos: “DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. SIGILO NA QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA. PROGRAMA DE PROTEÇÃO À TESTEMUNHA. ACESSO RESTRITO À INFORMAÇÃO. CRIMINALIDADE VIOLENTA. ALEGAÇÕES NÃO APRESENTADAS NO STJ. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA. 1. A tese de nulidade do ato do interrogatório do paciente devido ao sigilo das informações acerca da qualificação de uma das testemunhas arroladas na denúncia não deve ser acolhida. 2. No caso concreto, há indicações claras de que houve a preservação do sigilo quanto à identidade de uma das testemunhas devido ao temor de represálias, sendo que sua qualificação foi anotada fora dos autos com acesso restrito aos juízes de direito, promotores de justiça e advogados constituídos e nomeados. Fatos imputados ao paciente foram de formação de quadrilha armada, da prática de dois latrocínios e de porte ilegal de armas. 3. Legitimidade da providência adotada pelo magistrado com base nas medidas de proteção à testemunha (Lei nº 9.807/99). Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada. 4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.” (STF – 2ª Turma – HC 90321/SP; Rel. Min. Ellen Gracie. Fonte: DJe 25/09/2008 p. 333).

²²³“[...] é possível que um co-reu, quando ouvido, além de admitir sua culpa, envolva outro co-acusado. Nessa hipótese, ganha o seu interrogatório o contorno de um autêntico testemunho e deve merecer a atenção especial do magistrado, permitindo que o defensor do delatado possa fazer reperguntas ao interrogado, exclusivamente no tocante à delação realizada. Afastando tal possibilidade, é natural que haja cerceamento de defesa, pois a palavra do delator será, inequivocamente, levada em conta para compor o quadro probatório contra o delatado e este não terá oportunidade de produzir contra-prova em cima disso. Não se deve dar ampla liberdade de reperguntas, mas somente no que pertine à acusação feita a outro co-reu ou mesmo terceiro que ainda não foi incluído na relação processual. É também a posição de Tourinho Filho, que menciona lição de Ada Pellegrini Grinover (Código de Processo Penal comentado vol. 1. p. 385)” NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 398.

Caso queira o ordenamento jurídico pátrio aceitar a delação como circunstância potencialmente influenciadora da convicção do magistrado, ou seja, encará-lo como elemento probatório, haver-se-á, necessariamente, de submeter tal prova ao crivo do contraditório, decorrente de um modelo processual garantista marcado pelo devido processo legal.²²⁴ Não se pode aceitar, sob nenhuma alegativa, o retorno a métodos acusatórios kafkanianos, em que o acusado não contava com o direito ao conhecimento e à participação necessária a sua defesa.

Na essência do instituto do contraditório, que foi definido por Mendes de Almeida como 'ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los', este elemento é a ferramenta de que as partes se valem na instrução contraditória, objetivando convencer o juiz acerca de suas razões. Neste sentido, no processo penal, o contraditório deve ser conjugado com a atividade que o qualifica e haverá de compreender, ainda nas pegadas de Mendes Almeida, a instrução como procedimento de alegar e provar. A rigor, não basta alegar e é necessário ter em mente que o conteúdo do interrogatório é formado por mera alegação do acusado, simétrica à denuncia, que, por sua vez, contém a alegação primária (imputação) do acusador.²²⁵

A delação premiada é instrumento eficaz no combate à criminalidade, porém, nem por isso, deixa de ser de extremo perigo seu mau emprego. A propósito, é justamente esse frágil equilíbrio entre experiências positivas e temor do vício indutivo ao erro na colaboração que marca a trajetória desse instituto.²²⁶

O contraditório é preceito de natureza política, inerente ao sistema democrático, no qual as decisões judiciais não apenas são pronunciadas em nome do povo, mas, ainda, resultam de procedimentos abertos à participação dos interessados, assegurada a esses a igualdade de condições. Desse modo, constitui-se o contraditório no instrumento “menos imperfeito” de pesquisa da verdade, ou melhor redução da distância entre a verdade judicial e a verdade histórica.

²²⁴Da jurisprudência da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça extraímos: “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO. CO-RÉU DELATOR. POSSIBILIDADE DE REPERGUNTAS PELA DEFESA DO DELATADO. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 1. O interrogatório é essencialmente meio de defesa. No entanto, se do interrogatório exsurgir delação de outro acusado, sobrevém para a defesa deste o direito de apresentar reperguntas. Tal decorre de um modelo processual penal garantista, marcado pelo devido processo legal, generoso feixe de garantias. A vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irremediável. 2. Ordem concedida, apenas em favor do paciente, para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive, reconhecendo-se o excesso de prazo no seu encarceramento, deferindo-lhe a liberdade provisória. (com voto vencido)” (STJ – 6ª Turma - HC 83875 / GO; Rel. Min. Paulo Gallotti. Rel. p/ AC. Maria Thereza de Assis Moura. Fonte: DJe 04/08/2008)

²²⁵PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. **Boletim IBCCrim** nº 159 – Fevereiro/2006. p. 2.

²²⁶CRISTIANI, Antonio. Il contributo probatorio dei collaboratori della giustizia. In: **Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 128.

