

DIREITO PENAL

ARTIGO

A DELAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

PLEA AGREEMENT IN BRAZILIAN LAW

FERNANDO MUNIZ SILVA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

fernandoms@mp.mg.gov.br

RESUMO: Neste trabalho, pesquisaram-se as disposições normativas disciplinadoras da delação premiada e eventuais modificações. Identificada a norma, passou-se a breve interpretação, para serem apontados os requisitos, limites e consequências dessa norma. Também foi pesquisado o instituto como típica justiça negociada, mas sem previsão de negociação entre órgãos estatais e réu delator, o que é próprio do instituto no direito alienígena. Mesmo o Ministério Público (MP), titular da ação penal pública, não domina os resultados da delação. O direito nacional reservou ao estado-juiz o controle sobre os benefícios auferíveis pelo réu colaborador, ainda que, como órgão estatal imparcial, não possa o estado-juiz comprometer-se com a busca de elementos probatórios. Abordou-se ainda a delação premiada como instrumento de combate às organizações criminosas, a depender de melhor estruturação do aparato estatal repressivo. Por fim, pesquisou-se a integração da delação premiada ao direito brasileiro, que conta com resistências fundadas em argumentos de ordem moral, principalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações criminosas; delação premiada; réu colaborador.

ABSTRACT: In the present work, one researches the norms that regulate the plea agreement in Brazil and its eventual modifications. After the norm was identified, one analysed its interpretation to point out its requirements, limits and consequences. The institute was regarded as typical negotiated justice but without the prevision of negotiation between state agencies and the cooperative defendant, as usual in other countries. Even the Brazilian Public Prosecution Service, incumbent of the public criminal action, does not control the results of the agreement. The Brazilian law reserved to the State-judge the thorough control over the benefits received by the cooperative defendant, in spite of the fact that as an unbiased state agency, it cannot be compromised with the search for evidence. One has also approached the plea agreement as an instrument to combat criminal organizations, provided there is an improvement in the structure of the state repressive apparatus. Finally, one researched the integration of plea agreement to the Brazilian Law, which currently has some opposition to the norm mainly based upon assumptions of a moral nature.

KEY WORDS: Criminal organizations; plea agreement; cooperative defendant.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Organizações criminosas. 3. Sistema acusatório e Ministério Público brasileiro. 4. A delação premiada. 4.1. Contestações éticas. 4.2. Confissão, delação e valor probatório. 4.3. A delação premiada no direito positivo brasileiro. 4.3.1. Lei nº 8.072/1990. 4.3.2. Lei nº 9.034/1995. 4.3.3. Lei nº 9.080/1995. 4.3.4. Lei nº 9.613/1998. 4.3.5. Lei nº 9.807/1999: uma tentativa de sistematização. 4.3.6. Lei nº 10.149/2000. 4.3.7. Lei nº 11.343/2006. 4.4. Conflito aparente de normas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O instituto da delação premiada, ainda incipiente no direito positivo brasileiro, vem sendo previsto em leis especiais sem nenhuma sistematização, gerando dúvidas prejudiciais à sua consolidação

como eficaz instrumento de combate às organizações criminosas. Com a evolução das formas de estruturação e atuação das modernas associações criminosas, que se aparelham para dificultar o descobrimento e a apuração de suas ações, a delação premiada apresenta-se como instrumento capaz de contribuir para o seu enfraquecimento ou desmantelamento. Por sua nocividade social, que pode implicar séria ameaça às estruturas formais de poder, as organizações criminosas reclamam combate. Deve, pois, o Estado valer-se de instrumentos aptos ao seu enfrentamento, sem que sejam melindrados abusivamente direitos e garantias individuais.

Como aperfeiçoamento do arcabouço jurídico instrumental à disposição do aparato estatal de segurança pública, mister se definirem legalmente o que sejam aquelas organizações, ainda que a aplicação da delação premiada não seja prejudicada pela indefinição legal do signo “organização criminosa”. Com efeito, o direito brasileiro não conta com definição legal de organização criminosa nacional, apenas tendo sido definido o que são as organizações criminosas transnacionais. A aplicação do instituto da delação premiada, entretanto, prescinde da definição, conforme será abordado.

No sistema acusatório adotado pela Constituição Federal brasileira, o Ministério Público surge como titular exclusivo da ação penal pública e responsável por buscar judicialmente punição penal a autores de infrações penais. É órgão estatal diretamente interessado e constitucionalmente compromissado com a segurança pública. Não obstante, a delação premiada foi criada sem atribuir ao Ministério Público ou a outros órgãos de persecução penal o controle sobre os seus resultados, entregando-se ao estado-juiz o encargo de valorar a relevância das informações delatadas e de calcular a proporção do benefício penal auferível pelo delator. Inexiste, no direito brasileiro, previsão legal de negociação entre delator e órgãos estatais de persecução penal, o que seria da essência do instituto, gerando insegurança ao delator e desprestigiando a titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público.

Como moderno instrumento de persecução penal, que rompe com a tradicional e ultrapassada forma de se apurarem crimes, a delação

premiada encontra resistências. E essas resistências, que incisiva e efetivamente são postas à incorporação do instituto pelo Brasil, fundam-se, primordialmente, em valores de ordem moral. Cabe, pois, indagar se se justifica o Estado, por excesso de pudor e por razões extra-jurídicas, privar-se de relevante instrumento no embate com organizações fundadas na completa ausência de valores e com nocividade social elevada, tendente a corromper a própria estrutura estatal. A despeito, a delação premiada é realidade a integrar o ordenamento jurídico pátrio, ainda que metodizar não tenha sido preocupação do legislador.

Cumprido, pois, analisar a conformação típica dada ao instituto pelo direito nacional, com seus requisitos e hipóteses de cabimento, bem como o valor probatório do material resultante da delação e os benefícios auferíveis pelo réu colaborador. Entre os diversos dispositivos legais já editados, esparsa e assistematicamente, sobrelevam os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, de maior abrangência e de redação menos imprecisa, cuja incidência extrapola o âmbito da lei, sem derrogar os demais dispositivos pertinentes.

2. Organizações criminosas

Os estudos acerca do tema delação premiada invariavelmente perpassam pela análise do fenômeno das organizações criminosas e por sua problemática conceituação legal. Isso porque a delação premiada está diretamente relacionada ao combate a esta forma específica de cometer crimes. As citadas organizações ilícitas têm-se fortalecido e diversificando sua atuação, de modo a tornar ainda mais complexa a sua identificação. Reportagem da Revista Super Interessante afirma que o crime organizado dos chefões não existe mais. Ele agora funciona como as grandes empresas: é globalizado, comandado por acionistas e, mais do que nunca, presente na sua vida.

No Brasil, todavia, os estudos sobre as organizações criminosas ainda caminham por seus primeiros passos, em defasagem em relação a Estados que produzem farto material, como EUA e Itália. Ainda que com auxílio da sociologia ou da criminologia já se possa apontar o que seja uma organização criminosa, juridicamente não se definiu um conceito que satisfaça ao princípio da legalidade.

A Lei nº 9.034/95, conforme enunciado em seu capítulo primeiro, teve a pretensão de definir a ação praticada por organizações criminosas e de tratar dos meios operacionais de investigação e prova. Logo em seu artigo primeiro, entretanto, já explicitava sua inaptidão para os fins almejados, baralhando o conceito de organização criminosa com a antiga figura do crime de quadrilha ou bando: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. Ao mesmo tempo em que se afirmou destinada ao combate de ações próprias de “organizações criminosas”, a Lei alcançou quaisquer crimes praticados por quadrilha ou bando. O que até então se sabia ser distinto, assumiu uma só face.

A redação do art. 1º da Lei nº 9.034/95 sofreu alteração com a Lei nº 10.217/2001, e passou a prever:

Esta Lei define e regula meios de provas e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

A partir desta alteração, era possível afirmar a expressa previsão de figuras penais distintas: o vetusto conceito de quadrilha ou bando (extraído do art. 288 do Código Penal) e a novel figura das organizações ou associações criminosas. Reconhecida a distinção, restava pendente a conceituação do que seriam estas associações ou organizações criminosas, uma vez que ambas as leis (9.034/95 e 10.217/2001) não trouxeram o almejado conceito. Dúvida ainda poderia ser apontada para o então vigente crime do art. 14 da Lei nº 6.368/76: “Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei”. Estaria este tipo, que previa a associação para o tráfico, inserido na novel noção de “associação criminosa” ou seria uma forma distinta de crime plurissubjetivo?¹

¹ Segundo lição de Damásio de Jesus (1999), crimes coletivos ou plurissubjetivos são os que têm como elementar o concurso de várias pessoas para um fim único.

Na época, Luiz Flávio Gomes (2002) defendia a existência de três tipos de concurso criminoso de pessoas: a quadrilha ou bando, as associações criminosas e as organizações criminosas. Para o doutrinador, as associações criminosas seriam um tipo autônomo, do qual seriam exemplos os arts. 14 e 18, III, da Lei nº 6.368/76, e o art. 2º, da Lei nº 2.889/56. Por fim, o autor arrematava afirmando a ineficácia das Leis nºs 9.034/95 e 10.217/01 para o combate às tais organizações criminosas, “que ninguém sabe o que [são]”. De fato, as únicas duas leis produzidas para enfocar as organizações criminosas não se prestaram a conceituar o fenômeno.

A celeuma recebeu novo alento com a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, sendo que o art. 2º da citada Convenção tem a seguinte redação:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) ‘Grupo criminoso organizado’ – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente 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.

Vê-se, porém, que o direcionamento da Convenção é para definição das organizações criminosas transnacionais, de modo que a conceituação do que seja organização criminosa nacional, para fins de direito penal, permanece inexistente.

Assim, a realidade do ordenamento jurídico brasileiro hoje é de que o conceito de organização criminosa foi enunciado, mas não definido.

