

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS Uni-ANHANGUERA CURSO
DE DIREITO**

**O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA:
ASPECTOS JURÍDICOS E CONTROVERSOS SOB A VISÃO DA LEI DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

MATHEUS HENRIQUE GONÇALVES ARAÚJO

Goiânia
Junho/2019

MATHEUS HENRIQUE GONÇALVES ARAÚJO

**O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA:
ASPECTOS JURÍDICOS E CONTROVERSOS SOB A VISÃO DA LEI DE
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, sob orientação da Professora Mestre Cassira Lourdes de Alcantara Dias Ramos Jube, como requisito parcial para obtenção do título de bacharelado em Direito

GOIÂNIA
Junho/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

MATHEUS HENRIQUE GONÇALVES ARAÚJO

**O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA: ASPECTOS JURÍDICOS E
CONTROVERSOS SOB A VISÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, defendido e aprovado em 05 de junho de 2019 pela banca examinadora constituída por:

Prof(a). Ma. Cassira Lourdes de Alcantara Dias Ramos Jube

Orientadora

Prof(a). Ma. Márcia Santana Soares

Examinadora

Dedico este trabalho aos meus queridos pais,
aos meus irmãos e minha namorada pelo apoio
e força.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais por todo apoio emocional e financeiro.

Agradeço aos meus irmão por todo apoio e paciência.

Agradeço a minha namorada por toda compreensão e apoio.

Agradeço a todos os professores da Uni-Anhanguera por seus ensinamentos.

“É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfos e glórias, mesmo expondo-se a derrota, do que formar fila com pobres de espírito que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem essa penumbra cinzenta que não conhece a vitória nem derrota.”

Theodore Roosevelt

RESUMO

O presente estudo constitui-se em uma análise da colaboração premiada no ordenamento jurídico Brasileiro, através do método de pesquisa bibliográfica. Neste sentido, traz uma abordagem inicial sobre os conhecimentos preliminares da colaboração premiada, inserindo o leitor ao tema. Em seguida, será exposta a sua evolução no ordenamento jurídico, a partir das leis que originaram os dispositivos legais no que tangem ao acordo premial. Desta forma, poderá ser verificado que este instrumento jurídico era bastante carente quanto ao procedimento a ser utilizado, demonstrando a visível necessidade de sua regulamentação, a qual foi finalmente concretizada pela Lei n. 12.850/13. Entretanto, o seu advento fomentou diversas discussões no que diz respeito à sua constitucionalidade, sobretudo ao princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, concernente ao benefício do não oferecimento da denúncia. Do mesmo modo, sobre o princípio da vedação da autoincriminação, quando o colaborador renuncia o seu direito ao silêncio e firma o compromisso em dizer apenas a verdade, sob pena de praticar o crime de falsa colaboração. Debate-se também a sua validade diante a ética e a moral, visto que, segundo alguns autores, a colaboração premiada seria uma traição em troca de benesses processuais, portanto, seria incompatível com o princípio da moralidade. Por derradeiro, cuida-se da compreensão do instituto da colaboração premiada, tendo como finalidade compreender seus aspectos jurídicos e desmistificar os controvertidos, afirmando a sua compatibilidade à luz da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Evolução no ordenamento jurídico. Acordo Premial. Benesses processuais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 NOÇÕES PRELIMINARES DA DELAÇÃO PREMIADA	12
1.1 Do conceito e da distinção da delação premiada	12
1.2 Da distinção da colaboração premiada e da atenuante genérica de confissão	14
1.3 Da (in)comunicabilidade do benefício processual decorrente da colaboração	15
1.4 Da incidência obrigatória	16
2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	18
2.1 Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)	18
2.2 Lei n. 9.034/95 (antiga Lei de Organização Criminosa)	20
2.3 Lei n. 9.080/95 (acrescenta dispositivos às Leis n. 7.492/86 e 8.137/90)	24
2.4 Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) e a sua modificação após a Lei n. 12.683/12	25
2.5 Lei n. 9.807/99 (Lei de Proteção às Testemunhas)	26
2.6 Lei n. 10.149/00 (dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica) e a alteração advinda com a Lei n. 12.529/11	30
2.7 Lei n. 10.409/02 (revogada Lei de drogas)	32
2.8 Lei n. 11.343/06 (nova Lei de Drogas)	32
2.9 Advento da Lei n. 12.850/13 (nova Lei de Organização Criminosa) e os seus aspectos jurídicos	33
2.9.1 <i>Da natureza jurídica e do valor probatório</i>	34
2.9.2 <i>Dos requisitos de admissibilidade</i>	34
2.9.3 <i>Da iniciativa</i>	36
2.9.4 <i>Do acordo</i>	37
2.9.5 <i>Da homologação</i>	39
2.9.6 <i>Dos efeitos</i>	41

2.9.7	<i>Dos direitos do colaborador</i>	44
3	ASPECTOS CONTROVERSOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A VISÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	46
3.1	A ética e a moral	46
3.2	O delegado de polícia na legitimação para celebração do acordo	48
3.3	O não oferecimento da denúncia	51
3.4	A renúncia do direito ao silêncio	53
3.5	O princípio da proporcionalidade	55
	CONCLUSÃO	57
	REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Será abordado neste presente estudo a abordagem ao tema do instituto da delação premiada, sobre seus aspectos jurídicos, controversos sob a ótica da Lei de Organização Criminosa. Com a finalidade de entender os conhecimentos preliminares da delação premiada, conhecer a evolução no ordenamento jurídico brasileiro e elucidar os aspectos jurídicos e controvérsias sob a visão da Lei 12.850/13.

Em um contexto histórico, é óbvio que a realidade social possui como característica um crescente avanço tecnológico com a intenção de proporcionar uma melhor qualidade de vida para toda a sociedade. Porém, a criminalidade também se aprimora conjuntamente em que o cenário social se desenvolve, formando novas práticas delituosas, sendo necessário que o Estado responda de forma repressiva e eficazes para combatê-las.

Nessa senda, o acordo premial é uma forma de suma importância por se tratar de um instituto que, inclusive, enfrentará um dos maiores desafios do Estado na atualidade, as organizações criminosas. Essa espécie de criminalidade é estruturalmente complexa, ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, acarretando níveis tão complexos que os meios ordinários para obtenção de provas seriam ineficazes para desmantelá-la e subsidiar a *persecutio criminis*.

Deste modo, o instrumento da colaboração premiada constitui uma arma poderosa para desvendar as atividades criminosas, possibilitando a concessão de benesses processuais para os criminosos que decidem se autodenunciar e colaborar com as investigações, propiciando a obtenção de informações intrínsecas ou de provas que dificilmente seria conseguida pelos outros meios de obtenção de provas existentes no ordenamento jurídico.

Outrossim, o tema “delação premiada” se tornou popular pelos veículos de comunicação e está nas principais notícias em decorrência do escândalo da operação Lava-Jato. Deste modo, o estudo a respeito do tema é essencial, pois é notório que estudantes e operadores de Direito devem estar inteirados dos assuntos atuais, isto posto, o conhecimento do instituto da colaboração premiada não pode ser esquecido, portanto, deve ser estudado de forma minuciosa.

Nesse sentido, em uma abordagem inicial, é necessário destacar alguns conhecimentos preliminares do tema, qual seja, o instituto da colaboração premiada e logo após, tecer a

respeito de sua evolução no ordenamento jurídico, almejando extrair os seus aspectos jurídicos, até findar-se, portanto, na Lei n. 12.850/13, que finalmente a regulamentou.

Entretanto, ao estudar a sua regulamentação, nota que alimenta uma série de debates em virtude dos seus aspectos controversos, fomentando ofensas a certos princípios constitucionais e legais, sobretudo quanto à obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, ao sistema acusatório, ao direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), bem como a sua validade diante a ética e da moral.

Portanto, primeiramente, é imprescindível conhecer os aspectos do instituto da colaboração premiada, com a finalidade de compreendê-lo e assim, sanar as suas controvérsias. Nessa senda, firmamos a conformidade desse instrumento de obtenção de provas com os moldes da Constituição Federal, embora alguns pontos mereça maiores explicações e uma nova redação. De todo modo, não há dispositivos normativos que constituem afronta às normas constitucionais.

Para a construção do estudo foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, sendo necessário o um levantamento bibliográfico de diversas obras, produzidas por diversos autores, como Guilherme de Souza Nucci, Renato Brasileiro, Rogério Sanches, Luiz Flávio Gomes, entre outros.

Em um primeiro momento, no capítulo 1 será realizada uma breve abordagem sobre conceitos básicos relacionados ao instituto da delação premiada, como a distinção entre delação e colaboração, distinção da colaboração e atenuante genérica de confissão, a incomunicabilidade da benesse processual em decorrência da colaboração e a sua incidência obrigatória.

Já no segundo momento, no capítulo 2 irá ser voltado para a evolução do instituto da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, onde será abordada lei por lei que abordou o referido instituto, até finalmente chegar na Lei 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa), a qual finalmente regulamentou o instituto de forma concreta, sendo também a lei que será trabalhada seus aspectos jurídicos neste estudo.

Por derradeiro, no capítulo 3 irá ser abordado os aspectos controversos da colaboração premiada, como a ética e a moral, se a autoridade policial possui legitimação para celebrar o acordo, sobre o não oferecimento da denúncia, a renúncia do direito ao silêncio e ao final sobre o princípio da proporcionalidade.

1 NOÇÕES PRELIMINARES DA DELAÇÃO PREMIADA

1.1 Do conceito e da distinção da delação premiada

O instrumento jurídico da colaboração premiada é um instituto de suma relevância ao combate do crime organizado, pois possibilita um meio de adquirir informações e materiais probatórios que dificilmente seria possível pelos meios "comuns" de obtenção de prova. Deste modo o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 728-729) define:

a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

O Delegado de Polícia Federal Milton Fornazari Júnior (2014) assevera que

Nada mais correto e eficiente para o Estado do que trocar a punição de um pequeno ou médio integrante de uma organização criminosa, pela obtenção de prova que permitam solucionar todos os crimes praticados pela organização criminosa, possibilitando salvar vidas, bem como condenar os verdadeiros mandantes do crime, com a descapitalização dessas pessoas e o ressarcimento do dano às vítimas e a sociedade.

É de salientar que possui uma distinção na doutrina no sentido das denominações **colaboração premiada** e **delação premiada**. Deste modo, alguns autores entendem que ambos termos são sinônimos, porém outros entendem que estes não se confundem.

Vejamos a lição de Guilherme de Souza Nucci (2013, p.47)

Embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação de investigado ou acusado, mas aquela na qual se descobre dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal.

No mesmo sentido, os doutrinadores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014) tratam as expressões como sinônimas. Outrossim, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014)

A outro giro encontra-se Renato Brasileiro de Lima, que por sua vez entende **delação premiada** como espécie, da qual a colaboração premiada é gênero, visto que

não são expressões sinônimas, sendo esta última de mais larga abrangência. O imputado, no curso de *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. (LIMA, 2014, p.729-730)

Eduardo Araújo da Silva (2014) também faz uma diferenciação dos termos, afirmando que a colaboração premiada é um instituto mais amplo que a delação, a qual se restringe a um instituto de direito material, com reflexos penais, de iniciativa exclusiva do juiz (diminuição da pena ou concessão do perdão judicial).

Não obstante a doutrina majoritária compreende ambos institutos como sinônimos, vale ressaltar que a posição do nobre doutrinador acima mencionado faz mais sentido, uma vez que a denominação **delação** é de certa forma pejorativa, visto que remete a traição, sendo esta prescindível, pois há outras formas de adquirir o benefício processual que não seja “dedurando” um terceiro criminoso.

Incumbe destacar que o legislador também seguiu esse raciocínio acima mencionado, pois em momento algum a Lei n. 12.850/13 faz menção à denominação delação premiada, e sim colaboração premiada.