Com base nessa lógica e citando Franco Cordeiro e Luigi Paolo Comoglio, conclui, mais à frente, a reverenciada doutrinadora tratar-se de verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não fossem produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberia a designação de prova. Vale ainda conferir:

A exigência do contraditório, na formação e na produção das provas, vem desdobrada, na experiência jurisprudencial e nas lições doutrinárias, em diversos aspectos, assim resumidos por Tarzia: a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz, que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes, antes de sua produção, apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas. Dessas constatações, decorre a inarredável consequência de que não são provas que o juiz possa com validade utilizar para a formação do seu convencimento, os elementos informativos obtidos em procedimentos administrativos prévios, em outros processos jurisdicionais em que não foram partes os integrantes do contraditório ou, finalmente, em atos do próprio processo subtraídos à participação e controle das partes.²²⁷

Decerto, o secreto é incompatível com o democrático. Todavia, havemos de observar existirem determinadas situações em que se torna o sigilo essencial à própria materialização dos escopos do instituto.²²⁸ Assim, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível, por exemplo, a manutenção do sigilo sobre os termos do acordo de delação premiada²²⁹, nas hipóteses em que, por determinado motivo, como a preservação da

²²⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p.467.

²²⁸Decerto que esse acordo não deve constar dos autos principais nem se tornar público, nem mesmo para os advogados dos demais acusados delatados. A publicidade do depoimento deverá ocorrer apenas quando o réu colaborador for formalmente ouvido no processo ou processos a que respondam os co-autores ou partícipes que estão sendo objeto da delação. Nesse caso os co-autores e seus respectivos advogados estarão presentes, sendo efetivados aqui os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, da necessidade do sigilo, se manifestaram, por exemplo, os Promotores paulistas Paulo José F. Teotonio e Marcus Túlio A. Nicolino: ‘(...) Deve-se evitar, entretanto, a presença de estranhos, dentre eles até mesmo advogados, que não sejam os relacionados com a defesa do colaborador, até para própria garantia de vida e segurança do delator. No que pertine à garantia citada, ademais, vale anotar que o conteúdo da colaboração não dev ser exteriorizado nos autos, muito menos ser objeto da instrução probatória. Com efeito seria um contra-senso, uma verdadeira insensatez, a exigência de produção de prova, no que concerne ao conteúdo da colaboração ou delação, posto que tornaria letra morta o dispositivo em referência, não sendo este, a nosso ver, o espírito da existência do preceito do diploma legal’ (in Ministério Público e a colaboração premiada. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Ano IV, nº 21, ago-set/2003)” GRANZINOLLI, Cássio M. M. op. cit., p. 157.

²²⁹“HABEAS CORPUS. PEDIDOS DE ACESSO A AUTOS DE INVESTIGAÇÃO PREAMBULAR EM QUE FORAM ESTABELECIDOS ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA. INDEFERIMENTO. SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES. QUESTÃO ULTRAPASSADA. AJUIZAMENTO DE AÇÕES PENAIAS. ALGUNS FEITOS JÁ SENTENCIADOS COM CONDENAÇÃO, PENDENTES DE JULGAMENTO APELAÇÕES. FALTA DE INTERESSE. MATERIAL QUE INTERESSAVA À DEFESA JUNTADO AOS AUTOS DAS RESPECTIVAS AÇÕES PENAIAS. FASE JUDICIAL. MOMENTO PRÓPRIO PARA O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Se havia algum interesse dos advogados do réu no inteiro teor das declarações prestadas pelos delatores na fase preambular meramente investigatória, ele não mais subsiste neste momento processual, em que já foram instauradas ações penais – algumas delas até sentenciadas e com apelações em tramitação na correspondente Corte Regional – porque tudo que dizia respeito ao Paciente, e

integridade física do colaborador ou de sua família, seja imprescindível se guardar tal segredo. Outrossim, no que cuida não do acordo em si, mas dos dados incriminadores dali decorrentes, parece-nos necessária maior análise.

Nada obstante, a depender da extensão do sigilo²³⁰, caso submetidas as informações incriminatórias provenientes da delação à confidencialidade, jamais poderão elas ser encaradas pelo Judiciário como provas ou mesmo elementos informativos idôneos para condenar o corréu, pois estas não serão sequer submetidas, em caráter diferido, ao contraditório. Destarte, não serão vistas senão como meros elementos investigativos, secundários, inclusive, em comparação com os indícios colhidos na fase policial e juntados, posteriormente, aos autos. Assim, deverão tais dados ser tratados de modo independente, auxiliando tão somente no processo investigativo, mas sem nenhuma sede no processo criminal que tenha por parte o coimputado.

O magistrado sentenciante do delatado, se a eles tiver acesso, deverá despi-los de capacidade probatória. Desse modo, há, ainda, possível decisão condenatória de basear-se, exclusivamente, nos elementos trazidos aos autos, absolvendo-se o réu caso não se encontre neles circunstâncias inculpadoras suficientes, ou seja, as declarações do delator não poderão, de forma alguma, nem como indício, servir para fundamentá-la. A nosso ver, essa é a única conciliação viável entre os valores contrapostos na questão.

