

Garantias na delação premiada

*Gláucio Roberto Brittes de Araújo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução e aspectos controvertidos

A colaboração criminal premiada tem sofrido variegadas críticas improcedentes, sob o pretexto de que representaria convivência estatal desnecessária com a traição e ensejaria responsabilização lastreada em elementos frágeis ou temerários, olvidando-se de sua relevância no combate a crimes graves, geralmente sem vestígios relacionados diretamente aos homens de trás, cometidos sob a égide de organizações criminosas e sob o pacto de silêncio. Ignoram ainda sua compatibilidade com o regime de garantias individuais e de direitos fundamentais, sobretudo no processo penal, como será exposto adiante. Quanto a supostos vícios sobre a voluntariedade, urge destacar que esta é aferida pelo juiz e pelas partes, desde o início; que o procedimento, o sigilo e participação do advogado resguardam a liberdade do investigado, e que até mesmo o preso tem a opção de não colaborar e de insistir nas demais vias de obtenção da soltura.

Outrossim, a suposta proeminência das delações, embora deveriam ser excepcionais, tem sido refutada, quando é cediço que são, na verdade, ponto de partida, na falta de outros meios de conhecimento dos crimes, para a obtenção de outras provas, mormente documentais, e que, além de seguidas de absolvições, em alguns casos, não sustentam condenações, com exclusividade. A exigência de motivação da decisão judicial e o direito de recurso asseguram que a responsabilização em primeiro grau deverá decorrer da valoração de todo acervo probatório produzido e não somente da palavra inicial do delator. Trata-se, a propósito, de meio de obtenção de prova e não de meio de prova. Convém relembrar distinção clássica entre meio de pesquisa ou de investigação, de um lado, e meio de prova, de outro. Os primeiros não são fonte de convencimento, mas instrumento para colheita de elementos e aquisição de entes com capacidade probatória, sobretudo de provas materiais, em procedimentos extraprocessuais, via de regra, e a cargo de funcionários públicos, mormente policiais, como, por exemplo, as inspeções, buscas e interceptações de dados. Os meios de prova, por sua vez, oferecem ao juiz resultados probatórios para suas decisões, servindo diretamente ao reconhecimento da veracidade ou não de uma afirmação fática, envolvendo as partes e autoridades, como as perícias, documentos e testemunhos.

O acordo de colaboração, além disso, não se confunde com o depoimento, que pode ser prestado, inclusive, judicialmente, este, sim, meio de prova, mas que somente é hábil ao convencimento condenatório, se corroborado por outros meios idôneos de prova, segundo corrente de pensamento mais rigorosa, ou por elementos de convicção

¹ Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, doutorando em Direito Penal da USP, especialista em Direito Público pela EPM, professor assistente da pós-graduação da PUC/SP, professor convidado da UNICSUL e palestrante na EPM e ESMP. É juiz de Direito criminal no Estado de São Paulo.

aptos a atestar a credibilidade ou confiabilidade do relato e a revelar sua fidelidade ou a veracidade dos fatos narrados, ainda que recaindo sobre dados secundários, conforme entendimento mais flexível, com o qual comungamos. Adiante será mais bem explanada tal divergência e os fundamentos de nossas conclusões. De qualquer maneira, o negócio jurídico processual em apreço tem como objeto a cooperação do imputado para a investigação e processo criminal, ainda que se contemple efeito de direito material, qual seja, a sanção premial.

Eduardo Araujo da Silva² distingue colaboração premiada, que, além da confissão pressuposta, evita consumação de outras infrações (preventiva) ou auxilia concretamente na obtenção de provas e prisões (repressiva), e delação, muito menos ampla, restrita ao direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos na diminuição da pena ou perdão. Walter Barbosa Bittar,³ depois de lembrar o destaque na delação nos julgamentos das máfias na Itália dos anos 1970 e 1980, e na Espanha do final da década de 1980 e nas investigações de atividades terroristas, esclarece que no Brasil seguiu o modelo italiano que premiava quem propiciava a liberação do sequestrado e a coleta de provas desconhecidas para identificação de concorrentes. Todavia, ao invés de regras procedimentais, o nosso ordenamento limitava-se à inserção de normas em legislações esparsas. Nas Ordenações Filipinas de 1603 a 1830, já havia perdão para delação de conspiração que permitisse prisão de terceiros por crimes provados. Acrescentamos que era possível perdão para participe delator de crime de lesa majestade, se não fosse o principal organizador da empreitada, esta não tivesse sido descoberta (delatada por outrem) ou não houvesse ainda investigação.

Nossa disciplina legal da delação para a criminalidade contemporânea foi impulsionada por acordos internacionais, mormente pelos artigos 20 e 26, da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada, introduzida no ordenamento pátrio pelo Decreto 5.015/2014, pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, pela Recomendação 27 do GAFI9, pela Convenção de Palermo e de Mérida. Walter Bittar explica que, neste panorama, a Lei 8.072/90, ante o crescimento da violência e a sensação de insegurança incrementada pelos meios de comunicação, previu no par. 4, no art. 159, CP, uma causa de redução da pena em favor do coautor ou participe de extorsão mediante sequestro, em quadrilha que ajudasse na libertação da vítima. A lei 9269/96, por sua vez, passou a se contentar com o concurso de agentes (não exigia quadrilha), tendo retroatividade por ser benéfica materialmente. Para os demais crimes hediondos e equiparados, a lei reclamava apenas denúncia que permitisse o desmantelamento de quadrilha. A Lei 9.807/99, como se não bastasse, revogou as exigências anteriores, abrangendo os demais tipos e admitindo até mesmo perdão judicial, mas sem estabelecer procedimento e normas de proteção ao delator, o que comprometeu sua aplicação.