Tal não obsta, entretanto, a aplicação da delação premiada, ante a existência de dispositivos outros que prevêm o instituto sem o relacionarem às organizações criminosas, conforme será realçado abaixo (Tópico número 4.3). A ausência de conceituação legal, entretanto, possui relevância na aplicação de alguns dispositivos legais importantes, tais como os arts. 2º, II, 4º, 5º, 6º, 7º e 10 da Lei nº 9.034/95, e art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98.

Algumas características das organizações em pauta têm sido apontadas pela doutrina e auxiliam na compreensão do fenômeno. Pela abrangência, trazemos as anotações da doutora Ana Luiza Almeida Ferro (2007a, p. 125):

Em síntese, temos, como traços principais da organização criminosa, a estabilidade e permanência da associação, a composição mínima de três membros, a estruturação empresarial e hierárquica, o fim de perpetração de infrações penais para a consecução do objetivo prioritário de lucro e poder, a conexão estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes para a garantia de impunidade mediante neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal, a penetração no sistema econômico via formação de um mercado econômico paralelo e infiltração no mercado econômico oficial, a grande capacidade de prática de fraude difusa, o considerável poder de intimidação, o uso de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, o cultivo de valores compartilhados por um parcela social, a territorialidade, o estabelecimento de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e a tendência à transnacionalidade.

A autora, incisivamente, aponta a conexão de natureza estrutural ou funcional com o Poder Público e seus agentes, maiormente pela corrupção, como ponto crucial na distinção das organizações criminosas, sem o que seriam, no máximo, uma quadrilha organizada.

Podemos citar como características de tais associações: a estabilidade da associação; a estrutura hierárquico-piramidal;² a divisão de tarefas entre os integrantes; a restrição ao ingresso de membros novos; contato com o Poder Público,³ por meio da corrupção de agentes

² Não obstante, algumas organizações optam pela forma disseminada, horizontalizada, como forma de não expor os *capos*, os líderes, ainda que alguns dos integrantes gozem de maior prestígio e certo grau de liderança. É forma muito utilizada por organizações de distribuição de drogas.

³ A respeito, as palavras de Paul Castellano, líder da Máfia de *New York*, em Lemos Júnior (2002): “Eu já não preciso mais de pistoleiros, agora quero deputados e senadores”.

públicos, sendo que alguns destes integram a organização;⁴ a busca de lucro e de poder, este como forma de potencializar as ações e aumentar os ganhos; o domínio territorial; o uso de instrumentos tecnológicos avançados; a manutenção de ações sociais e prática de assistencialismo, como forma de tentar obter simpatia, aceitação ou tolerância da comunidade local; o alto poder de intimidação; o uso recorrente da violência (geralmente ausente nas organizações que exploram o desvio de verbas públicas); as conexões com outras organizações; a tendência à transnacionalidade; o planejamento empresarial; o fim de cometimento de série indeterminada de infrações penais; a ampla atuação no sistema econômico e financeiro, com o principal objetivo de dar aparência lícita aos valores movimentados; a grande capacidade de corromper; a criação de códigos próprios de conduta.

A questão da previsão do número mínimo de integrantes deve constituir opção político-legislativa.⁵

É fato, porém, que as organizações criminosas podem assumir as mais diversas formas de estruturação, de maneira que abrangerão algumas das características aqui citadas, mas não todas. Em tal realidade, a criação de um tipo penal estático, que contenha como elementares todas as principais características das organizações criminosas, dificultaria a prova e inviabilizaria a punição a algumas delas. É de ver-se que algumas das características são até excludentes, como a forma hierarquizada de algumas e a horizontalidade de outras.

⁴ Mencionando a inserção de pessoas ligadas à distribuição de drogas, o médico psiquiatra e professor Renato Posterli (1997) cita o ex-deputado federal Jabes Rabelo, que foi cassado por envolvimento com o tráfico de drogas.

⁵ Defendendo a quantidade mínima de três integrantes, Ferro (2007, p. 457-484) esclarece: “Três já pode traduzir uma associação com especialização e divisão de tarefas [...]. Três é igualmente a quantidade mínima de pessoas prevista nos arts. 416 e 416 *bis* do *Codex* italiano, respectivamente sobre a associação para delinquir e a ‘associação de tipo mafioso’, no art. 282 *bis*.4 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, diploma processual espanhol, sobre a ‘delinquência organizada’; e no art. 210 do *Código Penal de la Nación Argentina*, sobre a ‘associação ilícita’”.

3. Sistema acusatório e Ministério Público brasileiro

O sistema acusatório caracteriza-se pela distribuição de funções nitidamente delineadas, entre atores diversos, assumindo especial importância o Ministério Público, como órgão estatal encarregado de iniciar a ação penal e de possibilitar a imparcialidade do julgador. É o órgão responsável por avaliar o que se apurou e dar-lhe a forma de uma acusação formal. Apenas após o titular da ação penal avaliar os elementos de convicção colhidos e formular formalmente uma acusação, terá o Judiciário condição de conhecer do caso. Antes, na fase apuratória, o magistrado afasta-se da função instrutória e assume a função meramente garantidora dos direitos e garantias individuais do investigado. Durante toda a fase preliminar investigatória, o Judiciário deve manter-se em posição passiva, intervindo somente se provocado e exclusivamente nas circunstâncias que possam atentar contra direitos e liberdades individuais dos investigados, como prisões, buscas domiciliares, seqüestros de bens, etc. (MENDRONI, 2008, p. 331). Exatamente por isso, no trâmite da investigação criminal não cabe ao magistrado imiscuir-se no conteúdo do que se apura, efetuando precipitado juízo de valor antes que o titular da ação penal o faça – o Ministério Público ou o ofendido. Entretanto, nas palavras de Mendroni (2008, p. 331),

O instituto do *babeas corpus* chegou a tal ponto de substituição que serve até para impedir indiciamento e prosseguimento de investigação criminal. Teve a amplitude de sua aplicação tão estendida que tudo o quanto não caiba recurso previsto em lei pode ser objeto de *babeas corpus*, convertendo-se em verdadeiro “curinga criminal” – somente em favor dos suspeitos e acusados.

Dentro do sistema acusatório, no tocante à forma de atuação do Ministério Público, têm influência os princípios da obrigatoriedade, da oportunidade e do consenso (MENDRONI, 2008), que determinarão o grau de liberdade a ser dado ao órgão acusador para a iniciativa da ação penal.

Pelo princípio da obrigatoriedade, está o *Parquet* adstrito à previsão legal de persecução penal, negando-se-lhe a possibilidade de exercitar juízos de conveniência e de oportunidade frente ao ilícito penal. Deve persegui-lo judicialmente porque assim foi determinado em lei. Sua atuação cinge-se à análise da ocorrência ou não de ilícito, para o que se valerá dos elementos colhidos. Constatados elementos suficientes de convicção, porém, não possui margem de iniciativa, sendo-lhe vinculada a atuação.

Já pelo princípio da oportunidade, o Ministério Público está autorizado a avaliar o ilícito que se lhe apresenta, cabendo-lhe propor soluções que passam pela responsabilização em juízo, via ação penal, ou pela aplicação de medidas sancionadoras não-criminais negociadas. Duas são as vertentes possíveis da oportunidade, de acordo com o grau de liberdade conferido ao órgão acusador: a oportunidade pura e a oportunidade regrada.

Pela oportunidade pura, o órgão estatal acusador tem liberdade plena para efetuar juízo de oportunidade e conveniência na persecução da infração penal, segundo avaliação subjetiva do acusador, que considerará a capacidade ofensiva do ilícito para o meio social. É princípio próprio do modelo norte-americano de processo penal, que vai em sentido contrário ao da obrigatoriedade, sendo ambos princípios excludentes.

Na oportunidade regrada, o órgão de acusação terá margem de escolha, mas esta não se pautará por critérios puramente subjetivos, pois que foram previamente estabelecidos em lei. O Promotor poderá atuar de formas distintas da mera propositura de ação, mas o fará segundo requisitos legais impositivos.⁶

Por fim, quanto ao consenso, pressupõe-se ação penal já em curso, na qual o acusador negocia com o réu, possibilitando alterar os rumos do processo, que caminha para a condenação.

⁶ “O princípio da legalidade e o da oportunidade podem e devem conviver, porque se não é aconselhável adotar-se este último sem limitações, controle ou providências, supletivas, de outro lado não cabe impor o primeiro com rigidez e inflexibilidade.” (FERNANDES, 2001, p. 155).

Em relação aos citados princípios, leciona Marcelo Batlouni Mendroni (2008, p. 43), com o que concordamos:

O princípio da oportunidade regrada serve bem à melhor análise dos casos dos chamados “crimes de bagatela” – de baixo potencial ofensivo e pequena periculosidade do agente. O princípio do consenso, por sua vez, melhor se encaixa nos casos situados no extremo oposto, em que, por exemplo, o agente participa de organização criminosa e pretende, através de delação premiada, apresentar importantes e eficazes informações às autoridades representantes dos órgãos de persecução, viabilizando assim facilitar a ampliação do âmbito das investigações e processamento no que diga respeito a fatos e co-autores dos crimes praticados pela organização criminosa.

Adotado pelo Brasil o sistema acusatório, a titularidade da ação penal foi conferida constitucionalmente ao Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), como órgão encarregado de exercitar judicialmente a persecução criminal. “O Ministério Público é o dono (*dominus litis*) da ação penal pública.” (MIRABETE, 2000, p. 111). A realidade infraconstitucional, entretanto, não é assim.

Diversos são os dispositivos legais de constitucionalidade duvidosa que atribuem a órgãos diversos funções atinentes à titularidade da ação penal e que permanecem sendo aplicados mecânica e incondicionalmente. Anacrônicos, ultrapassados e incompatíveis com a nova ordem constitucional, continuam em vigência dispositivos como o que prevê ao juiz a função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 28 do Código de Processo Penal).