Neste mesmo pensamento, Vladimir Aras classifica as subespécies da colaboração premiada, quais sejam:

- a) delação premiada (chamamento de corrêu): além de confessar o envolvimento na prática do crime, o delator também indica terceiros que perpetraram o crime;
- b) colaboração para libertação: o colaborador facilita a soltura da vítima sequestrada, demonstrando o lugar onde ela se encontra;
- c) colaboração para recuperação de ativos e localização: o criminoso colabora fornecendo informações para que seja encontrado o produto ou o proveito do delito;
- d) colaboração preventiva: o colaborador informa as autoridades competentes responsáveis pela *persecutio criminis* de forma relevante e deste modo evita ou impede a permanência ou continuidade de uma conduta ilícita. (2011 apud LIMA, 2014, p. 730)

De forma correlata, Eduardo Araújo da Silva (2014) separa o instrumento jurídico em dois grupos: preventivo e repressivo. A colaboração preventiva ocorre quando o criminoso além de confessar seus delitos para os órgãos estatais, faz com que outros crimes venham a ser denunciados. A Colaboração repressiva é aquela em que o acusado se autodenuncia e ajuda de forma efetiva na investigação, na sua atividade a fim de recolher material probatório contra os demais coautores, assim possibilitando suas prisões.

1.2 Da distinção da colaboração premiada e da atenuante genérica de confissão

É inevitável destacar que embora a colaboração premiada é prescindida de uma confissão, esta não se mistura com a atenuante genérica, disposta no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. Visto que o instituto da colaboração é mais abrangente que a segunda. Ou seja, não basta apenas que o colaborador se autodenuncie, além disso é necessário que colabore com as investigações do crime praticado, nos termos estabelecidos nas legislações específicas.

Por este motivo, a benesse processual em favor do acusado colaborador tem uma amplitude maior, e, portanto causa especial de diminuição de pena, sendo esta analisada na terceira fase da dosimetria da pena. Acerca deste tema, confirmam-se os seguintes precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. APLICAÇÃO DA PENA. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. ELEMENTOS NEGATIVOS DA PERSONALIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. CONFISSÃO. DELAÇÃO PREMIADA DO ART. 14 DA LEI 9.807/99. APLICAÇÃO CONJUNTA NA FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.
(...)

2. Não há impossibilitar a aplicação da atenuante da confissão na 2ª fase de individualização da pena, bem como da delação premiada na 3ª fase, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena.

(...)

ARNALDOESTEVEES LIMA, Data de Julgamento: 17/09/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 19/10/2009 – grifamos).

HABEAS CORPUS. ROUBO PRATICADO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE AGENTES. 1. DOSIMETRIA DA PENA. MODIFICAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, NA SEGUNDA FASE, NOS MOLDES DA DELAÇÃO PREMIADA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 2. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 3. ORDEM DENEGADA.

1. Impossível a aplicação da fração máxima de redução da pena pelo reconhecimento da delação premiada, na segunda fase da dosimetria, tal como a impetrante, poise se trata de causa especial de redução da pena, cuja avaliação ocorre na terceira fase, enquanto que a atenuante da confissão espontânea, efetivamente comprovada, é avaliada na segunda fase da individualização da pena, nos termos do art. 68, caput do Código Penal.

(...)

(STJ – Quinta Turma – Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze – HC n. 184906/DF – DJe de 13/06/2012 – grifamos).

Portanto, a diminuição da pena em razão da atenuante genérica e redução da pena prevista na delação premiada não são excludentes uma da outra, podendo assim combiná-las sem ofender o princípio do *non bis in idem*.

Israel Domingos Jorio (2006) explana que por este princípio entende que uma circunstância não pode ser valorada duas vezes, ou em mais de uma fase que compõe o sistema trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal.

1.3 Da (in)comunicabilidade do benefício processual decorrente da colaboração

A colaboração premiada pode gerar certos benefícios processuais para o criminoso que decide confessar e colaborar com a justiça. Sobre o tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu sobre a incomunicabilidade no seguinte julgado:

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE ANALISADAS. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADAMENTE PROCEDIDA. INCIDÊNCIA DE ATENUANTE. DELAÇÃO PREMIADA. CO-RÉU BENEFICIADO. INCOMUNICABILIDADE. MAJORANTE DECORRENTE DA ASSOCIAÇÃO APLICADA AO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

(...)

IV. A delação premiada não se comunica aos co-réus em casos de concurso de pessoas. Precedente desta Corte.

(...)

(STJ - HC: 33833 PE 2004/0021048-5, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 19/08/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.09.2004 p. 312 – grifamos)

Desta forma, observa-se que as benesses decorrente da colaboração premiada é de caráter personalíssimo por constituir circunstâncias subjetivas do acusado colaborador, pois além de colaborar com nossa justiça, há uma confissão da sua participação de sua participação

na atividade criminosa.

Neste sentido, a benesse processual não poderá ser aplicada para aqueles que não colaboraram efetivamente em prol da ação penal, não comunicando o prêmio aos demais co-réus ou partícipes da atividade delituosa, nos termos do artigo 30, do Código Penal.

1.4 Da incidência obrigatória

No que tange à aplicação do acordo premial, este pode ser questionado se a benesse processual constitui um direito subjetivo do colaborador ou mera discricionariedade do magistrado, norteador por sua conveniência e oportunidade. A respeito do tema, considera-se o devido julgado do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. 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.** (...) (STJ - HC: 35198 SP 2004/0061435-7, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 28/09/2004, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.11.2004 p. 215 – grifamos)

Nessa senda, note-se que a colaboração premiada se torna um direito subjetivo do colaborador quando é comprovadamente eficaz. Porém, por outro lado, há certa discricionariedade diante o *quantum* será reduzido da pena, sempre motivada. Entretanto, é recomendado que o percentual da redução da pena esteja norteador pela eficácia e efetividade prestada das informações pelo colaborador.

Importante salientar a interpretação do próprio Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando o magistrado, sem justificativas, nem se quer aprecia o instituto da colaboração premiada ou não fundamenta o motivo da redução da pena. Senão, veja:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELAÇÃO PREMIADA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA RECONHECIDA PELO JUÍZO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. Na concreta situação dos autos, o magistrado **não examinou o relevo da colaboração do paciente com a investigação policial e com o equacionamento jurídico do processo-crime. Exame, esse, que se faz necessário para determinar o percentual de redução da reprimenda.** Noutros termos: apesar da extrema gravidade da conduta protagonizada pelo acionante, o fato é que as instâncias ordinárias não se valeram de tais fundamentos para embasar a escolha do percentual de 1/3 de redução da pena.

(...)

(STF - HC: 99736 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 27/04/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-04 PP-00849 – grifamos)

Trata-se, portanto, da importância de contrapesar a relevância da colaboração premiada, correspondente ao percentual de redução de pena, sendo esta imperiosa, devia a sua própria fundamentação, sob pena de desrespeitar os princípios da moralidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, e da motivação das decisões, previsto no artigo 93, inciso IX do mesmo diploma.

2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Conquanto a regulamentação da delação premiada seja recente, é evidente que não é uma inovação legiferante, visto que foi institucionalizada por outras leis esparsas

Com o escopo de mostrar o pensamento positivado sobre o tema, é pertinente uma abordagem de forma sistêmica acerca das diversas leis que foram sucessivamente sendo editadas. Destarte, considera-se a análise de forma jurídica das legislações abaixo, ordenadas de modo cronológico, das leis que originaram os dispositivos legais referentes ao acordo premial, perfazendo-se na Lei n. 12.850/13, que finalmente a regulamentou. Entretanto, ressalva-se os seus aspectos controversos que serão objeto de análise somente no capítulo subsequente.

2.1 Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)

A lei n. 8.072/90 inseriu a ideia da delação premiada no ordenamento por meio de dois artigos da referida lei.

O primeiro está exposto em seu art. 7º, o qual acrescentou à redação do § 4º ao art. 159 do Código Penal, *in verbis*: “Se o crime é cometido em quadrilha ou bando, o coautor que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”

No entanto, o § 4º teve o seu dispositivo alterado pela Lei n. 9.269/96, subtraindo o requisito formal no que se refere à quadrilha ou bando, bastando somente que a extorsão mediante sequestro seja executada mediante concurso de agentes. Deste modo, encontra-se o atual dispositivo: “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” (redação dada pela Lei n. 9.269/96)

A última redação dada ao § 4º expõe os requisitos cumulativos necessários para que

sejam concedidas as benesses da delação premiada dispostas no artigo supracitado, sendo eles: I) o agente tenha praticado o crime de extorsão mediante sequestro, seja ele simples ou qualificado; II) seja praticado o crime em concurso de agentes, ou seja, basta que o delito seja praticado por dois ou mais agentes, sendo inadmissível a benesse legal em caso de coautoria imprópria ou autoria colateral, também chamada de autoria parrelha, visto que coincide a ausência de vínculo subjetivo, pois há um desconhecimento da vontade da prática do crime entre os agentes, embora a intenção de atingir os resultados seja a mesma. Neste caso, em outros termos, não há concurso de agentes ou pessoas; III) denúncia por parte de um dos agentes praticantes do delito à autoridade competente, isto é, será necessário que o partícipe ou coautor realize uma *notitia criminis*, meticulosa para o agente público ou político que seja legítimo para lograr êxito na libertação da vítima. IV) facilitar na libertação da vítima sequestrada, sendo imprescindível que a *notitia criminis* seja eficiente. Dessa forma, se a vítima for liberada por outro motivo, diverso da informação fornecida pelo criminoso, não incidirá na diminuição da pena do acusado, ou seja, é necessário que exista um nexo casual entre a colaboração e a libertação da vítima.

O segundo artigo da lei de crimes hediondos que versa sobre a delação premiada está disposto em seu artigo 8º, § único:

Art. 8º Será de três anos a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico de ilícito entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1990)

O *caput* do referido artigo qualifica o crime de associação criminosa. Prevendo ainda, em razão de seu parágrafo único, a possibilidade da delação premiada, caso cumpra os seguintes requisitos: I) participar ou integrar associação criminosa para prática de crimes hediondos ou equiparados (excetuando-se o tráfico de drogas, visto que já possui um tipo penal específico previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 (lei de drogas); II) *notitia criminis* feita pelo partícipe ou coautor ao órgão estatal que seja responsável pela persecução penal; III) a informação fornecida deverá ser suficiente para o desmantelamento da associação criminosa.

Sobre o dispositivo anteriormente narrado, é interessante visualizar o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, veja:

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.

(...)

IV. O paciente e os três co-réus 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 dismantelamento da organização criminosa, teria lugar a redução de pena ora pleiteada.

V. Eventual associação de agentes para a pratica de determinado crime dessa natureza, ainda que sejam eficientes as informações prestadas pelo delator, não permite o reconhecimento da delação premiada.

(...)

(HC 62.618/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 283 - grifamos)

Portanto, para efeitos da delação, é imprescindível que a associação criminosa seja estável em prática de crimes hediondos ou equiparados, obstando que seja satisfeito este requisito com apenas mera reunião esporádica de agentes.

2.2 Lei n. 9.034/95 (antiga Lei de Organização Criminosa)

A revogada Lei n. 9.034/95 tinha previsto em seu art. 6º, a delação premiada, observa *in 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”.

A leitura deste dispositivo é de suma importância para observar os seus requisitos para a concessão da benesse processual. Quais são: i) *notitia criminis* por par do colaborador (delator) com o escopo de esclarecer os delitos praticados e os seus respectivos coautores ou demais autores; ii) seja de forma espontânea, que não se confunde com voluntário; iii) crimes praticados em organização criminosa.