A Lei 9.034/95, por sua vez, embora sem conceituar organização criminosa, o que coube à jurisprudência, comumente com base na Convenção de Palermo, dispensou a identificação de partícipes, mencionando apenas autoria, motivo pelo qual restou aos julgadores aplicar redução menor da pena, se não fossem revelados todos agentes. A Lei

² SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52.

³ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, p. 226, 2011.

9.080/95, somente 61 dias depois, seguindo a tendência de banalização, inseriu parágrafo no art. 25, da Lei 7.492/96 e no art. 16, da Lei 8.137/90, e abandonou o pressuposto da gravidade dos delitos e da organização criminosa, contentando-se com informações sobre autor ou partícipe e espontaneidade da confissão. A Lei 9.296/96, como já salientado, aumentou as penas da extorsão mediante sequestro, de um lado, e ampliou a delação para qualquer concurso de agentes, de outro.⁴

A Lei 9.613/98, quanto à lavagem de dinheiro, também sem normas procedimentais, acrescentou à redução da pena de até 2/3, os benefícios do regime aberto, da pena alternativa e até mesmo da isenção de responsabilidade criminal. Teria admitido ainda a simples confissão premiada, conforme opinião de Luiz Flávio Gomes, pois se contentara com esclarecimentos para localização de bens ou valores objeto do crime. Walter Bittar⁵ discorda, por reputá-la mais uma hipótese de delação, pressupondo confissão. De qualquer modo, delação propriamente dita haveria na segunda previsão: informações que levassem à apuração de infrações penais e de sua autoria. A aludida lei acolheu o benefício em qualquer etapa da persecução, mas exigiu espontaneidade, diversamente da Lei 9807/99, que usou a expressão “voluntariamente”. Alguns doutrinadores entendem que, embora a lei não contenha palavras inúteis, não pretendeu restringir o benefício à iniciativa e ideia do agente, mas afastar risco de vícios, como ameaça. A elucidação de autores ou do destino dos bens poderia ser parcial, desde que representasse a totalidade do conhecimento do delator, pois não lhe seria dado omitir informações. Para outros, como David Teixeira de Azevedo, o auxílio deve ser efetivo, que não se confunde com eficaz, encerrando empenho exitoso e sendo o benefício, então, direito subjetivo.⁶

Walter Bittar⁷ vislumbra no art. 13, da Lei 9.807/99 (personalidade, primariedade, gravidade e repercussão social do fato) e nos efeitos da delação (se todos ou parte dos previstos) os critérios para definir qual dos prêmios previstos seria aplicado. Tal lei, contudo, ampliou para todo ordenamento o instituto, sem técnica, conferindo-lhe natureza de causa de extinção de punibilidade, de diminuição da pena e de liberação desta, concomitantemente. Ousamos discordar por considerar que a colaboração tem natureza de verdadeiro acordo, cujos efeitos podem ser aqueles referidos, mas condicionados à homologação e cumprimento de seus termos. O programa de proteção de testemunhas, a despeito das disposições da lei, teve origem no Programa Nacional de Direitos Humanos, em 1996. A Lei 11.343/06, no entanto, teria excluído a extinção de punibilidade para o tráfico em decorrência de delação, ensejando opiniões, contudo, de que a Lei 9.807/99, ainda vigente, deveria ser aplicada, por ser mais favorável e consentânea com os princípios constitucionais e com disciplina mais recente do instituto engendrada pelo legislador pátrio.

A Lei 10.149/2000, alterando a Lei 8.884/94, por sua vez, possibilitou o acordo de leniência entre União e autores de infração à ordem econômica para impedimento de denúncia, com suspensão do prazo prescricional e extinção de punibilidade, quando estes colaborassem na identificação dos coautores e obtivessem documentos que comprovassem o ilícito administrativo. Embora não afete o processo penal, parte da

⁴ BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, p. 245, 2011.

⁵ BITTAR, op. cit., p. 251-252.

⁶ BITTAR, op. cit., p. 252.

⁷ BITTAR, op. cit., p. 254-255.

normatização tem cunho material penal e incide quando cumprido o acordo. Walter Bittar sustenta que, embora inspirado inicialmente no modelo italiano, a ordem pátria é hoje incompatível com ele, pois estendeu afoitamente o prêmio por legislações esparsas, sem preocupação com eficácia e legalidade, resgate e ressocialização do delinquente. Acrescentamos que nosso legislador até a Lei 12.850/13 não se ocupara do procedimento e não atentara para a excepcionalidade da colaboração (por ser eticamente questionável e substancialmente utilitarista), ditada estritamente pela necessidade de romper o pacto de silêncio mafioso e por dificuldades probatórias perante a criminalidade organizada e sofisticada.