No mesmo sentido, e em imperdoável deslize legislativo, a Lei nº 9.034/95, que pretensiosamente combateria as organizações criminosas, previu a figura do juiz colhedor de provas, em franca contradição com o modelo de processo penal acusatório instituído no Brasil. Criou, em verdade,

uma figura de juiz de instrução que não se coaduna com nosso Direito, no qual inexistiu e nunca existiu o juizado de instrução de modelo europeu, que, por sinal, na própria Europa vem pouco e pouco desaparecendo por obsolescência. (NOGUEIRA, 1995, p. 572-581)

E este modelo obsoleto de juiz preocupado com a colheita de provas ainda revive em novos diplomas legais nascidos antiquados, como os até então criados para regular a delação premiada. Como será detalhado mais adiante, a delação premiada no Brasil não é uma barganha estabelecida diretamente com o titular da ação penal, mas uma forma de se obterem benefícios penais segundo entendimento do órgão julgador, à revelia dos encarregados da persecução penal. Ainda que o modelo tenha se originado no direito anglo-saxão de justiça negociada, aqui nada há de negociação. No sistema da *Common Law*,

[...] vigora efetivamente um direito negocial, em que há ampla margem para a polícia e para o Ministério Público transacionarem com o investigado ou réu, podendo haver até livre disposição da própria ação penal. [...] O que prevalece, portanto, é o modelo eminentemente negocial, com ampla liberdade de atuação para o Ministério Público, enquanto o réu, para a efetivação do acordo, deve, em regra, abrir mão do seu direito constitucional de não se incriminar. (GRANZINOLI, 2007, p. 145-168).

O valor primordial da delação reside no oferecimento de informações privilegiadas aos órgãos estatais de investigação, as quais poderão possibilitar a colheita de outros valiosos elementos probatórios. O relato do delator, isoladamente, não terá força suficiente a embasar a condenação, mas será vigorosamente robustecido se estiver em conjunto com a apreensão dos instrumentos do crime, com a localização da vítima no cativeiro delatado, com o encontro de drogas no esconderijo indicado, etc.. E são os órgãos de investigação, constitucionalmente incumbidos da apuração de infrações penais, que trabalharão com as informações colhidas e, portanto, apresentam-se como mais aptos a valorar a contribuição do delator.

Em artigo sobre a investigação criminal diante das organizações criminosas, o Promotor de Justiça Arthur de Lemos Júnior (2002) lembra que a tendência mundial é atribuir ao Ministério Público a responsabilidade pela investigação criminal, citando França, Portugal, Espanha, Alemanha, Itália e Bélgica como países que reservam ao *Parquet* a coordenação da investigação, auxiliado pela polícia judiciária. No direito anglo-saxão, do qual provém o instituto, o órgão de acusação, que também é encarregado da investigação criminal, detém o poder de negociar diretamente com o réu colaborador. O julgador, por seu turno, avaliará a importância das informações delatadas apenas ao final, com a frieza própria da conclusão das apurações.

A conformação normativa da delação premiada no Brasil, porém, confere ao juiz a função de sobrevigiar a persecução penal, como ser detentor do monopólio da justiça, enquanto o titular da ação penal pública não possui poder de barganha com o propenso delator. O acusador tem a obrigação de buscar a punição em juízo, mas não o domínio sobre o meio de colher a prova.

Na delação premiada não existe o requisito de um pré-acordo entre os membros do Ministério Público e a defesa do acusado para que, após entendimento positivo do *Parquet*, haja a decisão do julgador. É válido e bastante importante o parecer ministerial para aplicação do instituto. Contudo, está disciplinado que somente o juiz poderá optar por conceder ou não o perdão judicial. Essa decisão poderá ser de ofício ou a requerimento das partes. (FONSECA, 2008, p. 247-266).

No Brasil, os órgãos de persecução penal não detêm controle sobre os resultados da delação e o delator que se comprometer com as investigações será detentor de mera expectativa de direito.

A insegurança gerada por esse modelo pode ser facilmente exemplificada com a situação de criminoso que se proponha à delação e intente conhecer as consequências de sua decisão. Em contato com agentes estatais, seria informado de que as informações prestadas desencadeariam diligências apuratórias, buscas, prisões,

seqüestros de bense de que sua condição de informante seria conhecida posteriormente pelo grupo delatado. Necessitaria de proteção estatal, que seria mais eficiente se não estivesse preso. Ao sopesá-las, porém, não poderia vislumbrar os benefícios potencialmente auferíveis, já que apenas ao final da investigação e do processo penal, quando a questão já estivesse sendo avaliada pelo Judiciário, ter-se-ia a valoração de sua contribuição. E a relevância da contribuição não seria aferida pelos que a utilizaram durante a investigação, mas por quem a recebeu de forma pronta e acabada, junto com o resultado final das investigações.

Assim, o delator fornece as informações e o Ministério Público acena com mera possibilidade. O delator se compromete com as investigações e o Ministério Público apenas pede ao Judiciário que valore a contribuição. A prestação do delator é exigida pelo Ministério Público, mas a contraprestação poderá ou não ser prestada pelo Judiciário. Do lado do delator, há muito a se considerar; do lado estatal, ninguém se compromete.

Nas discussões do *habeas corpus* nº 90.688-PR, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio assentou que “o Ministério Público não tem o domínio da delação, quanto às conseqüências, quanto aos benefícios dessa mesma delação. Quem o tem é o estado-juiz”.

Por conta dessa realidade, advinda da opção político-legislativa brasileira, a prática forense deu início à formulação de acordos entre acusação e delator, levados à homologação judicial, mesmo sem previsão legal, com a finalidade de conferir aos pactuantes um mínimo de segurança, que até então não foi objeto de preocupação do legislador.

Referido acordo, embora não previsto expressamente em nenhum dispositivo legal, é uma criação jurisprudencial que, além de não contrariar nenhuma norma jurídica em vigor, ainda dá mais efetividade à Lei de Proteção à Testemunha e aos demais atos legislativos que tratam da delação e colaboração, pois transmite mais segurança ao próprio réu colaborador, que não fica

apenas com uma promessa vaga de premiação em caso de colaboração feita pelos órgãos de persecução ou mesmo pelo juiz. (GRANZINOLI, 2007, p. 145-168).⁷

Nada há, porém, que garanta força vinculatória à homologação judicial ao acordo prévio de colaboração.

Ainda que se negue veementemente discricionariedade ao Ministério Público para exercitar a ação penal, fora das excepcionais hipóteses previstas pela Lei nº 9.099/95, não se deve olvidar que, de fato, a polícia é quem seleciona as infrações penais que merecem persecução, no momento da investigação:

Ao mesmo tempo em que a doutrina e jurisprudência relutam em mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, fecham os olhos à realidade pela qual a discricionariedade da promoção da ação penal reside na administração policial, que instaura os inquéritos que lhe interessam, sem qualquer parâmetro discricionário, transformando essa atividade em puro arbítrio. (CHOUKE, 1995, p. 128).

Pensamos que o fortalecimento do aparato estatal de segurança pública perpassa pelo efetivo respeito à titularidade da ação penal e pelo reconhecimento do Ministério Público como órgão constitucionalmente incumbido da persecução penal em Juízo.⁸

4. A delação premiada

4.1. Contestações éticas

Desde suas origens, as organizações criminosas sempre zelaram pela fidelidade de seus membros, utilizando-a para a manutenção da impunidade e do anonimato de seus principais chefes. Assim faziam

⁷ Nos autos do citado HC 90.688-PR (BRASIL, 2008), o Supremo Tribunal Federal acabou por julgar que o teor do acordo de delação premiada pode ficar reservado, sob sigilo, sem que se dê conhecimento à Defesa do que fora pactuado.

⁸ De modo mais incisivo, registra Lemos Júnior (2002): “Uma profunda reviravolta na mentalidade média brasileira – que ignora olímpicamente o MP, ou procura restringir-lhe os meios de atuação –, tornar-se-ia, inadiável”.

por perceber que a delação representaria o maior dos perigos à organização, vendo nesse ponto uma fraqueza que poderia extingui-la. (GUIDI, 2006, p. 73). Nessa realidade, a delação premiada surge como um meio capaz de contribuir para o desmantelamento de sólidas organizações ilícitas, mas contestado por atuar incentivando a quebra de confiança entre os integrantes do grupo criminoso.

O próprio conceito de delação já envolve preconceitos solidamente difundidos, remetendo a comportamentos historicamente repugnados como os de Judas Iscariotes, Joaquim Silvério dos Reis e Calabar. Em plena época da Inquisição, durante a Idade Média,

a delação ocupou o lugar da acusação, pois se autorizava a denúncia anônima, tanto que chegou a imperar o costume de se colocar ‘caixas públicas coletoras’ (‘bocas da verdade’), para recolher as informações. (MENDRONI, 2008, p. 58).

Ainda, na Itália, país com o qual nossa “delação” é sempre identificada, a criação desse instrumento estava inserida num espectro maior, de iniciativas variadas e agressivas contra o que lá se identificou como criminalidade organizada. Ocorreram investidas estatais incisivas, com reflexo nos direitos e garantias individuais. Para alguns, as iniciativas estatais italianas beiravam o estado de exceção, com uma legislação e uma jurisdição de emergência e com nítida diminuição autoritária de direitos constitucionais. Se se tratasse de processos contra o crime organizado, estavam autorizados retrocessos quase absolutistas, como o instituto dos “autos” duplos, valor de plena prova aos depoimentos colhidos pelo Ministério Público, oitiva de testemunhas de defesa se o juiz achar necessário (GOMES, 1997, p. 52-56), em verdadeiro ‘direito penal do “inimigo”’.