Em outros julgados, ainda a mesma Quinta Turma defendeu a inexistência de amparo legal à participação do(s) advogado(s) do corréu(s) delatado no interrogatório do delator, nem

serviu para subsidiar as acusações promovidas pelo Ministério Público, foi oportuna e devidamente juntado aos respectivos autos. E, independentemente do que fora declarado na fase inquisitória, é durante a instrução criminal, na fase judicial, que os elementos de prova são submetidos ao contraditório e à ampla defesa, respeitado o devido processo legal. 2. Além disso, conforme entendimento assente nesta Corte, "O material coligido no procedimento inquisitório constitui-se em peça meramente informativa, razão pela qual eventuais irregularidades nessa fase não tem o condão de macular a futura ação penal" (HC 43.908/SP, 5.ª Turma, de minha relatoria, DJ 03/04/2006). 3. Ordem denegada." (STJ – 5ª Turma - HC 59115 / PR; Rel. Min. Laurita Vaz. Fonte: DJ 12/02/2007 p. 281)

²³⁰Obviamente que quando não abrangidas pelo sigilo as declarações incriminadoras, mas apenas aspectos relativos a possíveis tratativas, como medidas assecuratórias, critérios concretos de aferição do resultado da delação, objetivos da delação, dentre outros detalhes que não importam à defesa do delatado, não há que se falar em constrangimento. Trata-se de matéria concernente à própria defesa da integridade física e mental do colaborador que, conforme já expusemos, vem sendo reafirmada rotineiramente por nosso tribunais como necessária à administração da justiça. A aferição se dará caso a caso.

mesmo o direito a reperguntas.²³¹ Nos termos do voto da relatora do HC 93125/CE, ministra Laurita Vaz:

embora o novo tratamento dado ao interrogatório, que passou a ser meio de produção de prova, não prescindia do contraditório, este ato mantém seu caráter de instrumento de autodefesa, logo, há que se respeitar, primeiramente, os direitos do interrogado, que não pode ser coagido a se sujeitar as perguntas de advogado de corréu. [...] Afinal, existe a possibilidade de realizar diligências no sentido de contradizer as alegações dos corréus, nos termos da nova redação do art. 402 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei n.º 11.719/2008, e de infirmar qualquer dos depoimentos antes da prolação da sentença, nas alegações finais. Com efeito, qualquer alegação dos corréus que porventura incrimine o ora Paciente poderá ser reprochada em momento oportuno, pois a Defesa dela tomará conhecimento antes do encerramento da instrução.

Entretanto, como disse anteriormente, a cizânia atinge contornos tão grandes que nem mesmo essa Corte Superior apresenta uniformidade em suas decisões, pois, ao contrário do entendimento esposado pela Quinta Turma, a Sexta Turma, no julgamento do HC 83875/CE, posicionou-se, por voto majoritário, com forte apoio da doutrina²³², pela necessidade de

²³¹“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. INTERROGATÓRIO. DELAÇÃO DE CO-RÉU. PARTICIPAÇÃO DE DEFENSOR DO DELATADO. I - O interrogatório, nos termos da novel legislação (Lei nº 10.792/03), continua sendo, também, um meio de prova da defesa (arts. 185, § 2º, 186, caput e parágrafo único, do CPP), deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz (art. 188, do CPP), uma vez que oportuniza à acusação e ao advogado do interrogado a sugestão de esclarecimento desituatão fática olvidada. II - A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha. Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (o silêncio, total ou parcial, é uma garantia do réu, ex vi art. 5º, LXIII, da CF e art. 186, parágrafo único, do CPP). III - Apesar de ser meio de prova da defesa, aquilo que é dito no interrogatório integra o material cognitivo por força do princípio da comunhão probatória. IV - A participação de advogados dos corréus não tem amparo legal, visto que criaria uma forma de constrangimento para o interrogado (Precedentes desta Corte). Writ denegado.” (STJ – 5ª Turma - HC 100.792/RJ; Rel. Min. Felix Fischer. Fonte: DJ de 30/06/2008.); e “HABEAS CORPUS. CRIME DE CONCUSSÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO, CONEXOS AO FURTO QUALIFICADO À CAIXA FORTE DA SEDE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM FORTALEZA. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ELABORAÇÃO DE PERGUNTAS DA DEFESA DO PACIENTE AOS DEMIAS CO-REUS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Em que pese a alteração do art. 188, do Código de Processo Penal, advinda com a Lei nº 10.792/03, o interrogatório judicial continua a ser uma peça de defesa, logo, não se pode sujeitar o interrogado às perguntas de advogado de co-reu, no caso de concurso de agentes. 2. Qualquer alegação do co-reu que porventura incrimine o ora Paciente poderá ser reprochada em momento oportuno, pois a Defesa dela tomará conhecimento antes do encerramento da instrução. Em sendo assim, não há o que se falar em cerceamento à defesa do Paciente ou ofensa ao contraditório na ação penal. 3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4. Ordem denegada.” (STJ – 5ª Turma – HC 93125/CE; Rel. Min. Laurita Vaz. Fonte: DJe 29/09/2008).