Eduardo Araujo da Silva⁸ observa, aliás, que o controle judicial, mecanismo consensual com as conquistas mais modernas do aperfeiçoamento do instrumento em tela, permite até mesmo que o juiz determine a remessa do termo de acordo ao Procurador-Geral de Justiça (par. 2, art. 4, da Lei 12.850/13). Tal diploma tipifica ainda condutas que violam garantias individuais do colaborador, como filmá-lo sem autorização (art. 18), ou a imputação falsa a um inocente (art. 19). Assim, buscou-se equilibrar e tutelar interesses passíveis de ataque em acordos de tal jaez, em prol da eficácia do instituto contra críticas acerca de aspectos éticos e possibilidade de mau emprego. Pondera-se que, na fase de investigação, é puramente processual, mas, na judicial ou de execução, tem natureza mista, pois o acordo, embora regido por normas processuais, tem consequências de natureza material.

Direito comparado e regime vigente no Brasil

A falta de noção de sistema e de unificação da nossa disciplina acerca do instituto, as disposições sucessivas e variáveis quanto às hipóteses, benefícios e exigências para a colaboração, mas, sobretudo, a ausência de procedimento e garantias que lhe conferissem segurança jurídica e previsibilidade, efetividade ou até mesmo eficácia e, simultaneamente, proteção aos direitos fundamentais e princípios do processo penal e penais, há muito reclamavam do legislador a revisão e implementação de um regime apropriado às experiências do nosso e de outros países na sua aplicação, às contribuições mais recentes da dogmática e às reflexões dos pensadores do Direito.

Frederico Valdez Pereira,⁹ depois de enfatizar a ausência de sistematicidade e de regramento do procedimento antes da Lei 12.850/13, sobretudo quanto aos requisitos formais, sigilo, valoração dos elementos e extensão dos benefícios, observa que ao menos agora existe ordem preestabelecida, com contraditório e finalidade, tendo, a doutrina, retomado seu trabalho natural de refletir sobre o instituto e de indicar interpretações sobre a nova disciplina, sem substituir o legislador. O processo como procedimento qualificado pela paridade entre os atores e, por conseguinte, o seu resultado dizem com uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, razão da preocupação com os pontos de tensão entre o instituto premial e as garantias constitucionais, com a tutela da

⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 55.

⁹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – legitimidade e procedimento – aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 122-123.

correção das decisões e com a presunção de inocência, no tocante à persecução da criminalidade organizada. A Lei 9.807/99 permitia a aplicação subsidiária a qualquer crime, mas sustentamos que, embora o novo regime tenha sido instituído para investigação dos delitos de organização criminosa, os preceitos de natureza essencialmente procedimentais podem ser aplicados às colaborações sinalizadas nas demais persecuções. Ressalvar-se-ia os efeitos penais, como espécie e extensão dos prêmios, requisitos de sua aplicação e hipóteses de exclusão.

Quanto à admissibilidade da colaboração, Valdez Pereira¹⁰ observa que ela representa não apenas instituto premial, mas técnica de investigação e meio de prova (para nós: de obtenção de prova), não se exigindo dos órgãos de repressão, portanto, que aguardem a iniciativa do agente, como se deduzia da expressão “espontânea” da Lei 9.034/95. Na verdade, interessa a voluntariedade na opção, ainda que o agente seja convidado pela autoridade a colaborar, sem constrangimentos. Assim, no regime da lei de organizações criminosas, antes de homologar, o juiz fiscaliza os aspectos atinentes à voluntariedade, podendo ouvir sigilosamente o colaborador (par. 7, art. 4, da Lei 12.850/13). O defensor, ademais, acompanha a negociação e a execução da colaboração, havendo ainda previsão de sua gravação (par. 13, art. 14). Na Espanha, tinham sido estabelecidas como condições: o abandono prévio das atividades delitivas e a apresentação espontânea, antes de detenção ou de autuação policial, o que levou à ineficácia do instituto e à aplicação apenas da atenuante em julgamentos de tráfico, quando ausentes aqueles requisitos. A Lei 9.807/99, no Brasil, todavia, já dispensara aquelas exigências, não obstante entendamos que a primeira pode constar do acordo e que o descumprimento pelo colaborador implicaria rejeição dos benefícios almejados.

Frederico Valdez Pereira¹¹ pondera que a legitimidade da proposta pelas autoridades depende da indispensabilidade do recurso à delação, à luz do subprincípio da necessidade. Dispensar a iniciativa do investigado não significa lhe conceder a opção por colaborar somente no estágio final da investigação. No nosso sentir, essa exigência de imprescindibilidade, além de decorrer da excepcionalidade da medida, tem dimensão dupla, porque, como implica restrição de direito individual, a delação também deve ser adotada somente quando indispensável ao interesse público da persecução, o que normalmente ocorre no início da persecução perante as dificuldades de obtenção de provas e para romper o pacto de silêncio mafioso. Para infiltração de agentes, aliás, o par. 2, do art. 10, da lei, exige que a prova não possa ser produzida por outros meios. Como outra face da mesma moeda, entendemos que não deve ser adotada, quando suficientes provas já obtidas, viáveis outros meios de sua obtenção e até mesmo por interesse exclusivo em robustecer o acervo probatório, por conferir tratamento privilegiado ao criminoso. Por tais razões também, a iniciativa tardia deve ser repelida pelo juiz, seja do réu ou do MP.

Em suma, a negociação e a formalização do acordo, embora admitidas até na execução, devem ocorrer, em regra, na etapa preliminar da persecução. Não atendem exclusivamente ao direito do agente, até porque já prevista a confissão como atenuante, ou à comodidade dos órgãos de investigação e acusação. Não obstante a confissão e a renúncia do direito ao silêncio sejam pressupostos do acordo e, ainda que desfavoráveis, integrem a esfera de liberdade de opções do indivíduo, a eficácia da tutela penal e os

¹⁰ PEREIRA, op. cit., p. 119.