Parte considerável da doutrina também rechaça o instituto por entender que o Estado abandona princípios éticos elementares para barganhar com delinqüentes e incentivar a traição. Incentivado, o desvalor do comportamento pérfido passa a integrar formalmente a política criminal. A norma jurídica, que consubstancia os valores de uma sociedade, estaria pregando que trair pode render resultados positivos.

Ademais, o instituto representaria a admissão formal do estado de falência do aparato repressivo estatal, que se vê incapaz de investigar e punir infrações penais por meios não contestados.

Em sentido diametralmente oposto, aqueles que se envolvem diretamente com a problemática da segurança pública e com os embates às organizações criminosas têm opinião favorável ao instituto. Pesquisa do Conselho da Justiça Federal (2002), em relação à delação premiada prevista pela Lei nº 9.613/98, revelou que 94% dos Delegados da Polícia Federal entendem justificável o instituto, dentre os quais consideram-no eticamente inaceitável apenas os Delegados na faixa de 35 a 37 anos. Ainda segundo a pesquisa, 95% dos Procuradores da República e 90% dos Juizes Federais se posicionaram a favor do instituto.

Entendemos que as objeções que se apresentam ao instituto, ainda que pertinentes no que tange à estigmatização do réu delator, fundam-se, primordialmente, em exageros.

O aspecto da traição do delator, que rompe o pacto de silêncio de seu grupo criminoso, é enfatizado como o desvalor que rende bônus. Minimiza-se, entretanto, o fato de a delação ser um incentivo para que se abandone a promiscuidade do crime e se lance, de imediato, à recuperação moral. O arrependimento íntimo pode ocorrer, seja pela recuperação de valores morais abandonados, seja por razões religiosas, seja por outros motivos. A defesa da consciência dos criminosos contra a tentação da traição premiada também ignora o valor social da delação:

O delator, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumir (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia e o Ministério Público nas suas atividades de recolher provas contra os demais co-autores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). (SILVA, 2006, p. 146)

A negociação direta, também contestada, entre o Estado e o integrante de grupos criminosos já ocorre no âmbito dos Juizados Criminais, com resultados extremamente positivos e festejados.

Ademais, a situação quase caótica da persecução penal brasileira e as modernas formas de organização para o crime reclamam o instituto. Seja por uma, seja por outra razão, a delação é necessária. Assemelha-se à convivência com a prisão provisória, relegada pelo sistema a situações excepcionais, mas cuja extinção é impraticável. A prova que se colhe diretamente dos participantes de organizações criminosas dificilmente poderia ser obtida por outros meios e, se a colheita é cercada dos cuidados que se recomendam ao instituto, pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema na busca da verdade real. Conforme citado por Trott (2007), foi estabelecido pela Suprema Corte Americana em *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747, 756 1952, que “A sociedade não pode dar-se ao luxo de jogar fora a prova produzida pelos decaídos, ciumentos e dissidentes daqueles que vivem da violação da lei”.

A preocupação com os resultados práticos deve integrar a política criminal e os estudos das ciências penais, que não podem se divorciar da realidade. O apego às tradicionais e limitadas formas de perseguir infrações penais e a resistência à adoção de modernos instrumentos de combate ao crime têm sua parcela de responsabilidade pelo sucesso da criminalidade organizada no Brasil. Adverte-o Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 83):

Outro ponto que pode inviabilizar a aceitação natural do quadro garantidor é a formação altamente conservadora dos atores jurídicos [...]. [Há] dificuldade de trabalhar temas ‘progressistas’ com agentes interpretativos formados a partir de um outro arcabouço de valores e que, naturalmente, tenderão a ver os processos reformistas com desconfiança.

Segundo Gomes e Cervini (1997, p. 66), o direito penal clássico, idealizado para a repressão à microcriminalidade, é inadequado para o controle do crime praticado de forma organizada; apresentará déficit de aplicação. Os clássicos princípios penais e métodos investigativos foram idealizados para a criminalidade pré-industrial; estão defasados e são inaptos para a contenção da criminalidade organizada, da era pós-industrial, da era digital. Os criminosos empresariais sabem como bem apagar evidências, sumindo com

a arma do crime, incendiando veículos e até cadáveres; agindo por meio de terceiras pessoas, que desconhecem a verdadeira identidade dos mandantes; apagando rastros, etc.

Uma análise da criminalidade brasileira e mundial, em contraponto com os resultados já produzidos pelo emprego da delação premiada, sugere que a questão apropriada não é se criminosos devem ser utilizados pelo aparato estatal, mas quando e como. Em Trott (2007), cita-se *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441, 446 1972, da Suprema Corte Americana, documento segundo o qual “muitos crimes são do tipo de que as únicas pessoas aptas a dar depoimentos úteis são aquelas neles implicadas”.

Embates éticos semelhantes já foram enfrentados, como a imposição da obrigação a parentes em testemunhar, quando a prova não puder ser colhida por outra forma (art. 206 do Código de Processo Penal). Neste caso, ainda que semeando a discórdia familiar,

a única pessoa a conhecer detalhes do ocorrido é o descendente [parente], razão pela qual o juiz não lhe permitirá a escusa de ser inquirido. Se insistir em calar-se, deve ser processado por desobediência. (NUCCI, 2004, p. 423).

Trata-se de nítida preponderância do interesse coletivo, ainda que se produza resultado desvaloroso no âmbito da célula familiar.

4.2. Confissão, delação e valor probatório

Processualmente, a delação premiada possui natureza jurídica dúplice, pressupõe a confissão e possui valor probatório relativo.

Confessar é revelar a verdade; é reconhecer, patentear, declarar a verdade. No uso corrente, inclusive com conotação religiosa, confessar é ato de revelação dos fatos ao confessor. Não se confessa um crime, mas a prática de uma conduta, que pode ser típica ou não. Juridicamente, porém, confessar é admitir a ocorrência de um

fato desfavorável ao confitente.⁹

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXIII, reservou especial tratamento ao fenômeno da confissão. Garante ao acusado a possibilidade de não responder a nenhuma indagação dos agentes estatais e também a faculdade de não cooperar com nenhum dos atos estatais de persecução penal, sendo que sua recusa ou silêncio não poderá ser interpretada(o) em seu prejuízo. É o que se convencionou denominar de privilégio contra a auto-incriminação, o qual se trata de uma proteção ao acusado, que não pode sofrer coação para confessar. Consagrou-se a ética do respeito, que deve acompanhar o dia-a-dia do juiz, não estando o imputado obrigado a produzir prova contra si mesmo (MAIEROVITCH, 1993). Não é um direito de gozo obrigatório, entretanto, e o art. 65, III, d, do Código Penal chega a instigar a confissão.

Já a delação é o relato prestado por quem participou da prática de atos criminosos, quanto à participação própria e à de terceiros. Delatar é revelar, é acusar, após ter confessado. Sem a confissão, a mera atribuição da responsabilidade penal a outrem deve ser aceita como meio de defesa. Também, se não há colheita de elementos de prova contra aquele que delata a ação, poderá estar-se diante de mero testemunho, mas não de delação. Tecnicamente, a delação pressupõe a confissão.¹⁰

Na delação premiada, contudo, a delação ocorre (ou deveria ocorrer) no âmbito de uma negociação entre o acusado e os agentes estatais incumbidos da persecução penal, estando o delator interessado na obtenção prisionais em troca de sua detenção.¹¹ O delator dispõe de

⁹ Para Nucci (2004, p. 198), confissão é ato de “admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”.

¹⁰ Em voto-vista proferido no HC 90.688-5 PR (BRASIL, 2008) [Referência completa?], o Ministro Marco Aurélio Melo, do Supremo Tribunal Federal, firmou posição de que o delator, na delação premiada, é sempre integrante do grupo criminoso delatado: “Reafirmo o que venho sustentando sobre a delação premiada. É instituto que fica, no processo crime, sujeito ao crivo do Estado-juiz, referindo-se a norma legal a co-autores [...]”.

¹¹ Em verdade, o direito brasileiro não possui previsão dessa negociação formal, apesar

seu direito ao silêncio em relação aos fatos sob apuração, pois que assumiu um compromisso de cooperar para a descoberta dos fatos, o que inclui apontar os demais envolvidos e a participação de cada um.

Uma vez colhida e levada ao processo, a delação terá valor probatório relativo, como ocorre com as demais provas do processo, devendo ser confrontada com as demais evidências colhidas.

Daí decorre a natureza dúplice da delação premiada, que é tanto meio de obtenção de prova, como prova propriamente dita. Com efeito, em momento anterior, a delação é instrumento de obtenção de evidências, as quais serão buscadas a partir das informações delatadas. O delator apontará aos agentes estatais detalhes da ação criminosa, locais de cativeiro e de guarda de objetos criminosos, formas de ocultação dos proveitos do crime, etc. De posse dessas informações, será possível a coleta de evidências outras, por meio de buscas, quebras de sigilo, interceptações, etc., obtendo-se as autorizações judiciais necessárias. Nessa hipótese, a delação deverá ter sido colhida/oferecida reservadamente, até extrajudicialmente, resguardando-se o sigilo necessário ao sucesso da colheita de provas. É recomendável, pois, haver prévia e sigilosa negociação com o delator.

Em momento posterior, deverá o relato do delator ser colhido judicialmente, no âmbito da instrução processual, quando será concedida às partes a oportunidade de confrontar a prova, garantindo-se o contraditório. Por essa razão, quando da colheita do depoimento do delator em juízo, cremos que deva ser aberta oportunidade à defesa de todos os delatados para direcionar perguntas ao delator, como forma de garantir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, esclarece Guilherme Nucci (2004, p. 198):

Envolvendo outrem e para garantir o direito à ampla defesa do denunciado, é preciso que o juiz permita, caso seja requerido, que o defensor do delatado faça perguntas no

de ser intrínseca ao instituto. Para tanto, remetemos o leitor ao item 3.

interrogatório do delator. Essas reperguntas terão conteúdo e amplitude limitados, devendo haver rígido controle do juiz. Assim, somente serão admitidas questões envolvendo o delatado e não a situação do delator, tudo para preservar a este último o direito de não ser obrigado a auto-acusar-se.