Pertinente ao último requisito, causou uma confusão legislativa, ocasionando dúvidas sobre o real significado de organização criminosa, pois não havia lei primário primária formal que a definisse.

Desta forma, a ementa da Lei n. 9.034/95 era orientada no que diz respeito às organizações criminosas. Entretanto, o seu art. 1º não fazia nenhuma menção ao referido

termo, nem sequer o seu conceito. Assim, confira-se:

Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por **organizações criminosas**.
Art. 1. Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre crime resultante de ações de **quadrilha** ou **bando**. (redação original – grifamos. BRASIL, 1995)

Por silogismo, restaria entender que a nomenclatura organização criminosa seria gênero, sendo bando ou quadrilha as suas espécies. Deste modo, aplicavam-se os elementos do tipo da redação anterior do art. 288 do Código Penal.

Porém, com o advento da lei n. 10.217/01 foi alterado a redação do art. 1º, inserindo a expressão organizações criminosas. Veja:

Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou **organizações** ou associações **criminosas** de qualquer tipo. (redação dada pela Lei n. 10.217/01 – grifamos. BRASIL, 2001)

Com a inserção do termo organização criminosa no caput do referido artigo, surge a discrepância entre os outros termos, tornando impossível o raciocínio inicial. Além disso, a lei não inseriu nenhum dispositivo conceituando o que venha ser esse novo modelo de crime.

Com efeito, vários outros dispositivos tiveram aplicação restrita às quadrilhas ou bandos. Consequentemente, o art. 6º, que versava sobre o tema da delação premiada, acabou perdendo a eficácia sob pena de violar o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Adiante, no ano de 2000 foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo.

Disposto em seu art. 2º, foi conceituado organização criminosa como

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (BRASIL, 2000)

O Brasil ratificou a Convenção acima mencionada no ano de 2004, mediante o Decreto Legislativo n. 231/03, inserida no ordenamento jurídico por meio do Decreto n.

5.015/04, momento em que surgiu a polêmica no que tange à aplicabilidade do conceito de organização criminosa, suprindo as lacunas oriundas das Leis n. 9.034/95 e n. 10.217/01, e assim dando eficácia àqueles artigos inócuos.

Na visão de Fernando Capez (2012, p. 172), havia acabado “a restrição quanto à incidência da Lei do Crime Organizado sobre as organizações criminosas, ante o argumento de que não foram definidas em lei”.

Deste modo, o egrégio Superior Tribunal de Justiça assim interpretou e pronunciou

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.

AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

(...)

2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.

(...)

(HC 77.771/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 22/09/2008 – grifamos)

Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima (2014) crítica que caso um tratado internacional pudesse definir organizações criminosas, ocasionaria uma evidente violação ao princípio da legalidade, visto que caso admita tratados intencionais definam crimes, seria afirmar que o Presidente da República possa de forma mesmo que indireta, desempenhar o papel de legislador penal. Caso aconteça ofenderia o princípio da reserva legal, que exige obrigatoriamente a participação dos representantes na elaboração do texto que amplia ou cria o poder de punir estatal.

Luiz Flávio Gomes (2007) entende que tratados e convenções são fontes diretas do Direito internacional penal, mas jamais poderia servir de base normativa para o direito penal brasileiro, o qual a única fonte é a lei (ordinária ou complementar).

Deste modo, deve-se obstar a extração do conceito de organização criminosa na Convenção de Palermo, fundamentado de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, nos termos do artigo 5., inciso XXXIX, da Constituição

Federal.

As lições dos doutrinadores supramencionados foram ratificados pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ao apreciar a matéria, e consequente mente fixou a atipicidade do termo organização criminosa nos seguintes julgamentos:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje **sem definição na legislação pátria.**

(STF - HC: 96007 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma, Data de publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013 – grifamos.)

HABEAS CORPUS – ORDEM CONCEDIDA – EXTENSÃO. Uma vez verificada a identidade de situação relativamente a corrêus, impõe-se observar o disposto no artigo 580 do Código de Processo Penal, procedendo-se à extensão da ordem. Isso ocorre no que assentada a **inexistência do tipo penal** – lavagem de dinheiro, tendo como crime precedente a denominada organização criminosa. (HC 96007 Extn-segunda, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013 – grifamos.)

Observa-se que não está de forma explícita nos julgados acima expostos a impossibilidade de extração da Convenção de Palermo o conceito de organização criminosa, contudo, deve presumir este óbice, visto que os julgamentos foram posteriormente à sua ratificação e inserção em nosso ordenamento jurídico.

Em suma, a delação premiada consagrada no art. 6º da revogada Lei n. 9.034/95, a priori, poderia ser aplicada em razão da interpretação jurídica realizada na expressão organização criminosa, utilizando-a como gênero e quadrilha ou bando suas espécies.

Entretanto, com o advento da Lei n. 10.217/01, diferenciou esses termos porém sem definir organização criminosa, ensejando à suspensão da eficácia do referido dispositivo, impedindo de imediato sua aplicação ao caso concreto, pois violaria o princípio da legalidade, especificamente o da reserva legal, e portanto foi posteriormente suprimida com a definição exposta no art. 2º da Lei n. 12.694/12 e modificada pela Lei n. 12.850/13

2.3 Lei n. 9.080/95 (acrescenta dispositivos às Leis n. 7.492/86 e 8.137/90)

A delação premiada foi incluída no diploma legal o qual define os crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/86) e na lei que define os crimes contra a ordem econômica, tributária e contra as relações de consumo (Lei n. 8.137/90), ambas por meio da Lei n. 9.080/95.

Atinente à Lei n. 7.492/86, foi acrescentado ao parágrafo segundo em seu art. 25, e no que se refere à Lei n. 8.137/90, foi inserido o parágrafo único ao seu art. 16. Sendo ambos dispositivos adicionados possuem o mesmo texto de lei, *in verbis*:

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

Para fins da delação premiada neste tópico, é necessário destacar que não há vínculo sequer entre a eficácia e os efeitos das declarações realizadas pelo colaborador (delator), diferentemente do que ocorre na colaboração premiada da extorsão mediante sequestro, cujo efeito é necessário que à vítima seja libertada.

Destarte, veja os seguintes requisitos: i) cometimento dos crimes previsto nas respectivas leis; ii) concurso de pessoas; iii) confissão espontânea, mediante a autoridade policial ou judicial; iv) a declaração deverá apontar toda a trama delituosa. Entretanto, não há um liame entre as informações prestadas e os seus efeitos no mundo jurídico (eficácia).

Note-se que o legislador, além de utilizar o termo coautoria, utilizou também a expressão quadrilha (atual associação criminosa, art. 288 do Código Penal), sendo a última desnecessária por pressupor os mesmos elementos da primeira.

A lei é silente em relação a possibilidade de revelar toda a trama delituosa ao membro do Ministério Público. Nesse sentido, Paulo Cezar Bitencourt e Juliano Breda (2014) entendem que a delação está exposto na lei, e deve ser endereçada à autoridade policial ou judicial competente, deste modo, por consequência o Órgão do Ministério Público, que nesses crimes, não pode ser o destinatário da referida delação premiada.

2.4 Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais) e a sua modificação após a Lei n. 12.683/12

Em relação aos outros dispositivos legais já analisados, a Lei n. 9.613/98 trouxe uma nova cara ao instituto, aumentando os efeitos decorrentes que, até então, era somente a redução da pena. Deste modo, além da possibilidade de diminuição da pena, abrangeu para a substituição por restritiva de direitos. Renato Brasileiro de Lima (2014) entende que a depender do grau de colaboração, poderá o magistrado substituir a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direitos, pouco importando os pressupostos do artigo 44 do Código Penal, ou até mesmo o seu cumprimento em regime aberto, ou até mesmo, pela não aplicação da pena. Em observância da leitura do § 5º do seu art. 1º:

§ 5. A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (BRASIL, 1998)

Para efeitos dos benefícios processuais, eram requisitos, de acordo com o art. 5º da Lei 9613/98 (BRASIL, 1998):

- a) *notitia criminis* perante as autoridades;
- b) espontaneidade;
- c) as informações deverão ser prestadas de forma efetiva, conduzindo a investigação para, alternativamente, apurar:
 - c.1) a localização dos bens, valores provenientes do fato delituoso.
 - c.2) a autoria e as infrações penais, cumulativamente;

A Lei n. 12.683/12 alterou a Lei n. 9613/98, com a intenção de tornar a persecução penal mais eficiente. Deste modo, verifica a atual redação e analisar as suas mudanças no tocante à colaboração premiada:

§ 5. A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida no regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer

tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Dentre as mudanças, estão: i) cumprimento no regime semiaberto ou aberto; ii) antes era necessário cumular os ilícitos penais com a sua autoria delitiva, entretanto, poderia alternar com a localização dos bens, valores ou direitos oriundos do ilícito penal. Após a mudança, todos os objetivos passaram a ser alternativos; iii) o dispositivo supracitado antes era omissivo em relação ao momento da substituição da pena. Após a modificação, tornou-se expresso que poderá ser realizada a qualquer momento.

2.5 Lei n. 9.807/99 (Lei de Proteção às Testemunhas)

Antes do advento da Lei 9.807/99, a colaboração premiada era carente em relação a segurança jurídica, devido não existir nenhuma proteção àqueles criminosos que colaboravam com as investigações. Com efeito, isso desestimulava os acordos de colaboração, já que a “lei do silêncio” é imperativa no mundo criminoso, sob pena de pagar até mesmo com a própria vida.

Deste modo, o referido diploma legal, além de proteger as testemunhas e vítimas ameaçadas, guarida também aquele criminoso que de forma voluntária prestou efetiva colaboração às investigações policiais e ao processo criminal. Devido a suma importância deste amparo, foi conferido um capítulo específico ao criminoso colaborador que auxilia a persecução penal. Assim então, o preceituado Capítulo II – Da proteção aos réus colaboradores, iniciando-se no art. 13, do referido diploma, senão veja:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial a conseqüentemente 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. (BRASIL, 1999).

O dispositivo legal mencionado é concernente ao perdão judicial, permitindo que o magistrado conceda o benefício processual *ex officio* ou a requerimento das partes, desde que preencha os requisitos subjetivos e objetivos.

Cleber Masson (2014) leciona que o perdão judicial é ato exclusivo do membro do Poder Judiciário, que poderá na sentença deixar de aplicar a pena ao réu, desde que presente os requisitos legais, e somente pode ser concedido nos casos expressos na lei.

Ainda em relação ao tema, o Tribunal Regional Federal da 3. Região entende que “O perdão judicial não é direito subjetivo do réu, mas sim de faculdade do julgador, que deverá analisar a possibilidade de sua aplicação no caso concreto” (TRF3 – Segunda Turma – ACR n. 35408 – Rel. Des. Federal Cecília Mello – DJe em 24/06/2010).

Para a análise subjetiva, faz-se necessário: i) **voluntariedade**; ii) **primariedade**, sendo primário aquele que nunca cometeu nenhum crime ou caso tenha cometido, já decorreu o prazo superior a 5 anos entre a data da extinção da pena ou o cumprimento da sentença transitado em julgado; iii) **personalidade do beneficiado**, assim o juiz terá que investigar a história do acusado, o seu comportamento, relações com a família e com as pessoas ou outras instituições sociais com que tenha entrado em convivência; iv) **circunstâncias**, que é o desenrolar da atividade criminosa, ou seja, o *modus operandi*; **natureza**, está relacionado ao bem jurídico ofendido; **gravidade**, a qual pode ser alcançada por meio da pena em abstrato; e **repercussão social**, a qual compreende como a sociedade se comove diante o crime.

No que concerne à análise objetiva é imprescindível que seja efetiva a colaboração na investigação policial e no processo criminal, entretanto, é obscuro se os resultados previstos do art. 13 e seus incisos devem ser alternativos ou cumulativos.