¹¹ PEREIRA, op. cit., p. 121.

corolários de ordem processual da indisponibilidade da ação e da indeclinabilidade da jurisdição, no âmbito do nosso sistema acusatório vigente, obstam a atenuação despidianda da responsabilização penal, especialmente a título de privilégio ou ainda de compaixão pelo arrependido, ainda que sincero. Neste ponto, toca-se no problema da cadeia de delações sucessivas levada ao extremo da banalização e da falta de perspectiva de encerramento, em detrimento do cumprimento das sanções cominadas pela lei, em seu rigor condizente com a gravidade da ofensa e relevância do bem jurídico tutelado.

A colaboração, outrossim, deve decorrer da vontade livre e esclarecida, ante todas as advertências sobre seus efeitos, inclusive por representar renúncia do direito ao silêncio, e sobre a necessidade de confissão (par. 14, art. 4) e de verossimilhança, mediante amparo em outros elementos concretos. Quando não seja o protagonista, o Ministério Público deve ser informado previamente, como fiscal da lei e da atividade policial. Eduardo Araujo¹² já defendia a inconstitucionalidade da atribuição a quem não é titular da ação penal do poder de fazer acordo com o colaborador, ainda que se exigisse subsequente parecer do MP, pois o Delegado jamais poderia dispor de atividade alheia, como era o entendimento do grupo de trabalho de elaboração do anteprojeto. Concordamos que a solução, por ora, é admitir a representação da autoridade policial para que o MP celebre o ajuste sugerido.

Dos parágrafos 2 e 6, do art. 4 pode-se extrair que o delegado, na fase pré-processual, teria também, em tese, legitimidade para a medida, mas a exegese sistemática com o *caput*, do art. 4, o qual atribui às partes a capacidade de postular a colaboração, conduz à conclusão de que a representação deve ser encampada pelo MP, pois não cabe a quem não é titular da ação dispor parcialmente da persecução. O Parquet, então, pode, após formalizar o acordo, requerer a homologação, com ou sem o colaborador, colhendo-se a manifestação do interessado, nesta última hipótese. Se não encampar eventual proposta do delegado, sobretudo pela temerária ausência de contato com defensor e acusado, aplicar-se-ia o entendimento jurisprudencial que obsta a suspensão condicional do processo de ofício por analogia.

Para Frederico Valdez Pereira,¹³ o par. 15, do art. 14, da Lei 12.850/13, impede até mesmo que o colaborador dispense o advogado no ajuste, embora expressa e justificadamente, como, por exemplo, por receio de vazamento. Pondera que as divulgações precipitadas, a propósito, podem comprometer a eficácia do acordo e a segurança dos envolvidos, mas não contamina sua validade. De qualquer maneira, ao contrário do sistema americano, o MP não tem ampla discricionariedade para negociar com o agente e dispor da ação, permanecendo vinculado aos requisitos legais e estando submetido ao controle do juiz, que pode aplicar o art. 28, CPP, se discordar do arquivamento ou da proposta de perdão.

Assim, o princípio da oportunidade foi acolhido na forma mitigada e regrada e, quanto ao segundo desfecho, a homologação vincularia o juiz ao perdão, salvo se sobreviesse revogação ou retratação. Por isso, concordamos com a sugestão de Ulisses Pascolati Junior no sentido de que aquela análise do acordo deveria caber ao juiz

¹² SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59

¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – legitimidade e procedimento – aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 123

natural competente para julgamento e não ao juízo de garantias. Impõe-se, com efeito, assegurar a segurança jurídica e honrar, sob o aspecto ético, as expectativas legítimas do colaborador, sob pena de se tornar inócuo o instituto e desestimular seu bom uso. Pondere-se que retratação recai sobre a proposta e não o acordo, sendo este suscetível, na verdade, de revogação por descumprimento.

Enfim, homologado e cumprido o acordo, estaria presente uma causa de extinção de punibilidade *sui generis*, na opinião arguta de Eduardo Araujo. Ainda segundo tal autor,¹⁴ como a lei estabelece que o MP pode realizar o acordo “a qualquer tempo”, a colaboração propriamente processual ocorreria após o recebimento da denúncia e até a publicação da sentença, ou seja, sendo admitida no curso das audiências; Frederico Pereira,¹⁵ porém, faz correta ressalva no sentido de que o art. 13, da Lei 9.807/99 menciona apenas “acusado”, restringindo a extinção da punibilidade à colaboração processual, como meio de prova, enquanto o art. 14 acrescenta indiciado, admitindo-a assim na fase preliminar, mas somente para redução de pena. Da conjunção “e” no colaborar para processo criminal não se desprende afoitamente que o instituto apenas se aplica se o colaborador testemunhar em juízo, exigência que sequer havia na lei anterior. Basta contribuir para a busca de outros elementos e para futuro do processo, tendo, os parágrafos 2 e 5, do art. 4, da nova lei, explicitado o cabimento da colaboração na fase pré-processual ou de execução da pena.