Entendemos, entretanto, que as perguntas ao delator possam ser amplas, para atingir também a situação do delator, uma vez que ele abriu mão de seu direito ao silêncio, em relação aos crimes praticados pelo grupo criminoso, o qual integrava.

Uma vez colhida judicialmente a delação, seu valor probatório dependerá de sua compatibilidade com as demais evidências coletadas. Detalhes da ação criminosa fornecidos pelo delator deverão ser congruentes com a realidade fática construída pela instrução processual. Tanto mais coerente for a delação com as demais provas, maior será seu valor probatório. “Corroboração é para o depoimento de um cúmplice o que a gasolina é para um carro; sem isso você não chega a lugar nenhum.” (TROTT, 2007).

Lado outro, a análise da delação obtida deverá considerar que o delator poderá não estar movido por interesses legítimos e que assumiu a obrigação de cooperar com a investigação estatal, em troca de benefícios. Tal precaução deverá ter também a acusação no trato com o informante, que usualmente é pessoa desprovida de valores morais e que se habituou a práticas ilícitas:

Estas testemunhas [os delatores] invariavelmente escondem informações que possam fazê-las parecer más. [...] A testemunha irá falsamente minimizar seu papel no esquema. [...] Usualmente, você vai encontrar uma testemunha que está realmente e verdadeiramente arrependida do que fez. Usualmente, é falso. (TROTT, 2007).

Nisto reside, por fim, a natureza penal de causa de diminuição ou de isenção de pena, na delação premiada. Uma vez reconhecida

a participação efetiva do delator no esclarecimento dos fatos criminosos, terá ele direito aos benefícios penais, conforme valoração do juiz.

4.3. A delação premiada no direito positivo brasileiro

A forma até aqui adotada pelo direito nacional foi a de prever esparsamente hipóteses específicas de cabimento à delação premiada. A lei regente de determinado tema prevê uma forma de delação premiada, enquanto outra, que rege matéria distinta, irá tratá-la de forma diferente, obrigando o intérprete a conviver com dispositivos não sistematizados, nem sempre coincidentes.

4.3.1. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990

A primeira lei a prever a delação premiada no Brasil foi a Lei nº 8.072 de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos. Fruto do que se convencionou chamar de “legislação de emergência”, é um diploma legal marcado pelo imediatismo e pela assistemática.¹² O seu art. 6º, de forma atabalhoada, inseriu um parágrafo quarto no art. 159 do Código Penal, prevendo uma causa de redução de pena ao indivíduo que, sendo co-autor do delito de extorsão mediante seqüestro, denunciasse o crime e facilitasse a libertação da vítima. A então nova redação do parágrafo era a seguinte: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

Essa primitiva redação continha problemas que tornavam o instituto de difícil aplicação. Por primeiro, a lei falava em crime cometido em “quadrilha ou bando”. Como o próprio Código Penal conceitua o crime de quadrilha ou bando no seu art. 288, em texto que exige a participação de “mais de três pessoas”, estava descartada a aplicação da delação se o seqüestro fosse cometido

¹² Para Franco (2007, p. 334-345), essa forma de delação premiada brasileira baseou-se no modelo italiano, originalmente previsto para combate ao terrorismo, mas que depois se estendeu para os delitos comuns.

por apenas dois ou três seqüestradores. A aplicação estava restrita às hipóteses de prática concomitante de ao menos dois crimes – seqüestro e quadrilha ou bando.

Também, a infeliz redação reservava o benefício da delação ao “co-autor” do crime, silenciando sobre a figura do partícipe. Ora, o foco maior do instituto deveria ser possibilitar à acusação valer-se de um integrante menor da organização criminosa para se chegar aos seus mais altos escalões. É mais interessante a celebração de acordo com um partícipe para chegar aos “cabeças” do que acordar diretamente com um dos líderes da empreitada criminosa.

E a redação ainda exigia um resultado prático à cooperação, que era resultar em “facilitação à libertação do seqüestrado”, o que restringia ainda mais o alcance. Se a informação possibilitasse a recuperação de altas quantias pagas como resgate, por exemplo, o cooperador não sairia beneficiado.

Por conta das citadas deficiências, sobreveio a Lei nº 9.269/96, que deu a seguinte redação ao parágrafo 4º do art. 159 do Código Penal: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

A alteração para “concurso”, em lugar de “quadrilha ou bando”, possibilitou abranger todos os participantes do crime, abandonando-se a exigência de ser cometido outro crime em conjunto com o crime do art. 288 do Código Penal. A exigência de eficácia permaneceu, bem como a natureza jurídica de “causa de diminuição de pena”. Não se previu, ainda, a completa isenção de pena ao réu colaborador.

Voltando à criação primitiva do instituto, o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 previu outra hipótese de delação premiada, ainda sem prever a total isenção de pena, com a seguinte redação: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”.

O montante da redução é o mesmo para ambos os casos: denúncia do crime de seqüestro ou de quadrilha ou bando pode ser agraciada com redução de um a dois terços.

A dúvida que se poderia levantar na hipótese é a que se explica neste parágrafo. No art. 7º da Lei dos Hediondos, que inseriu a delação premiada no corpo do Código Penal, não há dúvida de que a delação se aplica restritivamente ao crime de extorsão mediante seqüestro. Entretanto, no art. 8º *caput*, a Lei dos Hediondos aumentou as penas do crime de quadrilha ou bando, se constituído para a prática de hediondos e assemelhados. E novamente a delação premiada está prevista no parágrafo único, do seu art. 8º. Seria, então, a diminuição de pena do art. 8º, § único, aplicável apenas aos crimes de quadrilha ou bando, quando formados para a prática de crimes hediondos e assemelhados? Ou poderia ser aplicado para o crime de quadrilha ou bando quando constituídos para a prática de crimes comuns? Para Alberto Silva Franco (2007, p. 364),

se qualquer agente envolvido em quadrilha ou bando, com a finalidade da prática de crimes não elencados na Lei nº 8.072/90, viesse a denunciar à autoridade – policial ou judicial – a associação delitiva, possibilitando o seu desmantelamento, não seria premiado com a redução punitiva.

Ao que parece, o legislador pretendeu a restrição do instituto, já que o previu em um parágrafo, inserido onde havia expressa remissão a um tipo específico de quadrilha ou bando. Não obstante, pensamos, sua aplicação a outros casos, por analogia, pode ser invocada por configurar analogia *in bonam partem*.

Conclui-se que a Lei dos Hediondos criou duas espécies de delação premiada, sendo uma específica para o crime de extorsão mediante seqüestro (inserida no Código Penal) e outra para o crime de quadrilha ou bando, ambas com a previsão de redução de pena ao réu colaborador.

4.3.2. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.034/95, que tinha a pretensão de estabelecer formas de combate a organizações criminosas. Mais um legítimo exemplar da legislação de emergência, tipicamente brasileira, com inequívoco viés demagógico, foi noticiada na imprensa paulista como um instrumento que ensejaria a instauração de uma “Operação Mãos Limpas” à brasileira, em referência ao conhecido processo italiano – *mani pulite* – de combate às organizações criminosas de modelo mafioso. Incisivamente, Carlos Frederico Coelho Nogueira (1995) adverte que,

se um esquema de repressão à criminalidade organizada, ou mega-criminalidade, se baseasse em normas pífias como a Lei nº 9.034/95, o resultado seria, quando muito, uma operação *mani vuote* (‘mãos vazias’), pois nada, ou quase nada, seria possível conseguir.

Em seu art. 6º, a citada lei trouxe a previsão de delação premiada, nos seguintes termos: “nos crimes praticados em organizações criminosas, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

De pronto, surge a necessidade de que a delação ocorra no âmbito de crimes praticados por “organizações criminosas”, envolvendo a problemática fixação do conceito de organizações criminosas, inexistente no Brasil, salvo para as organizações transnacionais.¹³

Previu-se o requisito da espontaneidade da delação, ao exigir-se que o delator colabore “espontaneamente”, o que difere da mera voluntariedade. Na espontaneidade, a delação surge naturalmente, por iniciativa do delator, sem que nenhum outro fator externo tenha para ela contribuído. Já na voluntariedade, admite-se que outros fatores tenham influenciado o delator, como a consideração sobre a obtenção de vantagens penais; porém, para ser voluntária, basta que

¹³ Para tanto, remetemos o leitor ao item 2, no qual se aborda a conceituação de organização criminosa no Brasil.

a delação provenha de ato de vontade do delator, desconsiderando-se a eventual intervenção de fatores externos. Assim, a nova lei previu requisito mais rígido, a tornar mais restrita a aplicação do instituto.

A delação premiada permaneceu como causa de diminuição de pena, ausente previsão para completa isenção de pena ao delator.

4.3.3. Lei nº 9.080, de 16 de julho de 1995

Em nova investida, o legislador editou a Lei nº 9.080/95, cujos arts. 1º e 2º introduziram modificações nas Leis nºs 7.492/1986 e 8.137/1990. Na Lei nº 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, foi inserida a seguinte redação ao parágrafo 2º, do art. 25:

Art. 25 [...]

§ 1º [...]

§ 2º 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 1 (um) a 2/3 (dois terços).

Na Lei nº 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, foi inserido um parágrafo único no art. 16, com redação idêntica à do art. 25 da Lei nº 7.492/86, que acima foi transcrita.

