

DELAÇÃO PREMIADA: Críticas ao instituto.

Manoela Andrade Cacho

Mestranda em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Pós-graduada em Direito do Estado pelo CICLO. Advogada. Professora Assistente na Universidade Tiradentes – UNIT.

Área do Direito: Processo Penal.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar um dos meios de obtenção de prova no processo penal em casos relacionados ao Direito Penal Econômico, qual seja o instituto da delação premiada ou colaboração premiada, precipuamente nas persecuções criminais que envolvem as organizações criminosas. Inicia fazendo uma investigação sobre a criminalidade econômica, desde o seu surgimento, a sua relação com o fenômeno da globalização e os efeitos que o crescimento em escala internacional e sua sofisticação geraram. Com o fim de alcançar o estudo da delação premiada, faz uma análise da evolução das leis que trataram de organização criminosa, até a Lei 12. 850 de 02 de agosto de 2013, que trouxe o instituto com a denominação de colaboração premiada. Passa, então, a verificar a previsão e evolução da delação premiada na legislação brasileira, dando enfoque na previsão constante da nova lei de organização criminosa, que repercutiu na sociedade, por recentemente trazer a colaboração premiada com uma regulamentação mais aprofundada e, principalmente, após sua utilização na investigação da Polícia Federal denominada de “Operação Lava-Jato”. Faz uma análise dos aspectos positivos do instituto, bem como dos aspectos negativos, com base na necessidade da sua utilização no combate à criminalidade econômica e organizada e também no respeito às normas constitucionais e de processo penal. Por fim, o estudo relativo a este meio de prova no processo penal econômico, após passar pela celeuma quanto a ser ético ou não, desemboca no questionamento quanto à sua eficácia no combate à criminalidade econômica e organizada no Brasil, que leva à reflexão sobre a possibilidade de manutenção da delação premiada no sistema processual brasileiro ou não.

Palavras-chave: Delação premiada. Colaboração premiada. Criminalidade econômica. Crime organizado. Operação Lava-jato.

Sumário: 1. Introdução. 2. A criminalidade econômica. 3. A nova lei de organização criminosa. 4. A colaboração premiada. 5. Críticas ao instituto. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Com o fenômeno da globalização cresceu e, paralelamente, a criminalidade econômica, de forma muito mais complexa e organizada. Para tanto os países tentam criar mecanismos de combate eficaz, com a observância dentro dos limites que cada sistema normativo prevê.

No Brasil, uma nova lei de organização criminosa foi publicada em 2013, prevendo e melhor regulando meios de investigação e produção de provas capaz de se moldar às dificuldades que a sofisticação do crime organizado impõe.

Dentre as ferramentas que traz, destaca-se a colaboração premiada, instituto classicamente conhecido como delação premiada, que não obstante possuir previsão na lei brasileira desde 1990, apenas com a nova legislação toma maior delineamento e projeção.

O caso que está em voga na mídia na atualidade, qual seja o da “Operação Lava-Jato”, deflagrada pela Polícia Federal, levou a delação premiada a ser bastante difundida pela mídia, e pela primeira vez utilizada em um caso de destaque, o que fez com que academicamente também o tema tomasse destaque.

Alguns pontos favoráveis são destacados, porém, em maior número, aparecem críticas ao instituto. Isto se dá, pela dificuldade em harmonizar as especificidades da colaboração premiada com as regras já existentes no sistema normativo brasileiro bem como com a Constituição Federal.

Faz-se necessária, portanto, uma análise aprofundada da delação premiada à luz do ordenamento jurídico pátrio, sua real necessidade e possibilidade de manutenção no sistema e a verificação de outras medidas que possam ser suficientes a atingir o fim que o instituto em apreço almeja.

2. A criminalidade econômica

A criminalidade organizada, o fenômeno da prática de atividades ilícitas de associação e organização criminosa, vem sendo discutida atualmente de forma acentuada tanto no ambiente acadêmico quanto no dia-a-dia da população¹, esta um tanto quanto em razão da influência dos meios de comunicação, que reforça e difunde a ideia de crise generalizada e de retração econômica.

Tratam-se, tanto as formas de criminalidade econômica clássica quanto as modernas, de tema atual, em razão da dimensão dos danos materiais e morais, da sua adaptabilidade às mudanças sociais e políticas e à criação de defesas contra os meios de combatê-la, que termina por implicar na preocupação de todos os países, nas instâncias governamentais, judiciais e políticas, em estancá-la de forma eficaz².