A natureza jurídica de acordo, então, segundo a nova disciplina, ficou ainda mais evidente, não se tratando de mera hipótese de redução da pena e não se exigindo que o colaborador seja meio de prova, até porque isto demandaria denúncia contra o colaborador e, paradoxalmente, sua inquirição como testemunha. A lei, aliás, admite a ausência de denúncia e se contenta com a condição de fonte de prova ou informações de inteligência sobre a organização, ainda que não específicas, sobre um fato determinado investigado. A Lei 10409/02 para tóxicos, no nosso sistema, foi pioneira na ideia de acordo que sobrestaria a investigação.

As informações, não em forma de prova sob contraditório, mas como meio de investigação, podem de fato levar à obtenção de provas de condutas de líderes, dos planos da organização e do destino de bens e valores, prolongando-se no tempo. Mesmo sem perspectiva de ser prova em ação, a colaboração por interesses investigativos mais amplos é essencial no trabalho de inteligência policial e legítima, permitindo, por exemplo, que um traficante eventual, não integrante da organização, preste informações sobre a rotina desta, funcionamento e hierarquia, ou seja, sobre fatos mais amplos do que o crime por ele cometido. Não há restrição da aplicação do instituto, por conseguinte, às hipóteses de coautoria. Por isso, discordamos de alguns posicionamentos dos Tribunais Superiores que sustentam como requisito não expresso na lei o reconhecimento de seu envolvimento nos mesmos delitos dos delatados.

Ao contrário da lei de emergência antimáfia da Itália, a nossa não exige que tivesse sido membro e se dissociado. Prescinde ainda do prévio abandono das atividades

¹⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

¹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – legitimidade e procedimento – aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 124.

ilícitas, diversamente do modelo espanhol. Tal amplitude do nosso instituto pressupõe a relevância dos trabalhos de inteligência policial, mitigando claramente os princípios da obrigatoriedade e indivisibilidade da ação penal, aos quais seriam opostos interesses estatais prioritários, presentes em determinados grupos de delitos. O inquérito ou processo ficaria, outrossim, suspenso, mediante autorização judicial, respectivamente, para confirmação de suas revelações ou seu depoimento sob contraditório, até que, atestadas sua veracidade e utilidade, fosse aplicado o benefício ajustado, admitindo-se o perdão, no entanto, apenas para aquele que testemunhasse em juízo.

Ainda no que concerne ao procedimento, Celso Costa Lima Verde Leal¹⁶ afirma que não contava com disciplina minuciosa nas seis leis que tratava da colaboração, razão pela qual o MP e Varas especializadas em Lavagem de Dinheiro vinham seguindo, desde 2003, como no caso do Banestado, o projeto que resultou na Lei 12.683/12, aprovada, contudo, sem a parte atinente à regulamentação da delação, que pretendia conter termo da negociação em separado, sem registro nos autos principais e sob sigilo, autorizada pelo juiz e vinculante da sentença. O autor pondera que, se realizada na investigação, deve ser mantida sob o contraditório e que, embora seja preferível que a ação contra o delator seja julgada posteriormente, evitando retratação em juízo, após usufruir dos benefícios, nada impede que ocorra até mesmo depois do trânsito em julgado de sua sentença, até porque uma das hipóteses de rescisão da coisa julgada consiste na descoberta de prova que diminua a pena.

Se as informações foram declaradas insubsistentes para rejeição do benefício, todavia, não podem ser consideradas como confissão e prova contra o colaborador, não se admitindo o fracionamento. Acompanhamos também a doutrina que considera pressupostos de validade na fase processual a efetividade e a voluntariedade da colaboração (art. 4 *caput* da Lei 12.850/13). O prêmio, por sua vez, ficará condicionado ao resultado (confirmação da veracidade das informações, que será útil na elucidação de crimes e/ou na identificação de integrantes da organização). Defendemos, outrossim, que o princípio da proporcionalidade oriente a proposta e os termos do acordo, bem como a decisão do juiz entre o perdão judicial, a redução de até 2/3 da pena ou substituição por restritivas de direitos e, quando prestada a colaboração durante a execução, entre a redução de até metade da pena ou progressão de regime,

Não cabe ao juiz encaminhar acertos com o colaborador, participar da tomada de declarações e prometer benefícios determinados, devendo preservar a imparcialidade. Incumbe-lhe homologar o acordo, analisando o preenchimento dos requisitos formais, ou recusar, enviando o expediente ao Procurador-Geral, ou ainda adequar o ajuste, mas sem incursão no mérito, nos termos dos parágrafos 8 e 11, do art. 4, da Lei 12.850/13. Em seguida, com a homologação, o colaborador poderá depor ao MP na presença do defensor e em juízo, já no curso do processo. Ao final, deverá o julgador avaliar a veracidade do conteúdo da delação, valorar todos os elementos de prova obtidos e conceder o benefício, se condenar o colaborador.

A doutrina passou a considerar o interrogatório do corrêu delator, verdadeiro testemunho impróprio, ao invés de meio de defesa. Com a Lei 12850/13, ficou ainda mais claro que se trata de depoimento do qual deve participar a defesa do delatado. Na lição

¹⁶ LEAL, Celso Costa Lima Verde. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 856.

de Gustavo Badaró,¹⁷ a corroboração cruzada, todavia, não é suficiente, pois as duas delações continuariam sendo consideradas fontes impuras. Compartilhamos da tese, por outro lado, de que a comprovação de fatos secundários ou de circunstâncias relevantes do relato do delator, atestando a coerência, veracidade e credibilidade daquele pode sustentar a responsabilização penal, se não contrastadas por elementos concretos e se inviável a produção de provas diretas dos fatos, segundo o livre convencimento motivado do julgador. Destarte, a corroboração da delação por elementos de prova é indispensável para condenação, mas pode ser parcial, sobretudo se complexa a narrativa, desde que submetida a contraditório. Tal solução não atenta contra a presunção de inocência.