Houve expressa disposição de que esses dois tipos de delação premiada se restringiriam aos crimes previstos nas respectivas leis, o que não ocorreu nas previsões legais anteriores do instituto. Apesar de admitir a delação provida do “co-autor” ou do “partícipe”, o que aumenta a abrangência e a eficácia do instituto, exigiu-se “confissão espontânea”, o que já se afirmou ser mais restritivo.

O destinatário da delação, pela literalidade da lei, seria a Autoridade Policial ou a Judicial, com eloqüente omissão do Ministério Público, instituição que possui inequívoco interesse na obtenção das informações. Não obstante, pensamos ser possível direcionar a delação ao Órgão Ministerial, por possuir o Ministério Público a titularidade da ação penal, conforme previsão constitucional, corrigindo-se a falha legislativa.

Manteve-se a delação como causa de diminuição de pena, ausente previsão para isenção total da pena ao delator.

4.3.4. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998

Sobreveio a Lei nº 9.613/1998, regente da *lavagem de dinheiro*, documento que previu a delação em seu art. 1º, § 5º, com a seguinte redação:

Art. 1º [...]

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, 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.

Como se vê, foi a primeira previsão de isenção total de pena ao delator-colaborador. Outra novidade foi que a lei passou a admitir não só a diminuição ou a isenção de pena, como também o cumprimento da pena em regime mais brando ou até a substituição da punição por penas restritivas de direito.

Assim, os benefícios potencialmente auferíveis pelo réu colaborador são: a) diminuição de pena de 1 a 2/3, com o cumprimento inicial da pena em regime aberto; b) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o caso não se amolde às disposições do art. 44 do Código Penal; c) isenção total de pena.

Previu-se novamente que a colaboração deve ser espontânea, mais que voluntária, o que restringe o alcance do instituto. Parece-nos, entretanto, que o legislador utiliza referidas expressões alheio aos seus significados técnicos, valendo-se de uma pela outra, chegando ao ponto de investir contra o instituto. É que a previsão de prêmios ao delator visa incentivar a delação, para munir o órgão repressor estatal de importantes informações que lhe são ordinariamente sonegadas.

A criação de benefícios penais àquele que se dispuser a fornecer informações ao estado tem, pois, uma clara finalidade: incentivar a delação. Quem se vê incentivado a delatar cobiça um benefício e não age espontaneamente. Age interessado. Sua delação, se obtida, foi um ato de vontade, visto que o delator se dispôs à colaboração. Nunca, porém, é espontânea, o que só ocorre em casos de arrependimento íntimo, de difícil ocorrência nos meios criminosos.

Concluímos ser incongruente a exigência de espontaneidade na delação.

A disposição topográfica da previsão da delação premiada, na Lei nº 9.613/95, sugere a intenção do legislador de restringir sua aplicação aos crimes de lavagem de dinheiro. Isso porque o art. 1º dessa lei, em seu *caput* e parágrafos, tipifica as condutas configuradoras do crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, auferidos em atividade criminosa, enquanto a previsão da delação premiada está no parágrafo 5º do referido artigo.

4.3.5. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999: uma tentativa de sistematização

Quando da edição dessa lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, foi previsto novamente o instituto da delação premiada, agora de maneira um pouco mais detalhada. A lei em questão, nº 9.807/99, trouxe a previsão do instituto em dois artigos:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e

voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

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

Assim como na Lei nº 9.613/98, foi prevista a possibilidade de isenção total de pena ao delator, agora sob a forma de perdão judicial. As demais leis só previram o benefício da diminuição de pena.

A previsão do perdão judicial como causa extintiva de punibilidade está de acordo com o art. 107, IX, do Código Penal. O perdão judicial exige que o juiz, não obstante constatar a prática comprovada de infração penal, deixe de aplicar a pena ao culpado, devido a circunstâncias justificadas. Destarte, o juiz deverá analisar a participação do delator na empreitada criminosa para, constatando-a, deixar de aplicar-lhe a pena.

No I Simpósio de Procuradores e Promotores de Justiça da Área Criminal de Minas Gerais, realizado na cidade de Araxá, foi aprovada a seguinte ementa, acerca da previsão de perdão judicial como benefício ao delator:

Ementa nº 4: No instituto da delação premiada o termo 'perdão judicial' é inapropriado tecnicamente, devendo ser substituído pelo termo 'remissão', vez que se referem a institutos diversos. (SIMPÓSIO DE PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ÁREA CRIMINAL, 2006).

Pensamos, entretanto, haver pertinência na aplicação do instituto do perdão judicial, que “é instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias”. (JESUS1999, p. 687).

A sentença que reconhecer a participação do delator na infração penal, mas deixar de aplicar-lhe pena, será declaratória de extinção da punibilidade, nos termos da Súmula 18 do STJ.¹⁴ Trata-se de circunstância de caráter pessoal, porque própria do réu delator, que não se comunica aos demais co-autores e partícipes que não preencherem os requisitos autorizadores do perdão judicial.¹⁵

¹⁴ Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. (ANGHER, 2005, p. 1197). A natureza jurídica da sentença concessiva do perdão possui relevância em face de efeitos penais secundários, como lançamento do nome no rol dos culpados, reparação civil do dano e custas judiciais. Há posição divergente em Jesus (1999, p. 689): “É condenatória a sentença que concede o perdão judicial, que apenas extingue os seus efeitos principais (aplicação das penas privativas da liberdade, restritivas de direitos e pecuniárias) subsistindo os efeitos reflexos ou secundários, entre os quais se incluem a responsabilidade pelas custas e o lançamento do nome no rol dos culpados”. Em Luiz Regis Prado (2000, p. 562), há o registro de quatro posições distintas: “a) a sentença concessiva do perdão judicial possui natureza condenatória (nesse sentido, por exemplo, MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*, v. I, p. 366; MIRABETE, Júlio F. Manual de Direito Penal, v. I, p. 397; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. I, p. 598); b) trata-se de decisão de natureza absolutória (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, t. II, p. 743-744); c) a decisão que concede o perdão judicial extingue facultativamente a punibilidade (SILVEIRA, Euclides Custódio da. *Crimes contra a pessoa*, p. 253-254); d) a sentença que concede o perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade”. De qualquer modo, a sentença não será considerada para fins de reincidência, por força do art. 120 do Código Penal brasileiro.

¹⁵ Decidiu o Supremo Tribunal Federal, no HC 85.176-2-PE (BRASIL, 2005), que “desca-be estender ao co-réu delatado o benefício do afastamento da pena, auferido em virtude da delação viabilizadora de sua responsabilidade penal”.

Ponto que merece destaque é a exigência de primariedade do delator, para a concessão do perdão judicial, feita pelo *caput* do art. 13, uma vez que sem tal requisito apenas poderão ser aplicados os benefícios do art. 14, que se restringem à diminuição de pena. Como se sabe, o conceito de réu primário não é dado explicitamente em lei, mas, tem-se entendido, “primariedade” seria conteúdo dado a *contrario sensu* pelo art. 63 do Código Penal. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal que “primário é o criminoso que não sofreu condenação criminal anterior”, ilação incontestemente seguida. Ousamos apresentar entendimento ligeiramente discordante.

De início, se não sofreu condenação anterior, não poderia ser tratado de “criminoso”. Ademais, a interpretação deve partir da extração do conteúdo semântico das palavras. “As palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de idéias e significados.” (BARROSO, 2001, p. 129). Há um limite semântico a ser respeitado. O termo “primário”, gramaticalmente, significa primeiro, que está em primeiro lugar, que antecede outros; passa idéia de ineditismo. De tal forma, atribuir a qualidade de “primário” àqueles que ostentam longas fichas criminais, com registros de constantes passagens pelos tribunais penais, apenas por não contar com uma condenação criminal definitiva, atenta contra a semântica.

Entendemos que tal situação denota um “não-reincidente”, não um primário. “Primário” seria aquele que não se revestiu da condição de imputado criminalmente, aquele que pela primeira vez está sendo acusado da prática de infração penal. Se já o foi em ocasiões anteriores, não é mais primário, ainda que não seja tecnicamente reincidente.

Voltando aos requisitos da lei em destaque, o ato de colaboração deve advir de ato de vontade do colaborador, não se exigindo espontaneidade.

Outra exigência própria do art. 13 é que o delator colabore de maneira “efetiva” com a investigação criminal e o processo. Efetiva significa uma colaboração real, positiva, permanente, não

interrompida, constante, compromissada com a investigação criminal. É preciso que o colaborador seja informado e visualize as exigências de eficácia da colaboração e forneça informações precisas que levem à identificação dos demais envolvidos, localização da vítima e recuperação do produto do crime.

Ainda que lamentavelmente não se tenha exigido a confecção formal de acordo prévio entre o delator e agentes estatais, é da natureza do instituto que o delator assuma um compromisso de buscar elementos de prova da infração penal. Isso porque a delação, isoladamente, tem força probante diminuta e porque as informações fornecidas pelo delator deverão conduzir aos resultados exigidos pelos três incisos do art. 13 (eficácia), sob pena de não lhe serem garantidos os benefícios penais.

Se, não obstante ter havido cooperação do delator com a investigação, por qualquer motivo tal cooperação não for considerada efetiva, estarão afastados os benefícios do art. 13; será possível, entretanto, a concessão dos benefícios do art. 14, dispositivo que se contenta com a voluntariedade e não exige efetividade da colaboração.

Questão diversa é a exigência de eficácia à colaboração. O art. 13 prevê três objetivos à delação, em seus três incisos, objetivos que deverão ser buscados efetivamente pelo colaborador (identificação dos demais envolvidos, localização da vítima e recuperação do produto do crime). Põe-se a questão: são cumulativos ou basta obter apenas um dos resultados previstos?¹⁶ A redação literal do art. 14 sugere o entendimento pela exigência de cumulatividade, já que se valeu da conjunção aditiva “e”, ao mencionar os mesmos resultados à delação.