Analisa JORGE DE FIGUEIREDO DIAS E MANUEL DA COSTA ANDRADE³, numa perspectiva da realidade portuguesa, o histórico da luta contra o crime organizado, alcançando o panorama internacional:

A repressão de tal delinquência foi imperativo constante derivado em linha recta da vocação intervencionista do Estado socialista, dada a sua (quase) exclusiva titularidade da iniciativa e da direcção do processo económico e a consequente necessidade de defesa das novas relações que sucessivamente foram marcando a vida económico-social. Por outro lado, assiste-se hoje em todos os países capitalistas à mobilização de enormes recursos para a prevenção e repressão da criminalidade económica, a que já se chamou "cancro" da moderna sociedade.

É fato que a preocupação com o combate à criminalidade econômica é de todos os Estados, devido à sua complexidade e sua difusão nas últimas décadas, tornando-se, portanto, uma questão nacional e internacional, que se expandiu em razão do fenômeno da globalização.

¹ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 393.

² DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infracções Contra a Economia Nacional. In Temas de Direito Penal . Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.64/65.

³ Ibid. p. 65/66.

Evidentemente esta forma de criminalidade expandiu-se, internacionalizou-se, tendo ultrapassado os limites territoriais, operando seus agentes no mercado mundial, sendo os sistemas formais de controle demasiado pesados e dificilmente adaptáveis à agilidade e flexibilidade do crime, devido, entre outros aspectos, à utilização maciça da informática nas transações econômicas⁴.

A aparição e proliferação de novos comportamentos delitivos não encontraram adequação estrita nos tipos penais clássicos, que tende a resistir à quebra de seus postulados, possuindo, portanto, um arsenal punitivo incompatível, quanto a eficácia na repressão e prevenção, com diversas demandas sociais⁵.

Esta limitação do Direito Penal clássico e a potencialidade lesiva das novas formas delitivas, em geral muito superiores à tradicional em termos de astúcia, tecnicismo, anonimato e diluição dos efeitos, criou-se um ambiente favorável à criação de um Direito Penal Econômico⁶.

A especificidade de um Direito Penal secundário, no caso o Econômico, adveio da necessidade de medidas individualizadas, tais como sanções específicas, a aceitação da responsabilidade das pessoas coletivas e a constituição e funcionamento de órgãos encarregados da investigação e julgamento das infrações econômicas⁷.

Não obstante ser uma questão de preocupação de todos os países do globo, o Direito Penal Econômico surgiu alimentado pelas sequelas das crises econômicas e guerras enfrentadas por cada Estado, tomando um contorno particular de acordo com o sistema econômico-social em que foi inserido⁸. No Brasil, também, travou-se o combate os crimes de ordem econômica, tentando superar as dificuldades do Estado em razão das especificidades, dentre eles o de criminalidade organizada.

⁴ DA COSTA, José Faria. *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

⁵ OLIVEIRA, William Terra de. Análise prospectiva do Direito Penal Econômico Brasileiro. In *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liberars, 2013, p. 495/496.

⁶ *Ibidem*, p. 496.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal Econômico português. In *Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 24/25.

⁸ DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Ob cit.*, p.69.

3. A nova lei de organização criminosa

A criminalidade organizada, que é o fenômeno da prática de atividades ilícitas de associação e organização criminosa, vem sendo discutida atualmente de forma acentuada tanto no ambiente acadêmico quanto no dia-a-dia da população⁹.

Luiz Regis Prado explica a diferença entre as denominações criminalidade organizada e organização criminosa, esclarecendo que aquela se trata de fenômeno social, econômico, político e cultural, fruto da sociedade contemporânea, estando relacionada com fenômenos outros da contemporaneidade, quais sejam o terrorismo e as criminalidades política e financeira¹⁰.

Portanto, a criminalidade organizada não é unicamente um tema de interesse o Direito, mas também de outras ciências. No entanto, possui um conteúdo jurídico-penal, ligando-se ao delito de organização criminosa, que pode ter um conceito elaborado a partir das suas características de estar relacionado com a acumulação de poder econômico, com o alto poder de corrupção e de intimidação, e com a estrutura piramidal¹¹.

E, linhas gerais, a organização criminosa trata-se de atuação delinvente estruturada, que atinge bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito¹².