De todo modo, a cumulatividade deve ser afastada, sob pena de limitar-se somente ao crime de extorsão mediante sequestro em concurso de agentes, pois é a única espécie de crime que colige elementos em sua tipo penal que seria possível essa cumulação.

Assim entende Renato Brasileiro de Lima

há de prevalecer uma cumulatividade temperada, condicionada ao tipo penal, ou seja, é necessário a satisfação dos requisitos possíveis no mundo fático, quaisquer que sejam eles, de acordo com a natureza do delito praticado. (LIMA, 2014, p. 736-737)

Data vênua do posicionamento do brilhante doutrinador, entende que a cumulação temperada é desnecessária, pois a contribuição do colaborador será sopesada sobre a redução

de sua pena, na fase de dosimetria da pena. Assim, torna-se irrazoável, por exemplo, a prática do crime de extorsão mediante sequestro e concurso de agentes, a imprescindibilidade de acumular a identidade do partícipe ou coautor com recuperação parcial ou total do produto do delito, sendo necessária, ainda, a localização da vítima com vida, pois seria um absurdo dizer que o local onde a vítima se encontra com vida só possuir efeitos jurídicos se acompanhados dos outros resultados possíveis.

Em outra situação, o perdão judicial não é o único efeito decorrente da colaboração efetiva. A redução da pena de um a dois terços caso seja condenado é outra possibilidade de benesse processual, previsto no art. 14, *in verbis*

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

Nesta senda, percebe-se que comparando ao artigo antecedente, não há nenhuma necessidade de primariedade do réu, e nem precisará considerar a sua personalidade, bem como a natureza, gravidade, circunstâncias e a repercussão social do fato criminoso. Contudo, ainda restam os demais, quais sejam, nos termos do art. 14 da lei 9.807/99 (BRASIL, 1999):

- a) colaborar na investigação e no processo criminal;
- b) voluntariedade;
- c) a colaboração deve ser efetiva, devendo alternativamente resultar na:
 - c.1) localização da vítima com vida
 - c.2) identificação dos demais coautores partícipes do crime;
 - c.3) recuperação parcial ou total do produto do crime.

Ademais, observa que a lei não requisita um delito específico como nos outros diplomas legais, possibilitando sua aplicação a qualquer crime, desde que cumpra os requisitos subjetivos combinado a colaboração efetiva, obtendo-se qualquer dos resultados previstos nos incisos do disposto no art. 13.

Nesta senda, impende ressaltar que surge um conflito aparente de normas, ou seja, qual das normas deve ser aplicada dentre os demais diplomas legais, que tratam da colaboração premiada, e a lei em comento.

Entende que deverá ser analisado qual é o benefício processual desejado pelo colaborador. Deste modo, para efeitos de perdão judicial, é necessário uma análise subjetiva

mais profunda (primariedade, voluntariedade, a personalidade do beneficiado e a natureza, gravidade, circunstâncias, repercussão social do fato criminoso e a natureza), além dentre os outros requisitos objetivos, conforme a Lei n. 9807/99. Entretanto, no caso da redução da pena, deverá prevalecer a que torna mais benéfico o cumprimento dos requisitos para concessão do benefício processual ao réu colaborador.

Por fim, conforme mencionado inicialmente, a legislação confere proteção ao réu colaborador, nos moldes do art. 15 e seus parágrafos, veja:

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

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

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

§ 3o No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados. (BRASIL, 1999)

As medidas de segurança e proteção estão regulamentadas por leis estaduais e pelo Decreto n. 3.518/00, no âmbito federal. Impende ressaltar que as proteções assecuratórias são parecidas em ambas as fontes legislativas, sendo assim, veja o *caput* do art. 11 e seus incisos do referido Decreto, *in verbis*:

Art. 11. O Serviço de Proteção ao Depoente Especial consiste na prestação de medidas de proteção assecuratórias da integridade física e psicológica do depoente especial, aplicadas isoladas ou cumulativamente, consoante as especificidades de cada situação, compreendendo, dentre outras:

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

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

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

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

V - medidas especiais de segurança e proteção da integridade física, inclusive dependência separada dos demais presos, na hipótese de o depoente especial encontrar-se sob prisão temporária, preventiva ou decorrente de flagrante delito. (BRASIL, 2000)

A respeito do depoente especial é sinônimo de colaborador premiado. Conforme art. 10 do Decreto n. 3.510/00, é conceituado o réu detido ou preso, aguardando julgamento, indiciado ou acusado sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades, que testemunhe em inquérito ou processo judicial, se dispondo a colaborar efetiva e voluntariamente com a

investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração possa resultar a identificação de autores, co-autores ou partícipes da ação criminosa, a localização da vítima com sua integridade física preservada ou a recuperação do produto do crime;

A execução e o planejamento do Serviço de Proteção caberá a Polícia Federal, conforme preceitua os §§ 1º e 2º do art. 11, podendo tais medidas protetivas findarem-se a qualquer instante mediante decisão da autoridade policial responsável pela proteção, ou por solicitação expressa do réu colaborador, ou de seu representante legal, ou até mesmo por deliberação do Conselho. Em todos os casos, será lavrado termo de exclusão, o qual constará a ciência do encerramento da proteção e a sua motivação, nos termos do art. 13 e seu parágrafo único.

2.6 Lei n. 10.149/00 (dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica) e a alteração advinda com a Lei n. 12.529/11

Outro diploma legal que trata da colaboração premiada era a Lei n. 10.149/00. Porém, o acordo premial foi basicamente replicado para a Lei n. 12.529/11 devido as revogações realizadas por este novo diploma legal.

Deste modo, as mudanças efetuadas pela Lei n. 12.529/11 no que tange à colaboração premiada são as seguintes: i) as atribuições relativas à Secretaria de Direito Econômico (SDE) foram transmitidas para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), alterando então sua estrutura administrativa; ii) O julgamento do processo administrativo que competia ao CADE, será competência do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; iii) as normas aplicadas sobre a colaboração que eram editadas pelo Ministro de Estado da Justiça, serão efetuadas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; iv) a previsão de aplicação de sanção ao réu colaborador que descumprir o acordo.

A colaboração premiada em comento possui uma diferença peculiar em relação aos demais acordos premiais, pois enquanto estes tem o intuito de assegurar a garantia da ordem pública, aquele tem como intenção de assegurar a garantia da ordem econômica, sobretudo em razão do princípio constitucional da livre concorrência, previsto no art. 170, inciso IV da Constituição Federal. Por este motivo, justifica-se a denominação diferenciada, qual seja, acordo de leniência.

Dentre as diferenças, destaca-se a sua legitimidade, a qual contempla além da pessoa física, a possibilidade também da pessoa jurídica celebrar o acordo premiado. Somado a essa distinção, a celebração desse acordo será perante o CADE, intermediado pela Superintendência-Geral, ao invés das autoridades competentes a persecução penal.

Outra regra que diferencia é que a pessoa física ou jurídica que seja autor de infração contra a ordem econômica, além de ser imprescindível que colabore de forma efetiva e de boa-fé com as investigações, é necessário que dessa colaboração resulte, de forma cumulativa, a identificação dos demais envolvidos na infração além da obtenção de informações que comprovem a infração noticiada ou que está sob investigação. Outrossim, é essencial que cumule os requisitos previstos no art. 86, § 1º:

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;
II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;
III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e
IV - a empresa 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. (BRASIL, 2011)

Segundo o art. 86, § 2º, é suficiente em relação aos colaboradores que são pessoas físicas, tão somente o cumprimento dos requisitos II, III e IV para fins de celebrar o acordo de leniência.

Quanto aos efeitos, são separados em duas partes em relação ao conhecimento da Superintendência-Geral sobre a infração noticiada, sendo possível até mesmo a extinção da ação punitiva, em caso de desconhecimento, ou, nos casos em que já estiver ciente do crime, a redução de um a dois terços.

Por fim, cumpre destacar que a celebração do acordo de leniência suspende o curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia em relação ao agente colaborador beneficiário da leniência, nos termos do *caput* do art. 87. Vale ressaltar que se o colaborador descumprir os termos do acordo, este ficará impedido de realizar uma nova celebração no prazo de 3 (três) anos, contados a partir de seu julgamento, conforme art. 86, § 12º

2.7 Lei n. 10.409/02 (revogada Lei de drogas)

A revogada Lei de Drogas nos §§ 2º e 3º do vetado art. 32 a possibilidade do réu contribuir com a justiça em troca da redução ou da não aplicação da pena. Veja:

§ 2. 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.

§ 3. Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta 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. (BRASIL, 2002)

Note-se que nos dispositivos acima expostos havia dois momentos separados para efeitos da colaboração premiada: antes ou depois do oferecimento da denúncia. O que era antes da denúncia era visualizado no § 1º, e era necessário que o indiciado revelasse, de forma espontânea, a existência de organização criminosa, mediante acordo celebrado com o membro do Ministério Público, atingindo um dos objetivos: i) apreensão do produto, droga ou substância ilícita; ii) prisão de um ou mais dos integrantes; iii) colaboração com a justiça, de maneira genérica.

Após o oferecimento da denúncia, a diferença consiste nos efeitos que decorrem da revelação eficaz que, desta forma, dependiam da proposta realizada pelo Ministério Público ao juiz, para que no momento da sentença, não aplique ou reduzisse a pena, de um sexto a dois terços.

2.8 Lei n. 11.343/06 (nova Lei de Drogas)

A nova Lei de drogas transformou o instituto da colaboração premiada dando uma roupagem mais simplificada, clara e direta em relação à lei anterior sobre tóxicos. Nesta lei, está previsto no *caput* do art. 41 uma espécie da delação premiada:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá

pena reduzida de um terço a dois terços. (BRASIL, 2006)

Analisando o artigo, nota-se que o legislador utilizou a conjunção aditiva “e” entre os possíveis resultados de uma eventual contribuição do acusado, razão pela qual deverão ser cumulados como requisitos para conceder a redução da pena. Dessarte, são requisitos: i) crime concernente à entorpecente, previsto na própria lei em comento; ii) identificação dos demais coautores ou partícipes; iii) voluntariedade; iv) recuperação total ou parcial do produto do crime.

Vale ressaltar, que para a concessão das benesses da colaboração, o colaborador terá de confessar a prática dos delitos, bem como não utilize o direito em permanecer em silêncio, visto que para obtenção dos benefícios deverá indiciar os partícipes ou coautores ou então a indicação do produto do crime.

Observa-se também que a benesse previsto no artigo supracitado não está condicionado à personalidade, reincidência, ou antecedentes do colaborador, uma vez que não está prevista no artigo como condições para redução de pena.

Outro fato que não condiciona a concessão do benefício ou sua possível redução, é a quantidade apreendida de entorpecentes com o colaborador, visto que também não está prevista como condição para obtenção da benesse.

Por derradeiro, é notório que a colaboração premiada também é possível em crimes envolvendo a lei de drogas, e a depender da contribuição do réu colaborador, poderá o juiz até mesmo conceder o perdão judicial. Ressaltando que a quantidade de entorpecentes apreendida, a reincidência, e os antecedentes, não obstam a aplicação ou diminuição da benesse a ser concedido ao acusado colaborador observando ao princípio *non bis in idem*.

2.9 Advento da Lei n. 12.850/13 (nova Lei de Organização Criminosa) e os seus aspectos jurídicos

Com a evolução histórica da delação premiada, tornam-se evidentes as suas lacunas, quanto aos seus procedimentos, situação essa que permaneceu por mais de duas décadas, quando finalmente foi editada a Lei n. 12.850/13 que regulamentou o referido instituto.

Com a sua regulamentação ensejou maior segurança jurídica para aqueles que participam da negociação da benesse processual. Entretanto, fomentaram uma série de

discussões por doutrinadores, em razão dos seus pontos controversos que, para alguns doutrinadores, culminariam na inconstitucionalidade do instituto.