²³²Leciona Edurado Araújo da Silva que: “no sistema da common law, noticia Ennio Amodio, a mais eficaz garantia contra os abusos que podem ser cometidos no delicado mecanismo da colaboração do corréu é a sua submissão à cross-examination, na qual deve ser submetido a um exame mais cuidadoso do que aquele reservado para as testemunhas comuns. Por meio das perguntas diretas dos defensores dos demais acusados ao colaborador, é possível verificar o crédito de suas palavras e apurar eventuais prevenções, interesses ou tendências espúrias em suas declarações incriminadoras. É nessa fase que tais defensores poderão atacar o corréu colaborador, indagando-lhe a respeito de seus contatos com o Promotor de Justiça e sobre qual acordo foi feito com ele. Para o autor, ‘uma brutal cross examination é o mais seguro antídoto contra todas as eventuais derivações desta prova tão insidiosa’.” SILVA, Edurado Araújo da. op. cit., p. 143-144. No sentido de se procurar apurar possíveis intenções secundárias de autoridades judiciárias na participação de delação premiada, sem, contudo, quebrar o sigilo dos acordos delatórios, citamos: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO

instauração de verdadeiro contraditório em hipótese de delação durante o interrogatório do codelinquente.²³³ Por simetria, trazemos, igualmente, os argumentos que fundamentaram referida decisão:

Dúvidas não há acerca da natureza do interrogatório, momento máximo da autodefesa, por meio do qual, de maneira mediata, também é possível colher-se elemento de prova, verbi gratia, a confissão. E é justamente nesta vertente do interrogatório que reside a solução para o presente caso. A fim de preservar a indenidade do processo, é preciso não confundir as duas perspectivas do interrogatório. Como se trata de oportunidade para a colheita de elementos de cognição acerca do *meritum causae*, é necessário distinguir, de um lado, a atuação do interrogando que simplesmente se defende (preservando-se) e, de outro, a conduta daquele que, ao falar, incrimina corréu. Neste último caso, o comportamento deste imputado, naturalmente, gera desequilíbrio de forças. Além do órgão acusador, passa o acusado delatado a contar - de inopino - com um novo opositor. [...] No meu sentir a nulidade é daquelas de cariz absoluto, visto que, servindo-se o juiz da delação para o fim de condenar o corréu, impossibilitado de apresentar reperfuntadas, será evidente e inofismável o prejuízo para a dialética processual, condição sine qua non para a escoreita produção da prova. Golpeado de morte restará, pois, o contraditório.²³⁴

De acordo com afirmado no início do presente tópico, para que o ordenamento jurídico pátrio trate a delação como circunstância potencialmente influenciadora da convicção do magistrado, haver-se-á, necessariamente, de submeter tal prova ao crivo do contraditório.

Dessa forma, entendemos que, colhida a delação sem o direito a reperfuntadas, por mais que submetidas ulteriormente a contestações e contra-provas pela defesa do delatado, as declarações do colaborador terão caráter semelhante ao dos indícios provenientes da fase extrajudicial, ou seja, aqueles elementos informativos aos quais foi conferido um contraditório incompleto. Não se cuidará de prova, senão de elemento informativo, havendo o magistrado de ter extrema cautela em sua valoração (para não rememorar todas as objeções discutidas no tópico anterior sobre a necessidade de elementos corroboradores).

PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito.” (STF – 1ª Turma - HC 90688 / PR; Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Fonte: DJe 24/04/2008 p. 756.

²³³“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO. CO-RÉU DELATOR. POSSIBILIDADE DE REPERGUNTAS PELA DEFESA DO DELATADO. RECONHECIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 1. O interrogatório é essencialmente meio de defesa. No entanto, se do interrogatório exsurgir delação de outro acusado, sobrevém para a defesa deste o direito de apresentar reperfuntadas. Tal decorre de um modelo processual penal garantista, marcado pelo devido processo legal, generoso feixe de garantias. A vedação do exercício de tal direito macula o contraditório e revela nulidade irremediável. 2. Ordem concedida, apenas em favor do paciente, para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive, reconhecendo-se o excesso de prazo no seu encarceramento, deferindo-lhe a liberdade provisória. (com voto vencido)” (STJ – 6ª Turma - HC 83875 / GO; Rel. Min. Paulo Gallotti. Rel. p/ AC. Maria Thereza de Assis Moura. Fonte: DJe 04/08/2008).

²³⁴Voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura nos autos do HC 83875/CE – STJ, 6ª Turma.

Por fim, ressalta-se, ainda, que as reperfuntas devem estar limitadas aos fatos que incriminam o codelinquente, caso contrário, impor-se-ia “prejuízo para o acusado que, naquele ato, encontra-se sob interrogatório”²³⁵. Ademais, submetido o inculpador às reperfuntas da defesa por ocasião do interrogatório, como forma de se manter a natureza desse momento processual essencialmente defensorio, poderá ele recusar-se a fornecer respostas aos quesitos formulados pelo defensor do delatado, o que, por óbvio, deverá ser levado em conta pelo magistrado no momento da extração dos efeitos probantes e premiaias. Sobre esse assunto, analise-se o escólio de Lopes Junior:

Problemática, ainda no que tange à delação premiada, é a possibilidade de utilização do direito de silêncio por parte do delator que está depondo. Quando estiver depondo na condição de réu, é inegável que está amparado pelo direito de silêncio e, portanto, não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas (pelo juiz, acusador ou demais co-réus) e que possam prejudicá-lo. Mas, em relação às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória dos corréus. [...] Contudo, quando arrolado como testemunha de acusação, não está protegido pelo direito de silêncio, tendo o dever de responder a todas as perguntas, como qualquer testemunha.