Jurisprudência

Registradas algumas reflexões abalizadas dos doutrinadores sobre o modelo de colaboração vigente e as principais controvérsias, dogmáticas, exegéticas e pragmáticas, que serão enfrentadas pelos operadores do Direito, é oportuno empreender breve análise de sua aplicação recente, sobretudo pelos Tribunais Superiores. Por causa de seus limites, este trabalho limitar-se-á a discorrer sobre o voto paradigma, proferido pelo Ministro Dias Toffoli no HC 127483 do Paraná, impetrado junto ao STF. O julgador entendeu que o art. 6, da lei, estabelece, na verdade, elementos de existência da colaboração para, em seguida, asseverar que o art. 4 e seu par. 7, do mesmo diploma, estipulam os requisitos (voluntariedade do agente, regularidade e legalidade de seus termos) e a eficácia (homologação judicial), que não comporta valoração das declarações e antecipação do prêmio. No aludido plano da validade, estariam a declaração resultado de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade, sem má-fé e sobre objetivo lícito, possível e determinado ou determinável. A liberdade psíquica necessária não se confundiria com a de locomoção, motivo pelo qual entendemos que não procede a crítica ao valor das delações feitas por presos e as tentativas de alteração da lei para obstá-las, prejudicando justamente os encarcerados, que ficariam privados de benefícios tão significativos decorrentes do emprego do instituto.

Tal desvio de finalidade, consistente em compelir o Judiciário a soltar delatores, por sua vez, não pode ser convalidado, até porque, se presentes os fundamentos de ordem cautelar para a medida excepcional, não podem ser desprezados ao arrepio da lei. Enfim, requisitos de validade de delação não se confundem, lógica e juridicamente, com os da custódia cautelar. Ademais, a distinção entre presos e soltos, no exercício do direito ou poder de delatar, não atenderia aos princípios da isonomia substancial, razoabilidade e proporcionalidade. Não há correlação lógica entre supressão da liberdade física (critério do *discrimen*) e vedação da colaboração (discriminação decidida em função daquele critério), pois o fator determinante do acordo é a liberdade psíquica, ausência de coação, esteja solto ou não.

O que não se admite é a prisão destinada a obter confissão ou delação, tendo em vista que o direito ao silêncio decorre do instinto ou dever natural de autopreservação e, em última instância, diz com a dignidade da pessoa humana. Obviamente excluída a prisão cautelar como instrumento de barganha ou meio de suprir meios tradicionais e

¹⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 270.

menos gravosos de obtenção de provas, não subsistiriam razões para negar aos presos a avaliação da possibilidade de colaboração, sobretudo na execução, quando restaria praticamente esvaziado o instituto pela exigência de colaborador solto.

Quanto à eficácia, voto do Ministro Dias Toffoli, no HC 127483 do Paraná, destaca ainda a natureza personalíssima do benefício, não podendo vincular ou atingir diretamente a esfera jurídica de delatados, não lhes assistindo o direito de impugnar e impedir a homologação. O acordo não se confunde com as declarações do colaborador e demais provas, submetidas ao contraditório e passíveis de impugnação e valoração em sede própria. Nestes controles, na paridade de armas, na garantia de não ser condenado com fulcro exclusivamente na delação (art. 4, par. 16, da lei) e na imposição de motivação das decisões judiciais também reside a proteção dos direitos do imputado.

Oportuno lembrar, então, que o pedido de homologação é distribuído sigilosamente, apenas com informações que não identifiquem o colaborador e o objeto (par. 7, art. 4, da lei), para decisão em 48 horas, com acesso restrito ao juiz, ao MP e ao delegado, assegurado ao defensor somente em relação aos elementos atinentes ao exercício do direito de defesa, precedido de autorização judicial, ressalvados os das diligências em curso. Embora, após o recebimento da denúncia cesse o sigilo, pode ser decretado pelo juiz por necessidade de proteção do colaborador. Desafio seria conciliar, à luz da razoabilidade, a Súmula Vinculante 14 STF com tal regime específico para criminalidade organizada e o art. 20, CPP, que autoriza o sigilo quando indispensável para elucidação do fato ou por interesse da sociedade. Neste ponto, fatalmente surgirão controvérsias entre quem não admite nenhuma restrição ao interesse jurídico, nem mesmo a simples ocultação dos dados do depoente, pois o testemunho impróprio exigiria maior conhecimento de suas peculiaridades, como condição de coautor e eventuais interesses subjacentes à colaboração, e aqueles que acolhem flexibilização de garantias individuais no combate ao terrorismo e ao crime organizado, na linha de inflexões do Direito Penal do Inimigo.