Desta maneira, as polêmicas serão fragmentadas para um capítulo específico, enquanto este tópico irá tratar tão somente dos aspectos jurídicos do instituto em comento.

2.9.1 *Da natureza jurídica e do valor probatório*

O instituto da colaboração premiada adota uma natureza jurídica híbrida ou mista, devido ao fato de incorporar em seus dispositivos normas processuais, relacionadas ao procedimento, além de materiais, que disciplinam direitos e garantias, ou seja, ela possui tanto caráter processual quanto ao procedimento e material em relação aos direitos obtidos. (NUCCI, 2013)

Além dessa particularidade, é também um meio de obtenção de prova, cujo valor não é absoluto, por tanto, relativo, sendo imprescindível uma corroboração probatória que prove as declarações do réu colaborador.

2.9.2 *Dos requisitos de admissibilidade*

Os requisitos para a concessão da benesse processual estão expostos no *caput* do art. 4º e o seu § 1º, *in verbis*:

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

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a **personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia** da colaboração. (grifamos. BRASIL, 2013)

Note-se que a lei é omissa no que concerne ao *quantum* mínimo para a redução da pena. No entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 51):

O dispositivo utiliza a cumulatividade no tocante à colaboração, mencionando a investigação e o processo. É natural que se exija do delator a mesma cooperação dada na fase investigatória quando transposta à fase judicial; noutros termos, tal como a confissão, de nada adianta apontar cúmplices durante o inquérito para, depois, retratar-se em juízo. A cumulação é razoável. Entretanto, se o investigado não colabora durante a investigação, mas o faz na fase processual, pode-se acolher a delação premiada, dispensando-se a cumulatividade

É importante ressaltar que os incisos I ao IV são concernentes aos crimes praticados por organizações criminosas. Significa dizer que o legislador restringiu a aplicação dos benefícios oriundos da lei 12.850/13, pois especificou todos os resultados pretendidos. No entanto, não é verdade que seu procedimento e os direitos do réu colaborador estão restritos a essa espécie de criminalidade, portanto, o instituto na referida lei é extensível para todos os dispositivos legais relacionados à colaboração premiada.

Da leitura *ipsis litteris* do dispositivo, percebe-se que há uma cumulatividade entre as infrações penais por eles cometidas e a identificação dos demais criminosos. Assim Guilherme de Souza Nucci (2013) assevera que deverá conceder o valor à delação de um membro da organização criminosa, identificando os demais delitos, visto que a organização criminosa tem um amplo alcance, que comete inúmeros crimes que nem mesmo todos os participantes conhecem.

Da leitura dos dispositivos acima exposto, observa que há quatro pressupostos de validade do instituto, quais sejam: a voluntariedade, colaboração efetiva, condições favoráveis do réu colaborador e a eficácia do acordo premial.

Em relação à voluntariedade, Guilherme de Souza Nucci (2014) leciona que no direito penal, há diferença entre voluntariamente e espontaneamente. Voluntario significa atuar livre, ou seja, sem qualquer coação. Já a espontaneidade quer dizer a vontade no mais íntimo desejo do agente.

A efetividade concerne às informações prestadas pelo réu colaborador no decorrer da persecução penal. Deste modo, o legislador elencou nos incisos do art. 4º Possíveis resultados proveniente da colaboração que possuem valor jurídico para fins de negociação do acordo premial. (BRASIL, 2013)

Quanto às condições a favor do colaborador, Eduardo Araújo da Silva (2014) assevera que existe uma situação em que mesmo que estejam preenchidos os requisitos do acordo, e o acusado tenha praticado crime com crueldade, ou que sua conduta tenha causado grave comoção social em razão da vítima, é desaconselhado a utilização do instituto

Dessarte, é demonstrado nos termos do § 1º do art. 4º que será imprescindível que considere: i) a personalidade do réu colaborador; ii) as circunstâncias do delito, que é o desenrolar da atividade criminosa, isto é, o *modus operandi* do criminoso no momento do crime; iii) a natureza do crime, que é concernente ao bem jurídico tutelado, *verbi gratia*, crimes contra o patrimônio, crimes contra a vida, entre outros; iiiii) a gravidade do fato delituoso, que pode ser alcançada por meio da pena em abstrato; iv) a repercussão social do fato criminoso, que é compreendida como a reação da sociedade perante o crime praticado.

Neste tema, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 52) explica que “esses fatores devem girar em torno, na verdade, do tipo de benefício do que o delator poderá auferir”.

Por fim, a eficácia da colaboração refere-se a necessidade que as informações fornecidas pelo réu colaborador produzam efeitos no mundo jurídico, ou seja, que ele obtenha um dos resultados previstos nos incisos do art. 4º do referido diploma legal.

2.9.3 Da iniciativa

A colaboração premiada é um acordo entre as autoridades legitimadas e o criminoso que decide se autodenunciar além de auxiliar as autoridades no desdobramento da *persecutio criminis*. Nos termos do art. 4º, § 15º, “todos os atos da negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

O referido diploma legal prevê no artigo 4º, § 6º, duas autoridades legitimadas para negociar o acordo de colaboração, *in verbis*:

§ 6. **O juiz não participará das negociações** realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o **delegado de polícia**, o investigado e o defensor, com a manifestação do **Ministério Público**, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.(grifamos. BRASIL, 2013)

Logo vemos no início deste parágrafo nota-se que o magistrado não é legitimado para

celebrar o acordo da colaboração premiada. Assim, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto justificam que

na eventualidade de insucesso de acordo, o desgaste advindo dessa frustração, a prematura inserção na prova criminal e mesmo o contato próximo com o réu, poderiam influir negativamente na formação da convicção do julgador. (CUNHA; PINTO, 2014, p. 68)

Além dessa precaução realizada pelo legislador, podemos recorrer aos princípios inerentes ao sistema acusatório, assim entende Renato Brasileiro de Lima

... o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como um legítimo actum trium personarum. (LIMA, 2014, p.45)

Sistema este vigora no processo penal, para excluir o juiz das negociações, tendo em vista que se trata de produção probatória.

2.9.4 *Do acordo*

O acordo de colaboração é sigiloso, tornando-se público somente após o recebimento da denúncia, nos termos do § 3., do art. 7º Segundo Guilherme de Souza Nucci (2013) assevera que pode, no entanto, que o magistrado pode manter sigilo do processo, motivando o interesse público, como, por exemplo, no caso de uma grande organização criminosa, perigosa a sociedade. Entretanto, vale ressaltar que aos defensores dos demais réus o acordo premial será acessível

Deve, ainda, ser de forma escrita e constar os seguintes elementos apontados no art. 6º:

Art. 6.º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:
I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia,

do colaborador e de seu defensor;
V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.(BRASIL, 2013)

A forma escrita é justificada para ratificar o que foi oferecido e aceito, a fim de evitar dúvidas quanto ao teor do acordo premial. Além disso, os referidos termos serão remetidos ao juiz, portanto, faz-se necessário que estejam devidamente documentados.

O inciso I concerne ao liame entre as informações prestadas e os seus resultados efetivamente obtidos, isto é, está relacionado quanto à eficácia da colaboração.

Já o inciso II é relacionado ao benefício proposto pelo delegado de polícia ou pelo membro do Ministério Público em favor do criminoso, caso este colabora com a justiça.

Quanto o inciso III diz respeito à aceitação de forma voluntária do colaborador, bem como a certeza desta voluntariedade pelo seu defensor, ambos declarando de forma expressa que concordam com os termos do acordo.

Importante ressaltar quanto à possibilidade de o réu colaborador ser analfabeto ou a possibilidade de assinar o termo, quando ferido, por exemplo. Nestes casos, a sua assinatura será colhida com a coleta da respectiva impressão digital e deverá ser consignado no termo de acordo o motivo pela falta da assinatura, por analogia ao artigo 195 do Código de Processo Penal (CUNHA; PINTO, 2040, p. 86).

Além disso, o colaborador pode ser estrangeiro, neste caso é necessário que se aplique, por analogia, os artigos 236 do Código de Processo Penal e 157 do Código de Processo Civil (CUNHA; PINTO, 2040, p. 86).

Segundo Eduardo Araújo da silva (2014, p. 65), "... o inciso IV trata da autenticidade do acordo, exigindo a assinatura dos principais envolvidos". Na lição de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto asseveram que

a falta de assinatura em algum ato processual como, por exemplo, do perito, do juiz ou do advogado no interrogatório e do promotor de justiça no termo de audiência tenham sido consideradas meras irregularidades, aqui tal omissão é apta mesmo a configurar verdadeira inexistência do ato. É que a colaboração premiada reveste-se de enorme importância, com consequências jurídicas sérias, inclusive a imputação da prática de crimes a outrem. Daí não ser possível se prescindir da assinatura de todos os envolvidos em sua elaboração.(CUNHA; PINTO, 2014, p. 72)

Assim, o inciso V determina que conste no termo do acordo premial, quando se verificar necessárias, as medidas de proteção. Essa precaução do legislador em proteger o réu colaborador e a sua família é advinda da notória "lei do silêncio" que é de forma imperativa

no mundo criminoso. As medidas assecuratórias serão analisadas adiante.

Vale ressaltar que o diploma legal em destaque prevê a possibilidade de retratação. Neste caso, as provas autoincriminatórias produzidas pelo próprio colaborador não poderão ser utilizadas para uso exclusivo em seu desfavor, contudo, manterá a sua utilização em desfavor dos demais réus, segundo o teor do art. 4º, § 10º, veja:

art. 4., § 10. As partes podem retrata-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor

2.9.5 *Da homologação*

Após de formalizar todos os termos do acordo, será feito um pedido de homologação ao juiz. No conceito de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014), entende que a homologação do acordo em juízo é uma promessa do magistrado quanto à aplicação das benesses advindas da colaboração, cuja efetiva implantação, somente poderá ser realizada na sentença, após efetiva demonstração da delação.

No que tange à decisão homologatória, Vicente Greco Filho (2014) leciona que é uma interlocutória simples, e portanto não produz coisa julgada nem assegura a concessão da benesse. Tem por finalidade somente de qualificar o acusado como colaborador, tanto não faz coisa julgada que poderá a parte se retratar nos termos do art. 4º § 10.

Deste modo, deverá ser remetido as declarações do colaborador, o teor do acordo premial e a cópia da investigação, nos termos do artigo 4º, § 7º da Lei 12.850/13:

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

É importante ressaltar que o delegado de polícia e o membro do Ministério Público não participam dessa audiência sigilosa. Isto ocorre para facilitar que o magistrado identifique e verifique a voluntariedade do réu colaborador, além de uma eventual ilegalidade ou irregularidade, neste caso, segundo o art. 4º, § 8º, o juiz poderá se recusar a homologar o acordo, caso não sejam atendidos os requisitos legais ou se possível adequá-los ao caso concreto.

Uma orientação feita pelo legislador para resguardar o devido processo do instituto, exposto no artigo 4º, § 13, *in verbis*:

§ 13. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

Na ocasião de divergência sobre homologar ou não o acordo, Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 60) afirma que o diploma legal “não especifica o recurso cabível para o ato judicial de homologação ou de indeferimento, razão pela qual cremos deva ser utilizada a correição parcial, que corrige erros de procedimento do magistrado”.

O *caput* e o § 1º do art. 7º tange quanto ao procedimento a ser seguido para resguardar o sigilo inclusive durante o trâmite do pedido de homologação, dispondo que no requerimento deverá conter apenas informações que não seja possível identificar o colaborador, vale ressaltar que o sigilo da pessoa colaboradora condiz em um direito expresso no art. 5º, inciso II do referido diploma legal, e o objeto demandado, sendo dirigido diretamente ao juiz que foi distribuído, o qual terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para decidir.