6.3 Dos critérios valorativos intrínsecos

Ao contrário do que se observa na Itália²³⁶, por exemplo, a legislação brasileira não traz expressa regulamentação acerca da valoração a ser dada às informações prestadas por um corréu no que tange ao juízo de culpabilidade do imputado. Assim, dispõem os juristas pátrios apenas de esporádicos pronunciamentos jurisprudenciais e de alguns ensinamentos doutrinários nacionais e alienígenas que cuidam do tema.

Tradicionalmente, tem-se adotado, afora os critérios extrínsecos, ou objetivos, acima abordados, elementos de verificação intrínseca ou subjetivos, de valoração das declarações do colaborador, consistentes na perquirição acerca da personalidade do delator, das relações

²³⁵SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual da prova penal constitucional**: pós-reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2008. p. 148-149.

²³⁶Artigo 192.3, do Código de Processo Penal Italiano: “Le dichiarazioni rese dal coimputato Del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell’ articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità.

precedentes entre delator e delatado(s), dos móveis à colaboração²³⁷, da verossimilhança das declarações, bem como, seu contexto circunstancial, sua precisão, segurança e persistência.

Quanto à personalidade do inculgador²³⁸, há de se ter em conta seu caráter, antecedentes penais, idade, formação educacional, nível social, propensão à delinquência e valores morais, dentre outras circunstâncias que atentem para desvios psíquicos capazes de influenciar nas informações prestadas. Inspirado na doutrina estrangeira de Prada e Dominioni, com maestria, trata do assunto Silva:

Para apuração da verdade da confissão, deverá o magistrado atentar para a personalidade do corréu delator, considerando traços de seu caráter, antecedentes penais, idade, formação moral, grau de instrução, conhecimento da lei, propensão à delinquência, entre outros aspectos. Deverá, também, atentar para a existência de eventuais desvios psicológicos e psiquiátricos que igualmente possam influenciar em suas declarações, como patologias psíquicas, personalidade fantasiosa, propensão à mentira ou à confabulação etc., sem prejuízo da realização de exames clínicos para confirmá-las. Ainda há que se considerar as possíveis reações mentais do colaborador decorrentes de sua privação da liberdade ou de sua submissão a determinadas influências carcerárias.²³⁹

Por sua vez, no que tange ao exame das relações precedentes entre o sujeito que incrimina e o que é objeto das declarações, haverá o juiz de analisar a ocorrência de episódios amistosos, bem como de inimizades, ou, ainda, a existência de grau próximo de parentesco, ressentimentos, ânsia vingativa e etc. Todos esses sentimentos devem ser cuidadosamente calibrados de modo a se conseguir uma qualificação das declarações o mais correta possível.²⁴⁰

²³⁷Conforme o juiz federal Frederico Valdez Pereira, “a admissibilidade de utilização do co-imputado como fonte de prova no processo penal brasileiro é matéria de inovação legislativa que difere da valoração probatória que se irá conferir às informações trazidas ao processo pelo colaborador.” PEREIRA, Frederico Valdez. op. cit. Observe-se que aqui, diferentemente de quando analisávamos a questão sob o ponto de vista da concessão do benefício, estamos a vislumbrar a utilidade da delação sob um novo aspecto, qual seja, seu valor como elemento formador da convicção do magistrado. Assim, embora a legislação não cuide dos móveis da delação para que se concedam os benefícios legais, o juiz deve a eles atentar-se quando se tratar de infirmar a presunção de inocência do co-imputado.

²³⁸“DÍAZ PITA, apunta que la personalidad del declarante ha de ser tenida en cuenta, de modo particular, como señala BREVERE en los procesos sobre criminalidad organizada ya que si por personalidad se entendiera el complejo de cualidades éticas del colaborador con la justicia, es evidente que en los citados procesos la personalidad del “pendito” es poco recomendable ya que éste, por regla general, es autor de al menos un delito o incluso de una multiplicidad de delitos graves.” SÁNCHEZ, James Reátegui. **El valor probatorio de las declaraciones inculporias del coimputado em el derecho peruano.** Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/peruano.htm> . Acesso em: 12 .01. 2009.

²³⁹SILVA, Eduardo Araújo da. op. cit. p. 146-147.

²⁴⁰Atenta José Alexandre Marson Guidi para: “Não decorre dessa constatação, entretanto, que suas palavras devam ser sempre precisas, mas se suas declarações ostentarem relevantes contradições ou omissões, deverão ser consideradas negativamente pelo magistrado”. GUIDI, José Alexandre Marson. op. cit. p. 183-184.

Ademais, embora, como abordado em outra sede, seja difícil crer que alguém se associe a inimigos para a prática delituosa, sabemos que, nos dias atuais, época em que as organizações criminosas e demais grupos relacionados a infrações penais atingem alto grau de especialização e forte hierarquia, disputas internas pelo comando ou gerências das atividades ilícitas podem ser móveis para a “entrega” de antigos parceiros. Essa e outras situações espúrias se relacionam exatamente ao que a doutrina estrangeira vem chamando de móveis turvos ou inconfessáveis da delação. É necessário que o magistrado e demais autoridades judiciárias estejam bastante atentos a fim de coibir referidos abusos.