Ao que nos parece, entretanto, a exigência cumulativa dos resultados atentaria contra o instituto, restringindo demasiadamente seu

¹⁶ É possível apontar pelo menos três posições a respeito: a) defendendo o atendimento de apenas um dos requisitos (PRADO, 2000, p. 563; FONSECA, 2008; NUCCI, 2007, p. 946-947); b) em sentido contrário, exigindo-se a obtenção cumulativa (MIGUEL e PEQUENO, 2000); e c) entendendo que o primeiro requisito é sempre indispensável e os demais podem estar presentes ou não (FRANCO, 2007, p. 340-341).

alcance. Ademais, procede a crítica, conforme a doutrina, de que o inciso II do art. 13 restringe-se apenas aos crimes de extorsão mediante seqüestro, não sendo crível que o instituto fosse criado apenas para alcançar esse tipo penal.

Há que se exigir a efetiva e voluntária colaboração do delator na obtenção dos resultados previstos, quando cabíveis. Obtido algum deles, ainda que não obtidos os demais, será cabível a concessão dos benefícios, desde que favoráveis as condições do parágrafo único do art. 13. Assim, por exemplo, se não for obtida a recuperação total ou parcial do produto do crime, mas atendido outro dos requisitos, o delator será beneficiado se as circunstâncias subjetivas lhe forem favoráveis.

Por fim, havendo colaboração do réu delator e obtenção dos resultados exigidos, terá o delator direito à obtenção dos benefícios, ainda que não se tenha alcançado a condenação dos demais envolvidos, por questões de valoração das provas (MIGUEL; PEQUENO, 2000). Assumirá importância, nesse caso, o parágrafo único do art. 13.

4.3.6. Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000

A Lei nº 10.149/00 inseriu modificações na Lei nº 8.884/94, que, por sua vez, trata do Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE. Entre as modificações, que deram novos contornos aos processos administrativos sob responsabilidade da Autarquia Federal, houve a previsão de um “acordo de leniência”, a ser celebrado entre a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico, e as pessoas físicas ou jurídicas autuadas por infrações à ordem econômica. José Alexandre Marson Guidi (2006, p. 113) afirma incisivamente que,

apesar de nenhum doutrinador se aperceber, consideramos que o art. 35-B da Lei nº 8.884/94 (acrescentado pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000), prevê uma modalidade de delação premiada, de modo bastante peculiar, denominada pela própria legislação de *acordo de leniência*, estabelecendo em seus parágrafos regras específicas para esse tipo de colaboração.

Contudo, o artigo supracitado está direcionado ao processo administrativo, de condução sob responsabilidade da Secretaria de Direito Econômico, e sua aplicação depende de regulamentação administrativa – art. 35-B, § 11º. Em relação às infrações penais, em verdade, incide o art. 35-C, que possui a seguinte redação:

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

Como se vê, essa espécie de delação premiada está direcionada especificamente aos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, que estão tipificados na Lei nº 8.137/90.

O ponto de destaque é a previsão da celebração de acordo prévio – chamado *acordo de leniência*¹⁷ – entre a União, por meio da Secretaria de Direito Econômico, e o acusado de infração fiscal ou consumerista. O acordo terá caráter sigiloso (art. 35-B, § 9º) e, em previsão inédita, suspenderá o decurso do prazo prescricional, impedindo o oferecimento de denúncia (art. 35-C, *caput*). Uma vez que o acordo tenha sido cumprido pelo delator, com apuração de autoria e materialidade da infração (art. 35-B, *caput* e incisos I e II), haverá extinção automática da punibilidade (art. 35-C). Caso

¹⁷ Conforme o art. 35-B, §, para a elaboração do acordo é necessário que: “I – a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; II – a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; III – a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e IV – a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

o julgador entenda pelo não-cumprimento do acordo, o prazo prescricional voltará a correr.

Há vedação de celebração do acordo com os chefes da infração sob apuração (art. 35-B, § 1º).

4.3.7. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006

Ao disciplinar inteiramente o tratamento legal do comércio de substâncias entorpecentes, a Lei nº 11.343/06 também previu a delação premiada em seu art. 41, com a seguinte redação: “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 do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

Trata-se de mais uma tosca investida do legislador.

De início, exigiu que o delator seja “indiciado ou acusado”. De acordo com o tratamento tradicionalmente reservado ao indiciamento, poderíamos apontar como sua característica principal a atribuição formal da autoria de um crime a uma pessoa. Como consequências do indiciamento, ainda de acordo com a tradição brasileira, poderíamos citar: a) o sujeito passará da condição de suspeito à de indiciado; b) o indiciado será interrogado; c) se menor, o indiciado receberá nomeação de curador; d) autorizar-se-á a investigação sobre a vida atual e pregressa do indiciado; e) passará a haver possibilidade de identificação criminal; e f) instaurar-se-á possibilidade de incomunicabilidade do indiciado.¹⁸

Entretanto, o indiciamento é hoje figura inexistente no processo penal brasileiro, ainda que se tenha presente a figura do indiciado.

¹⁸ Há duas posições acerca da constitucionalidade do art. 21 do Código de Processo Penal, frente ao art. 136, § 3º, da Constituição Federal. Conforme consta em Nucci (2004, p. 111-112), defendendo a inconstitucionalidade da previsão, há Tourinho Filho, Mirabete, Demercian e Maluly, além do próprio Nucci; sustentando a constitucionalidade, há Damásio e Vicente Greco Filho.

Com efeito, o Código de Processo Penal reconhece a figura do indiciado, citando-o em alguns dispositivos, como por exemplo os arts. 5º, § 1º, b; 6º, V, VIII e IX; 10 *caput* e § 3º; 14; 15; 21; 23; 125; 134; 137, § 2º; 313, II; 405, § 1º. Não obstante, deixa de prever o momento ou forma do indiciamento, o que também não foi feito por nenhuma outra lei. Não há um momento formal de constituição do indiciamento, como ato de reunião de indícios contra uma pessoa, de modo que não se pode apontar exatamente quando uma pessoa deixa a condição de “suspeito” para passar à de “indiciado”.

A afirmativa rotineiramente lançada nos relatórios conclusivos de inquéritos policiais, em que a Autoridade Policial afirma estar “indiciando” determinada pessoa, devido às provas contra esta colhidas, é desprovida de rigor técnico. Quando assim age, a Autoridade Policial já interrogou o “indiciado”, garantindo-lhe o privilégio contra a auto-incriminação, já requereu e cumpriu mandados de busca ou de prisão contra ele, já buscou a quebra de seus sigilos bancário, telefônico e/ou fiscal, já procedeu a acareações, reconstituições ou reconhecimentos, já apreendeu-lhe documentos, etc. Estas medidas só se justificam contra indiciados, e não contra meros suspeitos, de maneira que o indiciamento não é feito no relatório conclusivo, mas em momento anterior. Mais: se alguma das medidas processual-penais citadas forem requeridas contra determinada pessoa (busca e apreensão, quebra de sigilo, prisão), o magistrado não observará a existência prévia de um formal indiciamento, mas se elementos mínimos de autoria e materialidade foram colhidos.

Conclui-se que a figura jurídico-penal do indiciado é, hoje, algo que existe sem ter nascido; é algo que “está” sem ter “vindo”; é realidade sem começo. Junta-se à figura quase folclórica do “rol dos culpados”, citada burlescamente nas sentenças penais condenatórias, como algo que se conhece, mas nunca se viu. Sem consistência jurídica, apenas o apego à tradição e a atecnia dos textos legais os sustenta.

De tal modo, a previsão de “indiciado” do destacado art. 41 deve ser entendida como exigência de prévia colheita de elementos mínimos de autoria e materialidade, aliados à confissão extrajudicial do delator, que é da essência da delação premiada, como já se afirmou.

Já o termo “acusado” remete àquele contra quem pesa uma imputação de fato típico, contra quem se atribuiu a prática de conduta típica, o que não difere substancialmente de “indiciado”, posto que o Código de Processo Penal reserva o termo “acusado” tanto para quem está sob investigação, quanto para quem já foi formalmente denunciado.¹⁹

Segundo a redação do art. 14, a delação premiada cabe na “investigação policial” ou no “processo criminal”. Ao se referir a *investigação policial*, e não a *investigação criminal*, o dispositivo exclui a aplicabilidade da delação premiada a outros tipos de investigação, como à levada a cabo pelo Ministério Público. Demonstrando incoerência legislativa, caminha antagonicamente em relação à Lei nº 10.149/00, que admitiu o instituto em investigação desenvolvida por Autoridade Administrativa (vide tópico acima).

Os requisitos de eficácia são exigidos cumulativamente. A colaboração deve, necessariamente, acarretar a identificação dos demais co-autores ou partícipes e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Não se previu a isenção total de pena ao colaborador, mas apenas a redução de um a dois terços. Afirma Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 344) que “a previsão formulada no art. 41 da Lei nº 11.343/06 possui redação muito superior à anterior hipótese de delação premiada, feita no art. 32, §§ 2º e 3º, da Lei nº 10.409/02, ora revogada”. Realmente, a lei revogada possuía imprecisões técnicas em termos como “sobrestamento do processo”, mas possuía o mérito de ter sido a única lei já editada com previsão de acordo prévio entre o delator e o titular da ação penal pública – o Ministério Público.

¹⁹ Vide arts. 4º, 62; 80; 81, § ún.; 88; 130, I; 149; 150; 152, § 1º e 2º; 158; 159, § 3º; 168; 185; 186; 187; 191; 198; 201, § 2º; 206; 229; 240, § 1º, f; 243, § 2º; 259; 260; 261; 262; 263; 266; 304; 317; 362, § ún.; 363, § 4º; 367 do Código de Processo Penal.