Na lição do referido autor Guilherme de Souza Nucci leciona que

Deve o termo ser autuado em apartado, como um autêntico incidente do inquérito ou do processo, para que possa ser sigilosamente distribuído a um juiz, ou do processo, para que possa ser sigilosamente distribuído a um juiz, nos termos do art. 7. da Lei 12.850/13. Entretanto, somente se distribui esse incidente caso o inquérito ainda não possua juiz certo (ou o processo). Se assim for, respeita-se, por prevenção, o magistrado competente, dirigindo-lhe o pedido de homologação de acordo. (NUCCI, 2014)

Quanto ao sigilo é evidente que não é absoluto, em razão do princípio do contraditório e da ampla defesa, o qual é relativizado pelo teor do § 2º, do art. 7º, *in verbis*:

§ 2. O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. (BRASIL, 2013)

Vale ressaltar que o dispositivo legal acima mencionado encontra-se em consonância com o disposto na Súmula Vinculante n. 14. Senão veja:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2013)

É sabido que o acesso aos autos não poderá atrapalhar as investigações em andamento, embora em que ambos dispositivos declarem “acesso amplo”. Vale ressaltar que é por esse motivo que a Súmula Vinculante n. 14 utiliza a expressão “já documentados”. Seguindo esse entendimento, veja a interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACESSO DOS ACUSADOS A PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO SIGILOSO. POSSIBILIDADE SOB PENA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRERROGATIVA QUE SE RESTRINGE AOS ELEMENTOS JÁ DOCUMENTADOS REFERENTES AOS INVESTIGADOS.

I - O direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos.

(...)

(HC 94387 ED, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-03 PP-00679 - grifamos)

O § 9º do art. 4º dispõe que após a homologação, o colaborador poderá ser ouvido pelo delegado de polícia ou pelo membro do Ministério Público responsável pelas investigações, desde que acompanhado pelo seu advogado ou defensor público.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014) entendem que intenção do legislador, ao prever a oitiva do réu colaborador e após a homologação do acordo, seja de oferecer a ele novas informações, complementando àquelas inicialmente prestadas, ou quem sabe até mesmo dar oportunidade para que denuncie ameaças que sofre, colocando em risco à sua integridade física e de familiares próximos.

Nesse momento poderá, inclusive, invocar o desejo do colaborador de retratar-se do acordo premial.

2.9.6 *Dos efeitos*

O processo ou o prazo para que seja realizado o oferecimento da denúncia poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, podendo ser prorrogados por igual período, suspendendo-se também o prazo prescricional, nos termos do § 3º, do art. 4º. Esse dispositivo tem como objetivo permitir um lapso temporal para que seja suficiente verificar as informações prestadas pelo colaborador produza efeitos no mundo jurídico, isto é, se demonstrem eficazes.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto asseveram que

...não apenas o pedido de prorrogação do prazo se impõe que seja apreciado pelo juiz. Antes disso, também o pedido em si de suspensão do prazo para oferta da denúncia deve ser submetido ao crivo judicial. É que ele decorre importante consequência, que é exatamente a suspensão do prazo prescricional, a exigir um provimento concreto que estabeleça o “termo *a quo*” a partir do qual tal lapso de tempo ficará pendente. (CUNHA; PINTO, 2014, p.57)

Caso o magistrado discorde do pedido de prorrogação ou suspensão, não há como obrigar o Ministério Público a oferecer a denúncia. Por este motivo, aplica-se por analogia o dispositivo do art. 28 do Código de Processo Penal, *in verbis*

art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. (BRASIL, 1941)

Caso o magistrado indeferir sem aplicá-lo, há duas possibilidades: a correição parcial, ou recurso em sentido estrito, por analogia ao art. 581, inciso XVI, do Código de Processo Penal. Todavia, na dúvida, aplica-se o princípio da fungibilidade, previsto no art. 579 do Código de Processo Penal (CUNHA; PINTO, 2014).

É notório que o delegado de polícia não poderá requerer a suspensão do processo ou o prazo para oferecimento da denúncia, visto que a autoridade policial está restrita às investigações policiais, ou seja, as pré-processuais. Deste modo, poderá requerer tão somente ao magistrado a prorrogação do prazo para conclusão do inquérito policial.

Concernente a benesse processual decorrente do acordo premial, é patente que se trata de uma causa especial de diminuição de pena, a qual será analisada na terceira fase da dosimetria da pena. Assim, o seu efeito benéfico pressupõe uma sentença a qual, conforme art. 4º, § 11, deverá apreciar os termos do acordo homologado e sua eficácia.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato

estas medidas são tomadas até a sentença condenatória, pois é nela que poderá haver a declaração de extinção da punibilidade pelo perdão judicial e nela que será fixada a pena, estabelecendo seu *quantum*, que pode ser reduzido, ou a substituição por pena restritiva de direitos.(BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 128)

Vale ressaltar o disposto do § 16 do art. 4º que: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”.

Dessa forma, se for constatado que as informações fornecidas pelo réu colaborador foram eficazes, o colaborador poderá, nos termos do acordo, receber uma das benesses processuais expostos no *caput* do art. 4º, se a colaboração tiver sido realizada em momento anterior à sentença, ou alguma das benesses do § 5º, caso posterior:

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

...

§ 5. Se a colaboração for posterior à sentença, **a pena poderá ser reduzida até a metade** ou será admitida a **progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos**. (grifamos). (BRASIL, 2013)

Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 56) acrescenta que “... não se menciona o preterimento dos requisitos subjetivos, como o merecimento, muitas vezes obtido pelo exame criminológico”.

Acerca do perdão judicial, a lei prevê no § 2º, do art. 4º dispositivo correlacionada a esta benesse, contudo, de antemão salientamos que a disposição possui pontos controversos indissociáveis de sua *ratio legis*, entretanto, será posteriormente analisado no capítulo posterior específico. Veja:

§ 2o Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (BRASIL, 2013)

Outro benefício processual está exposto no art. 4º, § 4º e seus requisitos nos incisos I e II, *in verbis*:

§ 4 Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.(BRASIL, 2013)

CUNHA e PINTO (2014) a respeito do não oferecimento da denúncia asseveram que para demonstrar que o beneficiário da delação não é o líder da organização criminosa deverá ser de cunho probatório, não podendo simplesmente a alegação do colaborador sem outros elementos aptos para sustentá-la, pois na verdade, em alguns casos é notório a liderança da organização criminosa, quando então restará atendido este requisito.

De todo modo, os referidos requisitos devem ser cumulativos, embora no contexto prático apresente uma certa dificuldade quanto à sua aplicação, devido o lastro probatório necessário para preencher o inciso I.

Por fim, também é controversa a disposição do § 12 do art. 4º, conseqüente dessas duas últimas benesses processuais comentados. Ressalta-se: “Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial”.

Do mesmo modo, o § 14 do art. 4º, *ipsis litteris*: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.

Assim, pelos mesmos motivos invocados no § 2º, do art. 4º, os seus §§ 12 e 14 também serão abordados no capítulo específico ulterior.

2.9.7 *Dos direitos do colaborador*

Os direitos do réu colaborador estão dispostos no art. 5º da lei 12.850/13 em comento.

Veja:

Art. 5. São direitos do colaborador:

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

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

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

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

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser

fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. (BRASIL, 2013)

Os dispositivos mencionados possuem o escopo de preservar a privacidade do réu colaborador nos incisos II, IV e V, bem como resguardá-lo contra eventuais represálias nos incisos III e VI.

Embora a intenção da lei seja de clara compreensão, pode surgir certas dúvidas quanto ao inciso I, acima de tudo no que concerne a qual legislação específica, e o inciso II, concernente ao limite das informações pessoais preservadas.

Assim, torna-se importante ressaltar que o inciso I se refere a outras medidas protetivas dispostas na Lei n. 9.807/99 (Lei de Proteção às Testemunhas), a qual especificou em seu Capítulo II as proteções relacionadas aos colaboradores. Quanto à preservação do nome, imagem, qualificação e outras informações pessoais do colaborador, Guilherme de Souza Nucci leciona que

sem dúvida, possui caráter absoluto no tocante ao público em geral, particularmente em relação à mídia. Porém, jamais poderá ficar oculto da defesa dos outros corréus, criando-se um testemunho secreto, sem qualquer identidade. [...] Em todo caso, a defesa dos outros acusados pode conhecer a sua identidade, contraditá-los e dirigir-lhe perguntas. (NUCCI, 2013, p. 66)

Ou seja, seguindo a lição do doutrinador supracitado, estarão assegurados os princípios consagrados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, quais sejam, o princípio do contraditório e ampla defesa, e no art. 155 do Código de Processo Penal, que inclusive segundo este diploma a prova obtida violação a normas legais ou constitucionais deve ser desentranhada do processo.

3 ASPECTOS CONTROVERSOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A VISÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

3.1 A ética e a moral

Inicialmente concernente ao tema, faz jus uma explanação a respeito dos conceitos de moral e ética. Luiz Flávio Gomes (2013) leciona que

Os valores, as regras de comportamento, os costumes, as tradições, as convenções fazem parte da moral. Aliás, toda sociedade tem sempre um conjunto de valores, umas pautas de conduta, ideais, fins, preferências, que são seguidas pela maioria. São elas que definem, numa determinada sociedade, o que é reputado como certo e o que é tido como errado. A ética estuda e analisa criticamente tudo isso, ou seja, a moral, os costumes, as regras sociais que orientam nosso comportamento, as tradições, os valores. Ela questiona a validade (ou não) desses valores morais que são seguidos por milhares de pessoas... A ética é uma reflexão (pensamento, filosofia, análise, crítica) sobre a moral...(GOMES, 2013)

Conforme o exposto, observa-se que o conceito de ética é mais abrangente do que a moral, por ser um reflexo, pautado por uma determinada sociedade e época, sobre as condutas humanas, ou seja, a ética é o conjunto de conhecimentos obtidos através do comportamento humano, o qual tenta explicar as regras morais fundamentada de forma racional, científica e teórica, portanto é uma reflexão sobre a moral.

Já a moral é um conjunto de regras aplicadas no dia a dia e usadas por cada cidadão, estas regras guiam cada indivíduo, norteando seus julgamentos e ações sobre o que é imoral ou moral, certo ou errado ou o que é ser bom ou ser mal. (GOMES, 2013)

Em termos mais práticos, válido é o exemplo do caso do policial que encontrou a quantia de trinta e cinco mil dólares e entregou essa enorme quantia à delegacia, que

posteriormente ao ser questionado o porquê dessa nobre atitude, ele revelou que não entregaria caso fosse uma quantia maior. Ora, ele teve o comportamento correto moralmente, entretanto, a sua motivação foi eticamente reprovável (Luiz Flávio Gomes, 2012).