A recente Lei 12.850, publicada em 02 de agosto de 2013, que veio para melhor tratar do tema do crime organizado, bem como de seus mecanismos de combate, trouxe no §1º do seu artigo 1º, a definição do que seria uma organização criminosa, que até então era delimitado pelo artigo 2º da lei 12.694/2012, ora revogado.

⁹ PRADO, Luiz Regis. Ob cit. p. 393.

¹⁰ Ibid. p. 398/399.

¹¹ Ibid. p. 402.

¹² NUCCI, Guilherme De Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 8 ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.674.

Importante observar os termos do referido dispositivo, que define, atualmente, o que é uma organização criminosa:

§ 1.º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A primeira lei que tratou do tema, a lei n.º 9.034 de 03 de maio de 1995, não trazia a definição de crime organizado, limitando-se a dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por aquelas. Nasceu no mesmo contexto que se verifica na atualidade; com o apelo social de urgência na necessidade de combater a criminalidade organizada¹³.

A nova lei 12.850/2013, com a finalidade de obter eficácia na luta contra o crime organizado, além de definir organização criminosa e criar tipo penal específico para punir seus integrantes, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, a infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado nestes casos. Como se vê, congrega dispositivos legais de natureza penal e processual penal¹⁴.

A nova lei veio com o fito de criar e melhor regular os instrumentos de combater ao crime realizado em grupo de forma especializada e bem orquestrada, trazendo medidas que possam ser eficazes em superar a sofisticação do crime organizado.

De fato, trouxe medidas mais severas, porém, em alguns pontos, ela vem imbuída de um menor rigor normativo, quais sejam quanto ao investigado, processado e condenado, se comparada à Lei 9.034/1995, relativamente à liberdade provisória, bem como quanto à proibição de apelar em liberdade e ao cumprimento inicial de pena imposta em regime fechado¹⁵.

¹³ CARVALHO, Ivan Lira de. *A Atividade Policial em Face da Lei de Combate ao Crime Organizado*. Revista Semestral do Curso de Direito da UFRN, p. 55.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p.393.

¹⁵ *Ibidem*, p.411.

Na lei nova não subexiste estas restrições. Isto porque as referidas previsões na lei anterior que tratava de organização criminosa feriam direitos e garantias fundamentais, o que não pode ser admitido no sistema normativo brasileiro, razão pela qual foram extirpadas da legislação que trata da investigação e processo de crime organizado.

O combate à criminalidade econômica está imbuído de grande complexidade, uma vez que o Estado tem que agir desprovido de aparato suficiente e, ao mesmo tempo, tendo que respeitar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo relativos ao Direito Penal e Processual Penal¹⁶.

Surgiu, portanto, a necessidade da criação de instrumentos que possam ser mais eficazes no combate ao crime organizado, tais como os previstos na nova lei de organização criminosa, especificamente no artigo 3º a Lei 12.850 de 2013, a exemplo da ação controlada¹⁷, da infiltração de agentes¹⁸ e da colaboração premiada¹⁹.

Os institutos da ação controlada e da infiltração de agentes, os quais surgem no sistema jurídico brasileiro por influência da experiência de outros países, sem dúvida, são e continuaram a ser objeto de estudo e debate, vez que trazem dúvida técnicas acerca da sua utilização, bem como relativas, outrossim, ao respeito a garantias fundamentais.

No entanto, não obstante existente no ordenamento jurídico pátrio há mais tempo, a delação premiada é o meio de prova mais questionado na atualidade, principalmente por estar sendo utilizada em casos de grande repercussão na mídia, gerando diversos debates entre a população em geral, bem como no mundo jurídico, que se divide em questões em torno da sua constitucionalidade, eficácia e eticidade.

Deveras a melhor regulamentação na Lei 12.850/2013 é um ponto positivo para a utilização do meio de prova que veio denominado de colaboração premiada,

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p.393.

¹⁷ Art. 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013.

¹⁸ Art. 3º, inciso VII, da Lei 12.850/2013.

¹⁹ Art. 3º, inciso I, da Lei 12.850/2013.

com a delimitação dos benefícios e todo o procedimento da sua execução, tornando o instituto de fato utilizável.

No entanto, persiste a necessidade de estudá-lo à luz da Constituição Federal e dos valores que dela emana, bem como de outras normas do ordenamento jurídico pátrio, pois as novas ferramentas trazidas na lei em estudo deve se coadunar com os sistemas penal e processual penal estabelecidos.

Todos estes institutos enfrentam críticas quanto à sua consonância com a Constituição Federal de 1988, vez que devem respeitar as garantias que esta estabelece, não servindo como justificativa à criação e aplicação apenas na importância do bem jurídico que se pretende proteger.