4.4. Conflito aparente de normas

Como visto, o instituto da delação premiada foi disciplinado em várias leis, não havendo sistematização ou pontos de contato entre os dispositivos pertinentes. A consequência dessa amadora atividade legislativa é a geração de dúvidas sérias sobre quais seriam os dispositivos legais aplicáveis, diante do caso concreto. É dizer: frente a determinado ilícito subjetivamente plúrimo, com partícipe ou co-autor disposto à delação, quais os dispositivos que incidirão? O advogado Pedro Henrique Carneiro da Fonseca (2008) afirma:

A lei nº 9.807, de 1999, revoga aquilo que foi disposto sobre o instituto em todas as leis anteriores a ela. A lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior conforme dita o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Podemos entender, desse modo, que em qualquer crime praticado em concurso de pessoas que seja possível a aplicação do instituto da delação premiada deverá o colaborador preencher as exigências dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 para receber ou o perdão judicial ou a redução da pena (um a dois terços), dependendo do caso.

Para essa posição, seriam mais completas e abrangentes as disposições da Lei nº 9.807/99, o que justificaria sua extensão a todos os casos em que se cogitasse da aplicação da delação premiada. Também, os casos envolvendo tráfico ilícito de entorpecentes não seriam atingidos pela Lei nº 9.807/99, já que a Lei nº 11.343/06 é posterior e especial. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já reconheceu a vigência da delação premiada prevista pelo art. 159, § 4º, do Código Penal, mesmo após a edição da Lei nº 9.807/99:

A libertação da vítima de sequestro por co-réu, antes do recebimento do resgate, é causa de diminuição de pena, conforme previsto no art. 159, § 4º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.269/96, que trata da delação premiada.

Outra possibilidade seria reconhecer que os diversos diplomas já editados são especiais e não foram atingidos pelas normas gerais

da Lei nº 9.807/99. Apesar de mais abrangente, a Lei nº 9.807/99 não tem o condão de intervir em situações que foram disciplinadas por diplomas legais especificamente temáticos. Seria de incidir o princípio da especialidade. Nessa orientação, os arts. 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 podem extrapolar os limites da proteção a vítimas e testemunhas, como normas gerais, mas não incidirão nas apurações dos crimes tratados pelas demais leis.²⁰

Ainda por essa posição, a tipicidade dada ao crime sob persecução determinaria a incidência de dispositivos de uma ou de outra lei. Se se trata de crimes contra a ordem tributária, deverão ser observados os dispositivos da Lei nº 8.137/90; se está a apurar-se a lavagem de capitais, incidirá a regulamentação da Lei nº 9.613/98, etc.

Nesse caso, assume relevância a tipicidade dada ao fato sob investigação, ainda que provisoriamente, quando da colheita da delação. Em outras palavras, o objeto de investigação poderá determinar quais os dispositivos cabíveis, surgindo a necessidade de se perquirir qual o objeto da investigação em curso, o que já deveria estar delimitado no momento da instauração.²¹

Parece-nos, todavia, que as disposições mais abrangentes da Lei nº 9.807/99 justificam sua adoção como norma-base para o instituto. Não obstante, disposições benéficas eventualmente previstas em outras leis, como o regime prisional inicialmente aberto ou a substituição por pena restritiva de direitos, da Lei nº 9.613/98, podem ser aplicadas aos delatores nos demais crimes, quando

²⁰ Refere-se aqui às Leis nºs 7.492/86, 8.072/90, 8.137/90, 9.034/95, 9.613/98, 10.149/2000 e 11.343/2006.

²¹ Fauzi Hassan Chouke (1995, p. 159) aborda a problemática da instauração da investigação criminal, defendendo que a instauração do inquérito deva ser precedida de um juízo valorativo quanto à tipicidade aparente, acompanhada da necessária motivação. Equivale dizer que a Autoridade encarregada da investigação criminal deverá vislumbrar, com os elementos de convicção de que dispõe naquele instante, a possibilidade de tipicidade da conduta em exame e deverá expor suas razões de convencimento no ato que desencadeará a investigação. E adverte o autor que, “não raras vezes, a já qualificação do delito nesse momento (insuficientemente, ou mesmo não motivada) pode trazer sérias consequências ao investigado, como a impossibilidade da concessão de benefícios contra-cautelares, sobretudo de ordem pessoal”.

tais dispositivos se mostrarem benéficos ao delator e pertinentes aos fatos em apuração, em aplicação analógica benéfica. Por essa mesma razão, seriam aplicáveis aos casos envolvendo tráfico ilícito de entorpecentes.²²

5. Considerações finais

A expansão da criminalidade tem criado demanda por iniciativas estatais reativas. Não pode, porém, ser contida apenas com iniciativas legiferantes. Se é multifacetado o nascedouro do crime, complexa deve ser a resposta estatal. Não será a edição de um diploma legal, a diminuição de uma garantia constitucional ou, principalmente, o aumento de uma pena que inibirá, isoladamente, a prática de um crime. Já no século XVIII, Beccaria advertia que não é a crueldade das penas um dos maiores freios dos delitos, senão a infalibilidade delas. Causará sempre maior impressão a certeza do castigo moderado, e não o temor do mais terrível castigo, porque este se encontra unido a uma esperança de impunidade.

Em tal realidade, o instrumento da delação premiada não pode ser encarado apto a fazer frente, isoladamente, às novas formas de crime que se apresentam. É, sim, um instrumento a mais, e depende de iniciativas outras, que perpassam, principalmente, pela construção de um eficiente programa estatal de proteção às pessoas ameaçadas por organizações criminosas e pelo aparelhamento da atividade investigatória, que deverá se mostrar capaz de desvendar os caminhos e buscar os elementos de prova a partir do mapa fornecido pelo delator.

O crime é fenômeno inerente à sociedade e reclama controle, não eliminação. O intento eliminatório tem sido responsável por iniciativas atabalhoadas de eficácia duvidosa, mais servindo ao enfraquecimento dos direitos e garantias constitucionais.

²² Nucci (2007, p. 949-951), em sentido semelhante, faz a contraposição do texto de cada uma das leis editadas sobre delação premiada com o texto da Lei nº 9.807/1999, para defender a aplicação da norma mais benéfica em cada caso isoladamente considerado. O doutrinador, entretanto, reserva exclusividade à Lei nº 11.343/2006 para incidir nos crimes de entorpecentes.

O Direito Penal é um, mas não o único, instrumento de controle da criminalidade. Antes dele, iniciativas estatais outras devem intervir, primeiro preventiva, depois repressivamente.

As deficiências estatais no combate à criminalidade, comum ou organizada, são estruturais, principalmente. Não obstante, garantias processuais são relegadas a plano secundário pela bandeira da segurança pública, enquanto a estruturação do sistema repressivo sofre crônico menosprezo.

As restrições à delação premiada fundadas em razões de ordem moral são insuficientes para a sua inadmissão do instituto, seja pela independência entre moral e direito, seja pelo valor social do instituto.

São medidas necessárias à consolidação do instituto a sistematização da delação premiada, com previsão mais precisa sobre hipóteses de cabimento, requisitos e conseqüências; e o reconhecimento do Ministério Público como titular da ação penal pública e o órgão autorizado a negociar com o delator e a oferecer-lhe benefícios penais, com segurança, mediante acordo formalmente confeccionado. A despeito disso, há arcabouço normativo suficiente a autorizar, desde logo, a aplicação do instituto.

6. Referências bibliográficas

AKAOWI, Fernando R. Vidal. Apontamentos sobre a delação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, n. 707, p. 430-432, set. 1994.

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O retorno dos prêmios pela Cabeça?: um estudo sobre a possibilidade de reperguntas no interrogatório do co-réu delator, com enfoque a partir do direito de mentir e do novo ordenamento da delação premial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, n. 809, p. 446-461, mar. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 129.

CONCEIÇÃO, Mário Antônio. O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, jul./dez. 2002. p. 123-143.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Uma análise crítica da lei dos crimes de lavagem de dinheiro*. Série Pesquisas do Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, 2002, n. 9, p. 105-108.

CHOUKE, Fauzi. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERNANDES, Antônio Scarance. Ministério Público e a justiça consensual. In: ALVES, Airton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; Silva, José Antônio Franco da (Org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 153-196.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Os novos conquistadores: as organizações criminosas. *De Jure* - Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte, jan./jul. 2007a. p. 116-136.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, n. 860, p. 457-484, jun. 2007b.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *De Jure* - Revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte: jan./jun. 2008. p. 247-266.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217, de 11.04.2001? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 795, p. 486-492, jan. 2002.

GRANZINOLI, Cássio M. M.. A delação premiada. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sergio Fernando (Org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.145-168.

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

IGNEZ, Cláudia Oliveira; NASCIMENTO, Adilson de Oliveira; ARAÚJO, Marcelo Cunha (Coord.). Delação premiada e legislação aplicável. In: I SIMPÓSIO DE PROCURADORES & PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ÁREA CRIMINAL, 2006, Araxá-MG. p. 144-154.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 205;687.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2, p. 369-374.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de. A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 795, p. 411-451, jan. 2002.

MÁFIA. *Super Interessante*. São Paulo, n. 262, p. 45-53, fev. 2009.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, n. 694, p. 443-449, ago. 1993.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Curso de investigação criminal*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

MIGUEL, Alexandre; PEQUENO, Sandra Maria Nascimento de Souza. Comentários à lei de proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 773, p. 425-443, mar. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 111.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. A lei da “caixa preta”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, n. 720, p. 572-581, out. 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POSTERLI, Renato. *Tóxicos e comportamento delituoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 152.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 562.

SIMPÓSIO DE PROCURADORES E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ÁREA CRIMINAL, 2006, Araxá. **Anais**. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2006.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, n. 866, p. 403-445, dez. 2007.

Artigo recebido em: 01/03/2010

Artigo aprovado em: 07/06/2010

DOI: 10.5935/1809-8487.20110004