Ademais, na doutrina muito se discute em relação a validade da colaboração premiada sob a luz da ética e da moral. Na ótica de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato

Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui para aplaudir qualquer senso de “camaradagem” para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 117)

Em relação a isso, no Código Penal, no art. 61, inciso II, alínea “c” e art. 121, § 2, inciso IV, o legislador elencou os crimes praticados por traição como graves, em razão do objetivo alcançado ser a lesão a um bem jurídico tutelado. Entretanto, a colaboração premiada seria uma traição com bons propósitos, agindo contra o crime e em favor do estado democrático de direito. Deste modo, na criminalidade, não há que se falar em ética ou em valores morais, dada a própria natureza da prática de delitos que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos tutelados pelo Estado. Dessarte, a ética possui juízo de valor variável, por ser de acordo com a época e os bens conflitantes, razão pela qual não pode impedir a delação premiada, cujo fim é combater, em primeiro momento, o crime organizado (NUCCI, 2013, p. 48-49)

Igualmente, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto asseveram que

Nem mesmo o prêmio dado àquele que se arrepende pode ser considerado imoral ou inusitado em nosso ordenamento jurídico. O Art. 15 do Código Penal prevê, com efeito, a figura da desistência voluntária e arrependimento eficaz, enquanto que o art. 16 do mesmo “codex” trata do arrependimento posterior. No mesmo sentido a atenuante do art. 65, inc. II, “b”, do Código Penal. Também a confissão, prevista como atenuante do art. 65, inc. III, “d” do Código Penal, embora não se investigue o valor moral que a motivou, não deixa de consistir em estímulo ao réu, como “forma de recompensá-lo por haver, assim, colaborado com ação da justiça”, segundo Aníbal Bruno. (CUNHA; PINTO, 2014, p. 37)

O ordenamento jurídico, sem dúvidas, preza pela ética e a moral, em razão do princípio da moralidade, nos termos do art. 37 da Constituição Federal. Além do mais, possuem outros preceitos éticos, por exemplo, o Estatuto da Advocacia e da OAB, Código de

Ética da OAB, Código de Ética Profissional do Público Civil do Poder Executivo Federal, dentre outros.

Embora os posicionamentos doutrinários de BITENCOURT e BUSATO (2014), é notório que a própria conduta delituosa é antiética e imoral, logo, seria contraditório utilizarem como escusa para não coibir crimes. Dessarte, é importante ressaltar que o próprio legislador não vislumbra a importância da ética e da moral para fins da instrução criminal, principalmente ao permitir a violação da intimidade, contanto que precedido de ordem judicial e na forma da lei.

Enfim, a colaboração premiada é integralmente válida à luz da ética e da moral, observando os direitos e garantias fundamentais, principalmente ao princípio da legalidade e do devido processo legal.

3.2 O delegado de polícia na legitimação para celebração do acordo

A Lei n. 12.850/13 legitimou o membro do Ministério Público e o delegado de polícia para celebrar os acordos premiais, nos termos dos §§ 2º e 6º do art. 4º, in verbis:

§ 2. Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

...

§ 6. O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. (BRASIL, 2013)

Dos dispositivos supracitados, discute-se na doutrina a constitucionalidade do delegado de polícia celebrar os acordos premiais. Assim entende Eduardo Araújo da Silva (2014) entende que corre o risco do membro do Ministério Público manifestar-se contrariamente ao acordo celebrado pela autoridade policial, e por sua vez o magistrado homologá-lo, vinculando sua decisão final. Deste modo teria a hipótese da autoridade policial vincular a disponibilidade da aplicação da sanção penal ou o poder de punir do estado, via perdão judicial, o que implicaria no cerceamento das funções acusatórias do Ministério

Público em juízo.

Concernente ao tema, na obra de Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato há conflito entre os autores. Este último (2014, p. 123-124) afirma que neste caso a autoridade policial assumiria o papel de parte no processo, pois admitindo que ele negocie o acordo premial sua iniciativa poderia gerar a extinção da *persecutio criminis*, substituição por restritivas de direitos ou até mesmo a extinção da punibilidade via perdão judicial.

Outro giro, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 124) assevera que em relação a inconstitucionalidade em relação da autoridade policial celebrar o acordo, acompanhado do defensor do acusado, esse aspecto, não torna por si só parte na relação processual, visto que ele não é integrante, portanto limitando sua atividade somente na fase pré-processual. Em relação a invocação do art. 28 do Código de Processo penal, que o delegado de polícia não pode invocar, pois este dispositivo refere-se ao membro do Ministério Público.

Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem que

o ato de representar no sentido de que seja concedido ao perdão ao colaborador, possa ser inserido no âmbito regular de atribuições do delegado de polícia, tal como ocorre, por exemplo, quando representa pela decretação da prisão preventiva (art. 13, IV do CPP), inclusive na Lei Maria da Penha (art. 20 da Lei n. 11.340/2006), ou pela decretação da prisão temporária (art. 2., da Lei n. 7.960/89). Aliás, a lei somente admite a representação na fase de inquérito, o que destaca o caráter investigatório da medida, típico da atividade policial (CUNHA; PINTO, 2014, p. 54)

Deve prevalecer a corrente que o delegado de polícia é parte legítima para celebrar o acordo premial. De fato, não se funda o posicionamento que o delegado de polícia não pode dispor de uma atribuição que não lhe pertence, visto que o próprio perdão judicial não é ato competente ao Ministério Público.

Neste sentido, Cleber Masson (2014, p. 541) explana que o perdão judicial “... é o ato exclusivo do membro do Poder Judiciário que, na sentença, deixa de aplicar a pena ao réu, em face da presença de requisitos legalmente exigidos. Somente pode ser concedido nos casos expressamente previstos em lei.”

Ainda concernente ao assunto, O Tribunal Regional Federal da 3. Região decidiu que o perdão judicial “... não é direito subjetivo do réu, mas sim de faculdade do julgador, que deverá analisar a possibilidade de sua aplicação no caso concreto”. (TRF – Segunda Turma – ACR n. 35408 – Rel. Des. Federal Cecília Mello – Dje em 24/06/2010).

Ademais, é um dos motivos que a celebração do acordo premial depende de sua

homologação judicial, pois quando constado no termo do acordo premial o benefício do perdão judicial, torna-se imprescindível a ratificação pelo magistrado, já que é a única autoridade competente que poderá concedê-lo.

Essa concepção dirime a controvérsia no que se refere a não participação do juiz nas negociações (§ 6º) e a possibilidade do próprio magistrado adequar a proposta do acordo (§ 8º), sendo a mencionada adequação a respeito à recusa do perdão judicial. Deste modo, caso o colaborador ou a autoridade discorde da nova proposta, basta retratar-se, nos termos do § 10 do art. 4., ou mesmo formalizar um novo acordo premial.

Concernente à menção do art. 28 do Código de Processo Penal, deve ser incabível a sua aplicação, visto que seria dizer que o Procurador-Geral de Justiça poderia decidir sobre a concessão do perdão judicial, o que não é verdade. Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto afirmam que

vai depender da maior maturidade da lei e dos primeiros posicionamentos jurisprudenciais que fatalmente surgirão, seria identificar, aqui, a possibilidade de adoção do art. 28 do CPP, cuja aplicação concreta, conforme alertamos acima, não conseguimos identificar. Assim, para o caso do delegado representar e o “parquet” discordar da manifestação, o juiz, ao invés de decidir de plano, remeteria os autos ao Procurador-Geral, a que cumpriria dar a palavra final. Caso concorde com a sugestão da autoridade policial, fica o juiz liberado para homologação do acordo de colaboração. Caso o chefe do “parquet” acompanhe o colega de 1. grau estaria definitivamente afastada a possibilidade de concessão do favor legal. (CUNHA; PINTO, 2014, p. 54-55)

Vale ressaltar que a permissão da autoridade policial representar a concessão do perdão judicial, e conseqüentemente a extinção da punibilidade do acusado, não significa afirmar que foi ratificado no ordenamento jurídico brasileiro a capacidade postulatória da autoridade policial, pois caso o magistrado indefira o pedido, obviamente não há como recorrer dessa decisão, nos termos do artigo 577 do Código de Processo Penal, segundo o qual “o recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor”. Desta forma, não seria possível conciliar a ideia de capacidade postulatória sem a legitimidade para recorrer (CUNHA; PINTO, 2014, p. 55).

Dessarte, salienta-se que é por esta razão que a lei em comento refere à autoridade policial o termo “representar” e não “requerer”. Reflexo disso está no Código de Processo Penal e pelas legislações esparsas.

O Supremo Tribunal Federal em uma decisão recente pacificou o tema, declarando a constitucionalidade do delegado de polícia no acordo premial, veja:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido, assentado a constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13. Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar o Relator, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.6.2018.(ADI 5508, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 20/06/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 25/06/2018 PUBLIC 26/06/2018)

Deste modo não há mais no que se falar em inconstitucionalidade da autoridade policial celebrar os acordos premiais.

3.3 O não oferecimento da denúncia

Do não oferecimento da denúncia surge uma série de dúvidas em razão de uma regulamentação omissa concernente ao seu real significado, tempo, procedimento e oportunidade. Enfim, o que significaria a ausência da denúncia? Seria quando melhor oportuno ou por tempo indefinido? Note-se, ainda, que a Lei de Organizações Criminosas em nenhum momento menciona sobre o controle judicial ao ato do Ministério Público caso não ofereça a denúncia. Logo, não é por menos que essa benesse processual divide a doutrina em várias interpretações, veja a seguir:

Na primeira corrente, encontram-se Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 134) afirmam que

as benesses concedidas pela lei, consistentes em redução de pena, substituição por privativa de direitos ou perdão judicial, são todas medidas aplicáveis ao tempo da sentença, não sendo possível aplicá-las sem processo. E, sem denúncia, não há processo. Ademais, os resultados ou consequências da delação somente poderão ser apreciados e valorados na sentença, antes é impossível que se obtenha essa conclusão (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 134)

Não concorda com esse entendimento, visto que o próprio dispositivo que tange a respeito ao não oferecimento da denúncia supõe as mesmas hipóteses do *caput* o art. 4º, logo, a colaboração efetiva e voluntária que, por sua vez, não se mistura com a eficácia, apreciada na sentença. Deste modo, de acordo com a sistemática da lei mencionada, a ausência de oferta da denúncia seria um contrassenso.

Na segunda corrente, CUNHA e PINTO (2014) asseveram esse pedido formulado pelo membro do Ministério Público deverá ser de arquivamento, devendo ser direcionado ao juízo

competente, e no caso de discordância deverá ser invocado o art. 28 do Código de Processo Penal.

Não devendo prevalecer este entendimento, pois se tornaria ineficaz em razão da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal, senão veja: “Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.

A terceira corrente, encabeçada por LIMA (2014) entende que embora o legislador tenha previsto a possibilidade do não oferecimento da denúncia, não falou quanto o fundamento de direito material para fins de arquivamento do procedimento investigatório, portanto diante o silêncio da Lei de Organizações Criminosas, pode ser possível a aplicação subsidiária do art. 87, parágrafo único, o qual prevê que após o cumprimento do acordo acarreta a extinção da punibilidade do réu colaborador.

Por último, a quarta corrente, NUCCI (2013) leciona que o membro do Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia estrategicamente ao delator, desde que não seja líder, que tenha em primeiro lugar, sem também ofertar nenhuma proposta, com a finalidade da possibilidade de surgir novos colaboradores, seria dizer uma “ação controlada”.

Estas duas últimas parecem melhores para desenvolver-se e posteriormente formar jurisprudências sólidas a respeito. Porém, obviamente, o referido artigo concernente a benesse processual, merece uma melhor regulamentação.

É necessário salientar que o benefício processual de não oferecer a denúncia pode demonstrar uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, explica LIMA

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal. (LIMA, 2014, p. 215)

Nessa senda, note-se que não cabe juízo de conveniência e oportunidade, assim devendo o membro do Ministério Público, em regra, oferecer denúncia nos crimes em que a ação penal é pública, nos termos do art. 24 do Código de Processo Penal, e art. 100 do Código Penal.

Entretanto, a Lei n. 9.099/95 mitigou esse princípio através da transação penal no que concerne às infrações penais de menor potencial ofensivo, art. 61 da referida lei, facultando que o membro do Ministério Público invés de propor o início do processo criminal seja aplicada pena restritiva de direitos ou multa, art. 76 do mesmo diploma legal.

Importante ressaltar que a concessão do benefício processual possui como parâmetro os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, com ou sem multa e as contravenções penais. Ou seja, se referem a infrações de menor relevância, e portanto, a relativização da obrigatoriedade da ação penal.