Das ferramentas no auxílio da investigação e processo relativos à criminalidade organizada, será destaca, portanto, a colaboração premiada, que merece análise minuciosa.

4. A colaboração premiada

Dentre os institutos da nova Lei de Organização Criminosa, a colaboração premiada é o mais controverso. Juristas vêm discutindo sobre o tema, bem como leigos, assentando-se a celeuma na eficácia do meio de prova e na eticidade da medida.

Consta, a delação premiada, do inciso I do rol dos meios de obtenção de prova na investigação criminal de crimes que envolvem organização criminosa, enumerados no artigo 3º, do Capítulo II, da Lei 12.250/2013. A Seção I deste mesmo capítulo trata somente deste importante instituto.

A colaboração premiada consiste em o investigado ou acusado que admite prática criminosa, como autor ou partícipe, revelar a concorrência de outros,

permitindo que o Estado amplie o conhecimento acerca da infração penal, quanto à materialidade e autoria²⁰.

Trata-se, verdadeiramente, de uma delação premiada, vez que, em conformidade com o que dispõe a lei, não se admite qualquer cooperação do delator além daquela relativa a apontar informações sobre autoria e materialidade²¹.

Foi com o advento da Lei de Crimes Hediondos, em 1990, que se instituiu, pela primeira vez, a colaboração premiada no Brasil, tendo sido estipulada a redução de um a dois terços da pena do participante ou associado de quadrilha voltada à prática de crimes hediondos, tortura, tráfico de drogas e terrorismo, que denunciasse à autoridade o grupo, viabilizando seu desmantelamento²².

Em seguida, a Lei Nº 9.269, de 02 de abril de 1996 deu nova redação ao §4º do artigo 159 do Código Penal, que passou a prever, nos casos de extorsão mediante sequestro, o benefício da redução da pena de um a dois terços se aquele que concorreu para o crime denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado²³.

Posteriormente, a Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995, que alterou a Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional²⁴, bem como a Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária²⁵, inseriu a delação premiada nestas, com a especificação de que a confissão teria que ser espontânea, devendo ser revelada toda a trama delituosa para se obter a redução da pena de um a dois terços.

Também no ano de 1995 foi sancionada a Lei 9.034/1995, que dispunha sobre “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, com a previsão em seu artigo 6º de que “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”.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob cit., p.690.

²¹ Ibdem, p. 690.

²² Art. 8º, parágrafo único, Lei 8.072/1990.

²³ Art. 159, §4º, do CP.

²⁴ Art. 25, §2º, da Lei 8.137/1990, incluído pela Lei 9.080/1995.

²⁵ Art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/1990, incluído pela Lei 9.080/1995.

No entanto, o instituto ganhou real aplicabilidade prática quando da publicação da Lei 9.613/1998, de combate à lavagem de dinheiro, que trouxe benefícios mais atraentes ao delator, tais como a possibilidade de condenação a regime menos gravoso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e até mesmo perdão judicial²⁶.

Trouxeram, outrossim, a possibilidade de colaboração premiada a Lei 9.807/1999, que trata da proteção de testemunhas²⁷, bem como a Lei 11.343/2006, a revogada Lei Antidrogas²⁸.

Por fim, a Lei 12.529/2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, veio regulamentando a técnica de investigação, não incorrendo na omissão cometida pelas leis anteriores, porém denominando a colaboração premiada de “acordo de leniência”, conforme seus artigos 86 e 87.

Contudo, apenas com o advento da Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013, estruturou-se um procedimento mais substancial para as medidas de combate à criminalidade organizada, destrinchadas nos incisos e parágrafos do artigo 4º da nova lei, a exemplo do perdão judicial, da redução da pena em até dois terços e da substituição por penas restritivas de direitos.

Para que seja admitida a delação premiada, ela terá que produzir um ou mais resultados dentre aqueles previstos nos incisos do artigo 4º da Lei 12.850/2013, além de que a colaboração com a investigação e o processo seja efetiva e voluntária.

A eficiência da cooperação diz respeito à verificação do preenchimento dos demais requisitos, enquanto que a voluntariedade à ação do colaborador livre de qualquer coação física ou moral, que deve ocorrer na fase de investigação e judicial,

²⁶ Art. 1º, § 5º, Lei 9.613/1998.

²⁷ Arts. 13 e 14 da Lei 9.807/1999.