Afora os critérios diretamente relacionados com o sujeito da incriminação, deverão os dados por ele acrescentados ao procedimento criminal ser estudados sob o ponto de vista da verossimilhança da narrativa, ou de sua compatibilidade com as leis da natureza²⁴¹.

A declaração inculpatória deve ser, igualmente, submetida à compatibilização com as regras básicas da lógica e da experiência comum. Assim, as informações devem guardar entre si, mas também para com os demais elementos probatórios colhidos na instrução criminal, homogeneidade e coerência (interna, na primeira hipótese, e externa, na segunda), uma vez que, tendo essas pessoas acesso a um conhecimento direto e extraprocessual dos fatos, se pressupõe que uma narrativa esteja bem mais consentânea, clara, precisa e detalhada do que se exigiria de uma testemunha comum. Assome-se a isso a segurança do declarante acerca da veracidade das informações e sua persistência²⁴² em confirmar a história sem cair em contradição ou sem alterar a versão dos fatos.

Por derradeiro, haverá o juiz de fixar atenção em compreender o contexto no qual foram ofertados os informes delatórios, se em juízo, se perante o Ministério Público ou ainda na fase policial, bem como, se estavam presentes os defensores do delator e dos delatados, se houvera suspeita de ameaças, chantagens, tortura, coerção moral ou psicológica etc.

²⁴¹MITTERMAIER, C. J. A. op. cit., p. 197-202.

²⁴²Por alguns denominada de reiteração, consiste na repetição prestada durante o curso do processo (inclusive fase pré-processual) pelo inculpador. Isto se interrompe quando o co-réu incorre em divergências relevantes, imprecisões e ambigüidades, ou mesmo nas hipóteses de retratação.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A delação premiada, apesar das inúmeras críticas quanto a seu possível conteúdo antiético e pesada carga negativa frente à história mundial, cada vez mais ganha força na prática forense brasileira. O instituto traz benefícios tanto ao Estado, na sua luta pela manutenção da ordem pública e combate à criminalidade, como ainda ao próprio réu colaborador, mormente na hipótese de pesarem contra ele graves acusações, acompanhadas de robusta carga probatória, o que, certamente, lhe ensejaria uma condenação em elevadas penas privativas de liberdade. Assim, merece um adequado suporte teórico como forma de que se lhe evite a nocividade ao máximo e se lhe extraiam os ganhos possíveis.

Foi visto que os termos que denominam essa figura jurídica provêm do latim, “delatio” e “praemiare”, e passaram aos dias atuais como o ato de “apontar o responsável por infração, crime ou ato reprovável qualquer”, auferindo-se por isso vantagens legalmente concedidas pelo Estado que vão desde a redução da penalidade até o perdão judicial, a depender do caso e grau de colaboração.

Em verdade, pode-se observar que no Brasil, as raízes da delação premiada como instrumento de política criminal encontram assento ainda no período de domínio colonial português, quando, sob os rigores das chamadas Ordenações Filipinas, promulgadas no início do século XVII, não apenas se ofertava o perdão, mas, em certos casos, verdadeiro prêmio em dinheiro aos malfeitores que apontassem a autoria de infrações penais por outros súditos. Nos dias atuais, o instituto encontra previsão em diversas normas pátrias, todas relativamente recentes, inspiradas na chamada “legislação de emergência”, bem como tramitam nas casas legislativas nacionais inúmeros projetos de lei cuidando da matéria.

Dessa forma, a delação encontra guarida na Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), na Lei de Combate aos Crimes Financeiros (Lei nº 7.492/86), na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária e as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90), no art. 159, §4º do Código Penal (extosão mediante seqüestro), na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), Lei de Proteção às Testemunhas (Lei nº 9.807/99), na Lei de Combate e Prevenção de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.884/94) e, ainda, na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

Numa tentativa de tratar o instituto de forma uníssona, estabeleceram-se como requisitos genéricos da delação a pluralidade de agente, a relevância das declarações e a eficácia da colaboração. Já como requisitos comuns a alguns tipos, apontaram-se a voluntariedade/espontaneidade e a efetividade. Ademais, discorreu-se acerca dos requisitos específicos trazidos em cada uma das modalidades legais de delação. Pode-se ver que, uma vez cumpridos os requisitos previstos em lei para cada tipo delatatório, terá o réu direito subjetivo a fruir do prêmio, conforme, inclusive, entendimento dos tribunais superiores nacionais.

Aliás, foram essas peculiaridades que levaram à afirmativa de que, uma vez desacompanhada a delação de fatores probatórios, já constantes dos autos ou trazidos a ele, de pouco ou nenhum efeito serão as informações fornecidas pelo delator para fins de incriminação dos corréus, cabendo ao juiz valorá-las no caso concreto, segundo seus conhecimentos de mundo, levando em conta personalidade do delator, as relações precedentes entre este e o(s) delatado(s), os móveis à colaboração, a verossimilhança das declarações, bem como seu contexto circunstancial, sua precisão, segurança e persistência. Ademais, conclui-se sobre a necessidade de se dar a máxima aplicabilidade ao contraditório nos casos em que houver imputação penal de terceiros.