Entendemos que a distinção entre publicidade externa e interna pode ser útil, facultando o acesso do imputado – não do público em geral – ao conteúdo das informações e não aos dados do colaborador, mediante procuração e autorização judicial, quando aportarem aos autos do procedimento que possa levá-lo à condição de indiciado ou denunciado, sem prejuízo da adoção das demais medidas legais de proteção do delator e de sua família. O acordo deixa de ser sigiloso com o recebimento da denúncia, observado o art. 5, da lei. Contudo, o acesso incondicional a todo material da colaboração prejudicaria o trabalho de inteligência, que, invariavelmente, exige ramificações, e as investigações, sobretudo acerca de outros delitos e membros da organização, não se olvidando de que será complexa e permanente, em tese, sua atividade ilegal. Vale dizer, não há exigência constitucional de compartilhamento de todas as informações de uma ampla investigação com a defesa de um delatado.

Os efeitos revelativos não estariam esgotados em uma certa instrução judicial. Além de ausente liame direto com a causa, poderiam por em perigo o colaborador, se divulgados todos os dados da fase preliminar. Para o STF, nessa etapa, não seriam meio de prova e não teriam efeito para condenação, admitindo segredo. Para superá-lo, caberia à defesa demonstrar que viciaria o procedimento, como na hipótese de má-fé do colaborador ou desvio de finalidade, não se tratando propriamente de medida de preservação do contraditório. Não bastariam conjecturas, todavia, e o juiz da causa (não de garantias) levantaria sigilo apenas internamente, se evidenciada a probabilidade de nulidade.

Comungamos da opinião de Valdez Pereira, quando conclui que é possível o sigilo, após recebida a denúncia, de parte das declarações, em certas situações, nas quais outros direitos não poderiam ser desprezados pelo legislador. A propósito, o par. 3, do art. 7 seria interpretado sistematicamente com o par. 7, do art. 4, da Lei 12.850/13, que exige o envio ao juiz do termo do acordo e não de todas as declarações do colaborador. Contentar-se-ia a lei com a publicidade do resumo da delação e não de todas as manifestações e acertos prévios. Entendimento contrário e literal faria expor todas as medidas de proteção ao colaborador e família ao próprio delatado nos autos da persecução contra este, comprometendo-as. Enfim, autos da colaboração, acordo e termo não se confundem, bastando que estes dois sejam conhecidos pelo coimputado. O enunciado 14, da Súmula Vinculante do STF, exige acesso aos elementos de prova atinentes ao direito de defesa e não a quaisquer dados que não ingressem no processo como prova. Não se trata sequer de flexibilização de direitos dos investigados perante a criminalidade organizada.

Retomando a análise do julgamento do HC 127483 do Paraná junto ao STF, verifica-se que o Ministro Dias Toffoli entendeu cabível impetração por imputado (delatado) contra homologação de colaboração criminal na qual fora mencionado, porque, embora a decisão do relator pudesse ser submetida ao crivo do Plenário, aquele não seria parte para interpor agravo regimental. Com efeito, além dos recursos passíveis de interposição nos autos da persecução formalmente instaurada contra si, quando aportasse a documentação atinente à colaboração, inclusive contra decisão de valoração do seu conteúdo como elemento de prova, é certo que, não integrando a relação processual anterior ou originária, deveria restar algum instrumento para evitar eventuais desdobramentos, potencialmente gravosos para sua liberdade, da sequência do processamento e envio do acordo de colaboração ao juízo competente.

Não se acolheu, contudo, com razão, a tese de que a delação carecia de pressuposto ontológico e axiológico consistente na confiança e a tese de ilegalidade do acordo decorrente também de cláusulas patrimoniais ilícitas, como a liberação de imóveis para a família do delator, que teriam sido adquiridos com recursos objeto de lavagem, em detrimento da obrigação de reparação dos danos, nos termos do Dec. 5.687/2006, o qual incorporou a Convenção de Mérida ao nosso direito positivo, e do princípio constitucional do devido processo legal.

Além da legalidade da formação do convencimento judicial fundamentado acerca da licitude e legitimidade da proposta, parece-nos que não há como presumir a má-fé, na incipiente colaboração, da condição de investigado, o que afrontaria a própria natureza e razão de ser do instituto. Ora, a confiabilidade do colaborador somente poderia ser avaliada, no momento oportuno, em cotejo com o resultado das diligências desencadeadas por suas informações e com a confirmação de seu conteúdo por outras provas. Ilações extraídas de estado jurídico do delator, vaga e prematuramente, não poderiam de fato impedir a negociação e formalização do acordo. A liberação provisória de bens, por outro lado, não excluiria a possibilidade de aplicação de multa e outras sanções restritivas de direitos na sentença, inclusive patrimoniais, da incidência dos efeitos de eventual condenação e da execução de provimento indenizatório obtido em vias próprias (ação civil pública, por improbidade, etc.).

A personalidade do agente referida pela lei não significa que a colaboração depende de perfil psicológico favorável, o que seria inviável em organização criminosa, mas que se cuida de fator relevante na definição dos termos do acordo, mormente do benefício apropriado. Para alguns autores, o parágrafo primeiro do art. 4, da Lei 12.850/13, não

estabelece requisitos e não dispõe sobre o acordo, mas sobre a sanção premial, assim como o art. 13, par. único, da Lei 9.807/99 autoriza o perdão judicial em conformidade com os mesmos fatores, inclusive a personalidade do beneficiado. Neste diapasão, a eficácia não é avaliada *ex ante*, mas após a homologação e efetiva cooperação.