Entretanto, o não oferecimento da denúncia prevista na lei em comento é concernente à organização criminosa, notoriamente um tipo penal bem mais grave em relação às infrações penais de menor potencial ofensivo. Nos termos em que se encontra na Lei de Organizações Criminosas, com razão, questiona-se a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, no que concerne a uma espécie de criminalidade que deve ser punida com muito mais rigor. Além disso, a lei citada não utilizou nenhum critério para sua aplicação, apenas que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Isto posto, seria estranho em pensar na mitigação do princípio da obrigatoriedade nesse sentido, sendo imprescindível uma regulamentação mais adequada referente a essa benesse processual.

3.4 A renúncia do direito ao silêncio

O direito ao silêncio é um direito fundamental, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, assim, dentre suas características está a irrenunciabilidade.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino asseveram que

A rigor, conquanto referida ao preso, essa garantia constitucional abrange toda e qualquer pessoa, perante qualquer esfera do Estado, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do indivíduo (art. 5., LVII), a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação. Assim, conforme tem sido reiteradamente afirmado pelo STF, qualquer pessoa que seja objeto de investigações administrativas, policiais, penais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha –, possui o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria (ALEXANDRINO; PAULO, 2014, p. 203-204)

Deste modo, surge certas dúvidas em relação a esse dispositivo constitucional com o disposto nos §§ 12 e 14 do art. 4º da Lei n. 12.850/13, devido o colaborador “renunciar” o direito ao silêncio e comprometer legalmente em dizer a verdade nas suas oitivas, sob pena de prestar colaboração falsa, logo, a *priori*, seria uma possível ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo).

Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato (2014, p. 134-135) entendem que o dispositivo é inconstitucional, visto que condicionar o direito do réu, seria obrigá-lo dispor de um direito fundamental, não só previsto na Constituição Federal, como tratados internacionais de direitos humanos. Afinal, o acusado não está obrigado a se incriminar em hipótese alguma, mesmo sob o pretexto de colaborar com a justiça.

Já Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014), em uma segunda corrente, seguem o posicionamento segundo o qual tais cominações só poderiam ser aplicadas a aqueles que não são réus no processo. Quanto ao réu que responde o processo a lei infraconstitucional jamais poderia retirar o direito ao silêncio, obrigando-o a dizer a verdade sob pena de praticar o crime de falso testemunho ou o de falsa colaboração.

De maneira semelhante, Guilherme de Souza Nucci (2013) entende que se o delator quiser o prêmio pela colaboração, visto que realizou um acordo legal com o Estado, não há outro caminho senão participar do processo como testemunha, esta a qual tem o compromisso de dizer a verdade, pois testemunhas não se valem do direito ao silêncio. Porém, caso denunciado, embora ainda protegido pelo acordo, este não pode ser compelido a dizer a verdade, visto que não é testemunha. Entretanto, também não poderá invocar o direito ao silêncio, em razão de infringir as regras do acordo, o qual não surtirá efeito.

Por último, uma terceira corrente de Eduardo Araújo da Silva, que entende que

o colaborador deverá ser arrolado como testemunha da acusação na denúncia, se o acordo for pré-processual e implicar o não oferecimento da acusação (§ 4. do art. 4 da lei); porém, se o acordo versar sobre o perdão judicial, redução da pena ou sua substituição (§ 4. e caput do art. 4.), deverá ser denunciado como coautor ou partícipe da organização criminosa e de eventuais outros crimes praticados pelo grupo. Mesmo como corréu, por força do acordo, estará sujeito “ao compromisso de dizer a verdade”, ante a renúncia do direito ao silêncio e em razão da efetividade de sua colaboração, sob pena de revogação do acordo, pelo descumprimento dos seus termos. (SILVA, 2014, p. 67-68)

Devendo prevalecer esta última, visto que nenhum direito fundamental é absoluto. Vale dizer, que nem mesmo o direito à vida possui essa característica, visto que há previsão

constitucional de pena de morte em caso de guerra declarada.

Portanto, o direito de autodefesa não é ilimitado, tendo o Superior Tribunal de Justiça editado a Súmula 522 com o seguinte teor: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”. Por derradeiro, este direito não pode ser oposto para imputação falsa de crime a terceiro que sabe ser inocente, sob pena de praticar o crime de denunciação caluniosa, previsto no art. 339 do Código Penal.

Vale ressaltar que o colaborador em nenhum momento é obrigado a colaborar com a justiça, sendo até mesmo a voluntariedade um dos principais requisitos para celebração do acordo premial. Nesta senda, Renato Brasileiro de Lima assevera que

Na verdade, não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em **opção pelo seu não exercício**, opção esta exercida **voluntariamente** pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá conta com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado que não é obrigado a “colaborar para sua destruição” (*nemo tenetur se detegere*)

Tanto é verdade que não há renúncia ao direito ao silêncio que o próprio art. 4., § 10, da Lei n. 12.850/13, prevê que, na hipótese de retratação da proposta de colaboração premiada pelas partes, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. (grifamos. LIMA, 2014, p. 732)

Desta maneira, o colaborador não tem o dever ao silêncio e sim o direito, podendo exercê-lo ou não, por meio da vontade de celebração do acordo premial. Isto posto, é indispensável que seja acrescido ao termo de colaboração os seus efeitos decorrentes e a pena de ser imputado no crime de falsa colaboração, para que o colaborador esteja ciente quanto à responsabilidade e compromisso. Dessarte, uma vez optador por prestar falsas declarações, torna-se plenamente possível responder pelo crime de falsa colaboração previsto no art. 19 da lei em comento, não podendo alegar a autodefesa guardada com a intenção de ludibriar a administração da justiça. Por outro lado, caso manifeste permanecer calado é suficiente para retratar do acordo.

3.5 O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade no direito penal diz respeito a proporção da pena aplicada no caso concreto, ou seja, a ponderação realizada pelo magistrado de forma individual, observando aspectos como dolo, gravidade, intenção do agente, modo de agir, dentre outros, para que a pena aplicada não seja tão alta em relação a um crime de menor

gravidade, nem tão baixa em um crime mais grave. (CUNHA; PINTO, 2014)

Assim, o poder legislativo aplica o princípio na elaboração das penas em abstrato, e o poder judiciário aplica o princípio no caso concreto.

Os benefícios advindos da colaboração premiada alimentam uma discussão a respeito do princípio da proporcionalidade, em razão do abrandamento da pena, embora tenha praticado o mesmo crime que os demais coautores.

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014, p. 38-39) entendem que não há nenhuma ofensa a este princípio, visto que o que se

considera, com efeito, é a condição subjetiva de cada um deles, assim como na lei em exame, razão pela qual aquele que contribui merece uma reprimenda menor (ou nenhuma reprimenda), quando comparado aos demais que nada auxiliaram.

Portanto, Guilherme de Souza Nucci (2013) ensina que não há ofensa à proporcionalidade da aplicação da pena, visto que essa aplicação é flexível, uma vez que o colaborador demonstra menor culpabilidade que os demais, razão pela qual poderá receber uma sanção menos gravosa.

Ora, é o que prevê o princípio da individualização da pena, expresso no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, notadamente utilizado para aplicação apropriada da reprimenda ao condenado.

Em decorrência do princípio da individualização da pena, é completamente possível a aplicação de penas diferentes em relação aos agentes que praticaram o mesmo crime, até porque seria de extrema injustiça aquele que participou de forma menos gravosa receber uma reprimenda igual a aquele que agiu com maior culpabilidade. (NUCCI, 2013)

Desta maneira, não há que se falar em ofensa a tal princípio até porque se não houvesse essa individualização da pena, não teria motivo sequer para uma participação menos gravosa, o que incentivaria a prática mais gravosa nos crimes em concurso de pessoas.

Assim, não há que se falar em qualquer ofensa a tais princípios, até porque a aplicação de pena menos gravosa é a aplicação dos referidos princípios no caso concreto.

CONCLUSÃO

Com razão, percebe-se uma série de dúvidas diante a evolução história da colaboração premiada antes de Lei de Organizações Criminosas, sobretudo quanto ao seu procedimento. Deste modo, essas discussões foram imprescindíveis para angariar a sua regulamentação.

Entretanto, a respeito da Lei 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas), debate a respeito de algumas peculiaridades que são controversos quando confrontados à Constituição Federal ou de leis infraconstitucionais.

É por exemplo o caso da legitimidade da autoridade policial celebrar a colaboração premiada que, para alguns autores é inteiramente inconstitucional, com fundamento que a autoridade policial ao representar pelo perdão judicial afastaria a atividade de promover a ação penal, a qual pertence exclusivamente ao Ministério Público. O que não deve prevalecer, visto que o perdão judicial é ato exclusivo do juiz e nem por isso ofende o sistema acusatório. Outrossim, a atribuição do delegado de polícia é investigativa, posto isto, é lícito a sua negociação com o acusado colaborador. Assim, também o entendeu o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade debatida no estudo.

Discutiu também a respeito da renúncia de um direito fundamental consagrado na Constituição Federal, o direito ao silêncio. Porém, é notório que os direitos fundamentais possuem como característica serem irrenunciáveis. No entanto, há uma controvérsia. Neste sentido, entendemos que o legislador fez um equívoco ao utilizar o verbo “renunciar”, devendo ter optado pelo verbo “optar”, em razão que em nenhum momento o colaborador é forçado a colaborar com a justiça. Além do mais, a voluntariedade é um dos requisitos para a validade do acordo premial. E ainda, caso o colaborador queira permanecer calado ou não prestar compromisso em dizer a verdade, basta que retrate o acordo.

Do mesmo modo, a respeito do princípio da proporcionalidade que, a priori, ensejaria uma pena mais branda em relação aos outros réus que cometeram o mesmo crime em coautoria. Porém, deve entender que para efeitos da aplicação da pena, deve considerar a condição subjetiva do criminoso. Nessa senda, elencado o princípio da individualização da pena para relativizar o princípio da proporcionalidade.

No que tange à ética e a moral, nota-se que a própria conduta delituosa é antiética e imoral. Deste modo seria um contrassenso invocá-las como respaldo para não coibir delitos. Além disso, visualiza que o próprio legislador constituinte não vislumbra a relevância da ética

e a moral para fins de instrução criminal, notoriamente ao permitir a violação da intimidade por meio de interceptação telefônica, desde que haja ordem judicial nos termos previstos em lei.

Em suma, compreende que a utilização do instituto da colaboração premiada é válido à luz da Constituição Federal, embora tenha algumas peculiaridades em alguns dispositivos que merecem melhores explicações e uma nova redação, *verbia gratia*, o não oferecimento da denúncia. Outrossim, salienta que o acordo premial constitui um importante instrumento de obtenção de prova, que acarretará o desmantelamento de organizações criminosas, visto que possibilita coligar um lastro probatório que seria dificilmente obtido pelos meios de obtenção ordinários, em razão da quebra do “silêncio do criminoso”.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro e contra o mercado de capitais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações correlatas e o procedimento criminal**; altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial simplificada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FORNAZARI JUNIOR, Milton. **Colaboração premiada veio para ficar no Brasil**. Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal. Brasília, 2014. Disponível em: <www.bit.ly/2YIoKAi>. Acesso em: 30 de março de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **A ética, então, seria uma reflexão sobre a moral?**. Instituto Avante Brasil. São Paulo, 2013. Disponível em: <www.bit.ly/2CSQbhM>. Acesso em: 30 de março de 2019.

_____. **Ética e moral: há diferença?**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=osh3v-P9pvQ>>. Acesso em: 30 de março de 2019.

_____. **Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?**. Revista *Jus Navigandi*. Teresina, 2007. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/10506>. Acesso em: 30 de março de 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORIO, Isarel Domingos. **Princípio do “non bis in idem”**. Revista *Jus Navigandi*. Teresina, 2006. Disponível em: <www.jus.com.br/artigos/8884>. Acesso em 30 de março de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Organização criminosa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
v. 1.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.