²⁸ Art. 41 da Lei 11.343/2006.

sendo dispensada tal cumulação apenas se o acusado colabora na fase processual sem haver colaborado durante a investigação²⁹.

Os resultados almejados pela colaboração premiada, podendo ser apenas um deles ou mais, são a identificação dos demais coautores e partícipes da organização, bem como das infrações penais praticadas por estes; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefa da organização; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização; a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações praticadas e, por fim, a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada³⁰.

Esta última previsão é a que indubitavelmente confere força ao instituto, pois é de extrema importância uma medida que possa auxiliar na preservação de uma vida. O inciso V do artigo 4º da lei em comento é, porém, de aplicação específica, sendo cabível em regra nos crimes de sequestro ou extorsão mediante sequestro³¹.

Para a concessão do benefício o §1º do artigo 4º da nova lei de organização criminosa exige um elemento de ordem subjetiva, qual seja a personalidade do colaborador, a ser verificada pelo juiz, e de ordem objetiva, quais sejam a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, além da eficácia da colaboração, já mencionada no caput do mesmo dispositivo legal.

Está previsto, outrossim, que o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação daquele, poderão, considerando a relevância da colaboração prestada, requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que o benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, sendo aplicado, no que couber, o Código de Processo Penal Brasileiro³².

Como se percebe, é possível a realização da delação premiada tanto no processo judicial quanto no procedimento investigatório, podendo haver

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. P. 692.

³⁰ Art. 4º, incisos I a V, da Lei 12.850/2013.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. P. 694.

³² Art. 4º, §2º, da Lei 12.850/2013

requerimento ou representação pelo prêmio máximo do perdão judicial em ambas as fases.

No entanto, ainda quando o perdão judicial se der por meio de representação do delegado de polícia, sempre haverá manifestação do Ministério Público, em razão da sua titularidade privativa para promover ação penal³³. Conforme também se depreende do dispositivo em análise, o juiz não pode conceder a delação de ofício, ficando adstrito a aquiescer ou não com o pedido.

O perdão judicial é causa de extinção de punibilidade, que consiste na abstenção por parte do Estado de aplicar pena a quem cometeu infração penal, por razão de política criminal, que no caso da delação fundamenta-se no fim utilitário de captação de provas importantes em troca da não aplicação de pena³⁴.

Dentre os “prêmios” previstos no *caput* do artigo 4º, o perdão judicial é o mais benéfico, pois exclui a punibilidade, pondo fim ao processo-crime, participando o colaborador apenas como testemunha nos processos penais dos coautores.

Não sendo proposto o perdão judicial, o colaborador é processado com os demais réus, podendo ter sua pena reduzida ou sofrer restrição de direitos como benefício, nos termos do *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013.

A nova lei de organização criminosa prevê a suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou do processo por até seis meses, prorrogáveis por igual tempo, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, restando suspenso, também, o prazo prescricional³⁵.

A lei 12.850/2013 prevê autoriza o Ministério Público, ainda, a deixar de oferecer denúncia, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração³⁶, além de cumprir as hipóteses do *caput* do

³³ Art. 129, I, da Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit. P. 695.

³⁵ Art. 4º, §3º, da Lei 12.850/2013.

³⁶ Art. 4º, §4º, da Lei 12.850/2013.

artigo 4º quanto á colaboração efetiva e voluntária com um ou mais resultados dos seus incisos.

Outrossim, é interessante a previsão do §5º que regula a possibilidade de colaboração após a sentença, permitindo que a pena seja reduzida até a metade ou que haja progressão do regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Está estabelecido na lei que o juiz não participará das negociações entre as partes para a realização do acordo de colaboração³⁷. Com a realização do acordo, o respectivo termo é então encaminhado, com cópia da investigação e das declarações do colaborador, ao juiz, para homologação³⁸. Somente depois da homologação é que se iniciam propriamente as medidas de colaboração.

Há a possibilidade das partes retratarem-se da proposta, não podendo as provas autoincriminatórias ser utilizadas em seu desfavor. Observe-se que o delegado de polícia não poderá voltar atrás quanto ao acordo de colaboração pois não é parte no processo³⁹.

Essencial no acordo que o colaborador renuncia ao seu direito ao silêncio, estando comprometido a dizer a verdade⁴⁰. Ainda, a lei exige a presença de advogado em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração⁴¹.