Por seu turno, quanto aos acordos de delação premiada, constatou-se que são eles possíveis e tendentes a dar maior segurança ao delator, embora a avaliação quanto a seu cumprimento e à definição do quantum benéfico esteja, a nosso entender, a cargo do magistrado.

Vale, ressaltar que o estudo do tema e a própria concretização do instituto encontram-se prejudicados em face não da pluralidade normativa por si só, mas devido às muitas contradições que se apresentam entre essas normas, quando não, dentro do próprio diploma legal. Entende-se ser benéfico que o legislador estabeleça, para os casos que considere relevantes, requisitos especiais, de forma a se atingir a verdadeira função social do instituto frente ao bem jurídico tutelado por cada tipo penal para o qual é admitida a delação premiada. Critica-se, contudo, por se dar de modo desconexo tal profusão legislativa, uma vez que tal situação traz maléfica insegurança jurídica. Pugna-se ainda pela elaboração de documento regulador do procedimento a ser dado à delação premiada, tanto em sede pré como pós-sentença.

Por fim, alerta-se para a necessidade de se investir na superação de entraves administrativos à colaboração dos coimputados, como no aperfeiçoamento dos programas de proteção às testemunhas, às vítimas e aos réus colaboradores, os quais sofrem com o pequeno aporte de recursos e com a falta de pessoal especializado, dentre outras dificuldades.

8 BIBLIOGRAFIA

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Jurídica. V. II: O acusado, os ofendidos e os denunciantes.** Tradução: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva Editora, 1948.

AMODIO, Ennio. **I pentiti nella Common Law.** Revista Italiana de Direito e Processo Penal. Milano: Guiffré Editore, 1986.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal.** 5ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

ARISTÓTELES. **A Ética de Nicômano.** São Paulo: Ed.Nova Cultural Ltda., 1996.

ARRUDA, Samuel Miranda. **DROGAS: aspectos penais e processuais penais. Lei 11.343/2006.** 1ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Método, 2007.

AZEVEDO, David Teixeira. **A colaboração premiada num direito ético.** São Paulo: Revista dos Tribunais, RT n. 771, 2000.

AZEVEDO, Juan Lambias. **Eidética y Aporética del Derecho Prolegomenos a la Filosofía del Derecho.** Buenos Aires: Editorial Galpe, 1940.

AZEVEDO, Vicente de Azevedo. **Curso de Direito Judiciário Penal.** Vol. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 1958.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais:** contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, quadrilha ou bando, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de Capitais e obrigações Civis Correlatas:** com comentários artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas:** análise sistemática da lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora Ltda.

BEERNAERT, Marie-Aude. **De L'Irrésistible Ascension des "repentis" et "collabourateurs de justice" dans Le système pénal**. Paris: Déviance et Sociétés, 2003, Vol. 27, No 1.

BENEVIDES FILHO, Maurício. **A Sanção Premial no Direito**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1999.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Nova Lei de Drogas: comentários à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Polis/Universidade de Brasília, 1989.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4ª ed. tomo. III. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. (Temas Fundamentais de Direito; v.7, coordenadores José Roberto dos Santos Bedaque, José Rogério Cruz Tucci). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CALLEGARI, André Luis. **Direito penal e econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Legislação penal especial. Vol. 4, 2ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

_____. **Legislação Penal Especial**. Vol 1. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2005.

CARNELUTTI. **Teoria generale del diritto**. 3ª Ed. Roma: Foro Italiceo, 1951.

CASTORIADIS, Cornelius. **Socialismo ou Barbárie**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1983.

CASTRILLO, Urbano; MORATO, Eduardo y Torres; ANGEL, Miguel. **La prueba ilícita penal**. Estudio jurisprudencial. Editorial Aranzadi. Primera Edición.

CATENA, Victor Moreno. **La protección de los testigos y peritos em el proceso español**. In: OLIVÉ, Juan Carlo Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminologicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. Ed. Malheiros: São Paulo, 2001.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. **Crime do colarinho branco**: comentários à lei n. 7.492/86, com jurisprudência, aspectos de direito constitucional e financeiro e anotações à lei n. 9.613/98, que incrimina a lavagem de dinheiro. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Boletim IBCCrim nº 159**, Fevereiro/2006.

CRISTIANI, Antonio. **Il contributo probatorio dei collaboratori della giustizia**. In *Oralità e Contraddittorio nei Processi de Criminalità Organizzata*. AA.VV. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

D'AGOSTINO, Francesco. **La sanzione nell'esperienza giuridica**. G. Torino: Giappichelli Editore, 1993.

D'AMICO, Silvio. **Il collaboratore della Giustizia**. Roma: Edizioni Laurus Robuffo, 1995.

DE PLÁCIDO E SILVA, **Vocabulário Jurídico**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, v. III. Campinas: Ed. Bookseller, 2000.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **A arbitragem, jurisdição e execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. **Delação Premiada: metástase política**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Boletim IBCCrim nº 156**, Novembro/2005.

FROSSARD, Denise. **A delação premiada como instrumento de investigação**. Rio de Janeiro:

VOX – O espaço de opiniões e reflexões da AMAERJ, Novembro/ 2005.