Quanto às conjecturas sobre vício de vontade, o magistrado instrutor convocado, naquele mencionado julgamento do STF, ouviu o colaborador, na presença de seu defensor, para confirmar a regularidade, legalidade e voluntariedade da colaboração, cuja constitucionalidade já havia sido reconhecida pelo STF antes mesmo da entrada em vigor da Lei 12.850/13. Apenas a cláusula de renúncia ao direito fundamental de acesso à Justiça foi afastada, até porque já haveria perda dos benefícios ajustados para a hipótese de descumprimento do acordo. Os demais atos da colaboração foram convalidados, no juízo de constitucionalidade e legalidade. Não se olvidou do dever das autoridades e do direito do acusado de confrontar as declarações do delator, sob a égide do princípio constitucional do devido processo legal. O Ministro enfatizou tal direito de confrontar, o qual, nos sistemas italiano e americano, tem estatura constitucional, bem como as garantias de que o impetrante jamais seria condenado com base apenas na delação para asseverar que eventual inutilizabilidade das declarações não atingem o ato em si, restando válido o acordo sob o aspecto formal. Com efeito, a credibilidade e o confronto probatório extrínseco dizem com outro plano e etapa, descabendo a exclusão apriorística de provas que a experiência demonstra serem preciosa fonte de conhecimento de fatos.

Quanto ao valor das declarações, Perfecto Andrés Ibáñez¹⁸ ensina que corroborar é dar força a uma afirmação inculpatória de fonte testemunhal com dados de outra procedência, donde força é qualidade de convicção. Não referidos diretamente ao fato declarado, mas a alguma circunstância relacionada com ele, cuja constatação confirmaria a veracidade do declarado. O voto do julgamento acima referido ressalta que, para corroborar declarações heteroinculpatórias, não bastariam declarações harmônicas de outro colaborador.

O voto ponderou que a confiança no delator diz com a eficácia de sua colaboração, mormente para fins de sanção premial, não sendo elemento de existência ou requisito de validade do acordo. Não se extrai previamente de supostas características ou antecedentes do delator, mas é construída objetivamente a partir da fidedignidade das informações, da corroboração por outros elementos e efetividade para a investigação. Não interessa, a propósito, se decorreram de arrependimento ou de vingança. Sob o prisma subjetivo, importa a voluntariedade. Assim, o relator concluiu que considerações sobre a personalidade do delator Alberto Youssef e referência a descumprimento de acordo anterior não obstavam a homologação da colaboração diversa. O julgamento considerou, ademais, que a liberação de bens prevista em cláusula do acordo não afetava a esfera jurídica do paciente, embora a medida somente fosse aplicável para o perdão judicial, quando haveria extinção da punibilidade. De qualquer modo, não vincularia o juízo cível, além de admitida, em tese, pela Convenção de Palermo, segundo Dias Toffoli, ao franquear o abrandamento das consequências do crime, o que incluiria o confisco, como efeito extrapenal da condenação. Em suma, bens do delator poderiam ser imunizados no acordo, atendendo ainda aos encargos de proteção pessoal. De qualquer maneira, as críticas aos critérios de oportunidade e conveniência de inclusão de cláusulas de tal

¹⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial em el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 124-125.

jaez em acordos de colaboração não se confundem com reconhecimento de ilegalidade ou ofensa à Lei Maior.

O voto conclui que negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou criar embaraços para lhe sonegar a sanção premial representa conduta desleal do Estado, em detrimento do princípio da moralidade nos termos do art. 37, da CF. Como se percebe, reiteremos os ensinamentos no sentido de que cabe ao juiz, nesta primeira etapa, exercer o controle sobre a legalidade e requisitos formais do acordo, o que condiz com a natureza jurídica do instituto, com o procedimento estabelecido pela nova lei e com nosso modelo de colaboração criminal, desenhado após décadas de experiências pelo mundo e sucessivas alterações na legislação pátria. Somente o exercício comedido e eficaz desses poderes e competências pelo magistrado propiciará a intensificação do emprego do valioso instrumento no combate ao crime organizado e, por conseguinte, à corrupção e ao ataque frequente e grave a bens jurídicos tutelados tão caros à sociedade, em regra dotados de raízes constitucionais, mas sem abandonar a estrita observância dos princípios fundantes do Direito Penal e do Direito Processual Penal e sem transigir com os direitos e garantias fundamentais.

Bibliografia

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 270.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição da insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 88, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº 558. Relator: Ministra Nancy Andrighi. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão nº 575. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 2002002009157-4. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 30207. Relator: José Raul Gavião de Almeida. São Paulo, 24 de janeiro de 2012. *Diário Oficial*, São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Pedido de Desaforamento nº 16012. Requerente: Ricardo José Guimarães. Requerido: MM Juiz de Direito da Vara do júri da Comarca de Ribeirão Preto. Relator: Jose Raul Gavião de Almeida. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelas pessoal no processo penal brasileiro*. 2015. f. 53-54. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DOUTRINA: EDIÇÃO COMEMORATIVA, 25 ANOS. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada. *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, 2004.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

LEAL, Celso Costa Lima Verde. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MESSA, Ana Flavia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Org.). *Crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – legitimidade e procedimento – aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

REVISTA DA AJURIS. Rio Grande do Sul: Scor Editora Tecci, mar. 2006.

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, 2011.

REVISTA FORENSE. Rio de Janeiro: Forense, v. 398, 2008. Bimestral.

REVISTA IOB DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre: Iob, 2007. Bimestral.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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