Os termos e a eficiência do acordo é apreciada pelo juiz quando da sentença⁴², não podendo decidir pela condenação apenas com base nas declarações do colaborador⁴³, devendo fundamentar sua decisão com amparo também em outras provas.

³⁷ Art. 4º, §6º, da Lei 12.850/2013.

³⁸ Art. 4º, §7º, da Lei 12.850/2013.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit. p. 699.

⁴⁰ Art. 4º, §14º, da Lei 12.850/2013.

⁴¹ Art. 4º, §15º, da Lei 12.850/2013.

⁴² Art. 4º, §11º, da Lei 12.850/2013.

⁴³ Art. 4º, §16º, da Lei 12.850/2013.

Na recente lei foram previstos direitos ao colaborador, quais sejam de usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica (atualmente a Lei 9.807/99, que trata de Proteção de Testemunhas e Vítimas); de ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; de ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores ou partícipes; de participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; de não ter sua identificação revelada pelos meios de comunicação nem ser fotografado ou filmado, seu sua autorização por escrito e de cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados⁴⁴.

Está, outrossim, prevista na legislação as formalidades do termo de acordo⁴⁵, bem como medidas para garantir a proteção do colaborador, por meio do sigilo da homologação do acordo, que será distribuído secretamente e sem conter informações que possam identificar o delator e o seu objeto⁴⁶.

Como se vê, a nova lei de organização criminosa trouxe uma regulamentação da colaboração premiada que melhor viabilizará sua utilização. Malgrado já ser aplicado desde a edição das primeiras leis que o previram, a colaboração premiada pode se tornar um instituto de utilização mais ampla no processo penal brasileiro também a depender do deslinde da Operação Lava Jato.

Se ao cabo dos processos gerados pela Operação Lava Jato houver bons resultados para a Justiça e para o colaborador, os procedimentos de investigação e processamento de crimes envolvendo organizações criminosas podem vir a tomar novos contornos no sistema jurídico brasileiro.

5. Críticas ao Instituto

O tema encontra-se em evidência na atualidade em razão da publicação da nova lei que trata de organização criminosa, em 02 de agosto de 2013, mas em especial devido à investigação criminal envolvendo a Petrobrás (Petróleo Brasileiro

⁴⁴ Art. 5º da Lei 12.850/2013.

⁴⁵ Art. 6º da Lei 12.850/2013.

⁴⁶ Art. 7º da Lei 12.850/2013.

S.A.), empresa estatal de economia mista, logo, empresa de capital aberto, cujo acionista majoritário é o Brasil.

No caso em comento, vêm sendo realizadas delações no transcorrer da denominada “Operação Lava Jato”, deflagrada pela polícia federal em março de 2013, tendo o ex-diretor da Petrobrás, Paulo Roberto Costa, bem como o doleiro Alberto Yussef, vêm apontando políticos como participantes de esquema que desviava dinheiro da estatal para beneficiar empreiteiras e abastecer campanhas eleitorais ilegalmente⁴⁷.

Passaram a mídia e a população a debaterem sobre o instituto, que acabou por ser matéria bastante discutida entre os juristas. A delação trata-se de traição, forma antiética de comportamento social, oficializada por lei, sendo questionável se a necessidade de se alcançar o fim do combate à corrupção justificaria um meio imoral e antiético⁴⁸.

A Constituição Federal de 1988 e todo o sistema jurídico brasileiro que com aquela deve estar conformado, não pode admitir o pensamento “maquiavélico” de que o bem jurídico protegido pode justificar a utilização de meio inidôneo.

Ademais, pode-se argumentar que o instituto fere a proporcionalidade na aplicação da pena, vez que o delator recebe uma pena inferior àquela dos delatados, que praticaram condutas de igual gravidade, sendo, ainda, a traição, em regra, agravante ou qualificadora de crimes, não podendo ser admissível que sirva também à redução da pena⁴⁹.

Para além dos fatores ético-morais, é apontada, outrossim, a questão de o Estado brasileiro não possuir condições de o garantir a integridade física do delator, o que esvaziaria a utilidade do instituto⁵⁰.

⁴⁷ <http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/ex-diretor-da-petrobras-cita-28-politicos-em-delacao-premiada-diz-jornal-7807.html>

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p. 690

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. Cit. p. 690.