GARCIA, Roberto Soares. **Delação premiada: ética e moral, às favas!**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Boletim IBCCrim nº 159**, Fevereiro/2006.

GOMES, Décio Luiz Alonso Gomes. **Proteção aos réus colaboradores (ou a barganha com a criminalidade)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Boletim do IBCCrim nº 82**, Setembro/1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

GRANZINOLI, Cássio M. M. **A delação premiada**. In **Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. Org. José Paulo Baltazar Júnior, Sérgio Fernando Moro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** . Parte Geral, vol. I. 6ª Ed. Niterói: Ed. Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A legislação brasileira em face do crime organizado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Revista do IBCCrim**, ano 5, nº 20, Outubro/Dezembro 1997.

_____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

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

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. I, Tomo I. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1958.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23ª ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. **A delação premiada**. Phoenix: Órgão Informativo do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. São Paulo, n.1, fev. 2001.

_____. **Direito Penal**, 1º Vol. Parte Geral. 28ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

_____. **Estágio Atual da Delação Premiada no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 18.01.2009.

_____. **Perdão judicial - colaboração premiada: análise do art. 13 da Lei 9.807/99**. Primeiras Idéias. Boletim do IBCCrim, ano. 7, nº 82, setembro/1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

KÖNIG, Sergio Donat. **Art. 13 da Lei nº 9.807/99**. Boletim IBCCrim nº 91 – Junho/2000.

LEAL, João José. A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou o prêmio à delação. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Fascículos Penais**, ano 89, v. 782, Dezembro/2000.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática**. Tradução: Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1983.

LIMA, Camile Eltz. **Delação Premiada e Confissão: Análise dos institutos a partir da fundamentação constitucional do Direito Penal e Processual Penal**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Prof. Orient. Dr. Salo de Carvalho. Porto Alegre, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume I. Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002.

_____. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2003.

MALATESTA, Nicola Framarino Nei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução da 3ª Edição de 1912. Conen, 1995.

MAYOR, Pedro Juan. **Concepcion criminológica de La criminalidad organizada contemporânea**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 25, janeiro/março 1999.

MARCÃO, Renato. Delação Premiada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, 2004, v. 7 - Agosto/Setembro 2005.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. 2ª São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução: Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Ed. Bookseller, 1997.

MONTE, Vanise Röhrig. A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei. 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais. **Revista da Ajuris**, ano XXVI, no 82, tomo I, junho de 2001.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 7ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e o Crime Organizado**: Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A institucionalização da delação no Direito positivo brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. **Boletm IBCCrim n° 49**, dezembro/1996.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La búsqueda de la verdad en el proceso penal**. 3ª Ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O Valor da Confissão como meio de prova no Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997

_____. **Código Penal Comentado**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PADOVANI, Tullio. Il Trafico delle indulgenze, “premio” e “corrispettivo” nella dinamica de La punibilità. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. Milano: Giuffrè Editore, 1986.

PASINI, Dino. Norma giuridica e realtà sociale. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, ano XXXVII, Série III. Casa Ed. Dott. Antonino. Milano: Giuffrè Editore, 1960.

PELUSO, Luis Alberto. **A Propósito dos Fundamentos de uma ética da Recompensa**. Disponível em: <http://peluso.ufabc.googlepages.com/eticarecompensacolprincipia.doc>. Acesso em: 10.08.2008.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. Disponível em: www.revistadoutrina.trf4.jus.br. Acesso em: 18.01. 2009.

PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. **Boletim IBCCrim nº 159** – Fevereiro/2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

SERRANO-PIEDECASAS, José Ramon. Respuesta Penal al Crimen Organizado en el Código Penal Espanol. In **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ROSSETO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

SÁNCHEZ, James Reátegui. **El valor probatório de las declaraciones inculpatórias del coimputado em el derecho peruano.** Disponível em: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/peruano.htm> . Acesso em: 12 .01. 2009.

SANTOS. William Douglas Resinente dos; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Comentários à Lei contra o Crime Organizado (Lei N. 9.034/95).** Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1995.

SCHWARTSMAN, Hélio. **Delação premiada.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/helioschwartzman/ult510u356139.shtml>. Acesso em: 11.10.2008.

SILVA, Amauty. **Lei de Drogas Anotada.** Leme: Ed. J. H. Mizuno, 2008.

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

_____. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. **Boletim do IBCCrim, ano. 7, n. 85,** dezembro/ 1999.

_____. **Delação Premiada é arma poderosa contra o crime organizado.** In Consultor Jurídico. Disponível em www.consultorjuridico.com.br. Acesso em 10.01.2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2000.

SZNICK, Valdir. **Crime Organizado: comentários.** São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1997.

TENÓRIO, Igor; LOPES, Inácio Carlos Dias Lopes. **Crime Organizado (O Novo Direito Penal – até a Lei nº 9.034/95).** Brasília: Ed. Consulex, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Vol. 1, 30ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: uma contribuição ao estudo da lei nº 7.492/86. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000.

VILLAREJO, Julio Díaz-Maroto. Algunos aspectos juridico-penales y procesales de la figura del “arrepentido”. Porto Alegre: Livraria e Editora Cultural: Porto Alegre. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 1, nº 10, Maio/Agosto 2000.