⁵⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Ano X. Número 55; p. 46

Nos crimes comuns, a proteção da vida do delator dificilmente pode ser eficiente, razão pela qual, provavelmente, pouco ocorra a utilização da delação premiada. A mesma situação pode se imaginar relativamente aos crimes econômicos, praticados por meio de organização criminosa, em razão do desmantelo do grupo organizado para a prática de delito refinado trazer uma perda grande para os criminosos.

Ademais, verifica-se uma verdadeira inconstitucionalidade no §14, do artigo 4º, da Lei 12.850/2013, vez que prevê que “o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

O direito ao silêncio é garantia constitucional, que poderá ser renunciado, apenas se voluntariamente, não podendo lei infraconstitucional impor a sua renúncia. Trata-se, portanto, de dispositivo teratológico⁵¹.

Já é uma realidade a ocorrência, sem a observância das formalidades exigidas, de concessão de “gratificações” a delatores e réus que confessam, em algumas ocasiões falsamente apenas para beneficiar-se. O amparo da delação premiada na lei poderia estar a multiplicar este tipo de subterfúgio, produzindo-se uma prova que não transmite credibilidade aos órgãos julgadores⁵². DAMÁSIO DE JESUS, ao comentar a entrada em vigor da Lei 9.034/1995, já criticava o instituto:

A alteração da lei, na prática, destina-se a nada. A delação premiada, introduzida no art. 159 do Código Penal pela Lei dos Crimes Hediondos (art. 7º da Lei n. 8.072/90), teve rara aplicação em quase seis anos de vida legal. (...) Os delinquentes sabem que o prêmio para a traição é a certeza da morte e não a eventual redução da pena.⁵³

O que se afigura verdadeiro, como já mencionado, é que em caso de cometimento de crimes comuns a delação premiada aparenta inutilidade, em razão da ineficácia do Poder Público em proteger o delator.

⁵¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Nova Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Ano X. Número 55; p. 51.

⁵² CASTELO BRANCO, Tales. *Delação e Cumplicidade Criminosa*, in Folha de São Paulo, 4.12.94, caderno 4, página 2.

Quanto à colaboração premiada em sede de crimes econômicos, tal conclusão ainda não pode ser estabelecida, vez que se trata de um contexto diferenciado, no qual delito é realizado de forma muito mais organizada e sofisticada e o instituto não é utilizado com frequência no processo penal brasileiro.

Na Operação Lava Jato, especificamente, há a aparência de que as delações realizadas não foram voluntárias, na medida em que foram mantidas prisões preventivas que acabaram por pressionar psicologicamente os acusados a aderirem à colaboração premiada.

É claramente ilegal a prisão com a finalidade real de obter-se uma delação por coação, pois desrespeita o artigo 5º da Constituição Federal que proíbe o tratamento degradante, configurando, também, uma distorção do instituto.

O que não se pode arriscar é viabilização da possibilidade de o delator incrimine outro acusado apontando-o falsamente como autor do crime apenas para poder livrar-se de uma investigação ou processo criminal.

Tal fato é passível de ocorrer porque, em muitas ocasiões, a sanha de encontrar um autor ou autores para um crime pode levar a uma ausência de investigação mais profunda de casos como estes, sem que se observe a falsa acusação.

Não obstante haver previsão da delação premiada desde 1990, com a maior regulamentação na nova lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) e a visibilidade que trouxe ao tema o caso da “Operação Lava Jato”, ainda em trâmite e muito comentada pela mídia, é que se poderá começar a observar a real utilidade e eficácia deste meio de obtenção de prova.

Como já dito, o que não se pode admitir é que sejam utilizadas medidas que desrespeitem os direitos fundamentais dos cidadãos bem como os valores constitucionais para suprir a ineficiência do Estado. Fala bem sobre a questão DUARTE:

Em se tratando de crime organizado, a sociedade é duplamente agredida. Em primeiro lugar, é ofendida pela ação nefasta da organização criminosa e, em segundo lugar, é vítima do próprio agir artificial do Estado que, incompetente e inoperante para evitar ou punir o crime organizado, ilude a sociedade com soluções enganosas que arditosamente cria no afã de gerar uma imagem de eficiência funcional na *persecutio* desses criminosos⁵⁴.

Portanto, soluções criadas com o fim de passar a falsa ideia de eficácia na atuação do Estado, apenas fere o sistema jurídico além de ferir a sociedade, não se prestando ao combate ideal à questões como o crime organizado.

Além destas há ainda outras circunstâncias que fazem com que a aplicação da medida nas investigações e processos criminais brasileiros seja questionável, tal como a desnecessidade em razão de haver previsão de outros institutos que fornecem os mesmo benefícios àquele que coopera com persecução penal.

Em conformidade com o artigo 68 do Código Penal, que estabelece o critério trifásico de aplicação da pena, apenas no último momento é que serão observadas as causas de diminuição e aumento de pena⁵⁵. Logo, em regra, no sistema penal brasileiro a redução da pena é realizada apenas após aplicada “in concreto”.

Na contramão do dispositivo supramencionado, a Lei 12.850/2013, em seu artigo 4º, estipulou redução de pena ao colaborador em até 2/3 (dois terços) a depender dos resultados advindos da colaboração.

Desnecessária a previsão em lei extravagante de tal “prêmio” vez que o Código Penal já prevê benefício para o réu que colabora com a persecução penal em circunstâncias correlatas, tal como o artigo 65, inciso III, alínea b, do Código Penal, o qual prevê que será atenuada a pena do agente que houver “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”.

⁵⁴ DUARTE, L.C.R.. Princípio vitimológico e criminalidade organizada. In: Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

⁵⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 570.

Ainda, há a previsão do artigo 15, qual seja o arrependimento eficaz, segundo o qual o agente que impede que o resultado se produza só responderá pelos atos já praticados, bem como do artigo 16 do mesmo diploma, o arrependimento posterior, restrito a delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, que também compensa favoravelmente o agente, com a redução da pena de um a dois terços⁵⁶.

Além destas há ainda outras circunstâncias que fazem com que a aplicação da medida nas investigações e processos criminais brasileiros seja questionável, tal como a desnecessidade em razão de haver previsão de outros institutos que fornecem os mesmos benefícios àquele que coopera com persecução penal.

6. Conclusão

O que se pode imaginar em um cenário atual para aqueles que se utilizam da delação premiada para amenizar ou livrar-se das penas que deveria sofrer, seria o abandono pelas autoridades ou um esquema de proteção que seria incoerente em um país no qual muitos trabalhadores não têm uma assistência mínima do Estado.

Ocorre que se inspirou no modelo americano e italiano para a criação da delação premiada no Brasil. Estudar medidas de combate à criminalidade utilizadas em outros sistemas é, sim, louvável, no entanto deve-se realizar uma adaptação adequada destas à realidade brasileira e não, simplesmente, reproduzi-las, ignorando-se as especificidades da cultura e do sistema normativo brasileiro.

Com tudo quanto estudado, vê-se que a delação premiada pode facilmente passar de meio de investigação para meio de lesão ao direito de defesa. Não se pode compensar a ineficiência do Estado em evitar, investigar e punir a criminalidade econômica e organizada se utilizando de método que poder vir a trazer mais prejuízos do que benefícios.

⁵⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Nova Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano X, número 55, p. 47.

O desvirtuamento de delação por aqueles que cometem crimes, realizando falsas acusações, bem como pelas autoridades, utilizando-se de prisões indevidas para coagir acusados a colaborarem, maculam o processo penal, investigados e réus muitas vezes de forma irreversível.

Comprovadamente já se verifica que as disposições de se preservar a identidade e o objeto da delação não vêm sendo respeitados, estando os meios de comunicação, em profusão, publicando diariamente notícias sobre os delatores e suas afirmações, muito antes que se possa fazer um julgamento respeitando o princípio constitucional do devido processo legal.

Dúvida não há de que é preferível que o Estado e sua polícia atuem de forma eficiente, porém sem que necessitem da utilização de expedientes escusos na investigação criminal. É inegável que o instituto da delação premiada é medida antiética que não deveria ser prestigiado em nosso sistema normativo.

Referências bibliográficas

CARVALHO, Ivan Lira de. *A Atividade Policial em Face da Lei de Combate ao Crime Organizado*. Revista Semestral do Curso de Direito da UFRN.

CASTELO BRANCO, Tales. *Delação e Cumplicidade Criminosa*, in Folha de São Paulo, 4.12.94.

DA COSTA, José Faria. *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal Econômico português. In: *Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infracções Contra a Economia Nacional. In: *Temas de Direito Penal*. Org. Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DUARTE, Luiz Carlos Rodrigues . Princípio vitimológico e criminalidade organizada. In: *Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao Prof. Luiz Luisi*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Nova Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Ano X. Número 55.

NUCCI, Guilherme De Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 8 ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014

OLIVEIRA, William Terra de. Análise prospectiva do Direito Penal Econômico Brasileiro. In *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: Liberars, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.