

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS MECANISMOS DE OBTENÇÃO DE
PROVA NO ÂMBITO DA LEI N.º 12.850 DE 2013 – LEI DE COMBATE AO
CRIME ORGANIZADO**

THIAGO SILVA CAVALCANTE

**Rio de Janeiro
2016 / 2016.2**

THIAGO SILVA CAVALCANTE

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS MECANISMOS DE OBTENÇÃO DE
PROVA NO ÂMBITO DA LEI N.º 12.850 DE 2013 – LEI DE COMBATE AO
CRIME ORGANIZADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

Rio de Janeiro

2016 / 2016.2

CIP - Catalogação na Publicação

S376c Silva Cavalcante, Thiago A Colaboração Premiada e os Mecanismos de Obtenção de Prova no Âmbito da Lei n.º 12.850/2013 – Lei de Combate ao Crime Organizado / Thiago Silva Cavalcante. -- Rio de Janeiro, 2016.

111 f.

Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Colaboração Premiada. 2. Crime Organizado.

3. Mecanismos Especiais de Obtenção de Prova. 4. Princípios Instrumentais do Processo Penal Brasileiro. I. Barletta, Junya Rodrigues, orient. II. Título.

341.532

THIAGO SILVA CAVALCANTE

**A COLABORAÇÃO PREMIADA E OS MECANISMOS DE OBTENÇÃO DE
PROVA NO ÂMBITO DA LEI N.º 12.850 DE 2013 – LEI DE COMBATE AO
CRIME ORGANIZADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / _____.

Banca Examinadora:

Prof.^a Junya Rodrigues Barletta

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2016 / 2016.2

Dedico este trabalho, primeiramente, aos meus amados pais, Rosalvo e Gilda, que sempre me apoiaram e foram um porto seguro perante as dificuldades deste percurso. À minha namorada Juliana, fonte inesgotável de companheirismo e ternura, sem você minha realidade não seria possível.

RESUMO

Nos últimos anos, a comunidade internacional passou a externar maior preocupação com o crescimento do fenômeno criminológico do crime organizado. Tal fato tem sido impulsionado pela globalização e pelos avanços tecnológicos que proporcionam maior dinâmica e mutabilidade na atuação das organizações criminosas. Reconhecendo a gravidade desta modalidade delitiva, a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional introduziu um conceito jurídico para as organizações criminosas, bem como, elencou instrumentos especiais de investigação para promover um combate mais eficaz ao crime organizado. Na mesma esteira, por meio da Lei n.º 12.850/2013, o legislador brasileiro efetivou o combate ao crime organizado no ordenamento jurídico pátrio, termos em que, definiu organização criminosa, criou um tipo penal incriminador e regulamentou mecanismos extraordinários de obtenção de prova. Dentre os novos instrumentos de investigação, merece destaque o instituto da Colaboração Premiada, que incentiva o acusado à colaborar com a justiça, fornecendo informações relevantes à persecução criminal, em troca de benefícios penais, como a redução da pena restritiva de liberdade e até mesmo o perdão judicial. Nada obstante, apesar de sua efetividade no combate ao crime organizado, o instituto da colaboração premiada, para ser legítimo e válido, deverá respeitar as garantias fundamentais e os limites constitucionais e convencionais do processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Crime Organizado; Conceito; Mecanismos Especiais de Obtenção de Prova; Colaboração Premiada; Princípios Instrumentais do Processo Penal; Convenção Americana de Direitos Humanos; Lei n.º 12.850/2013 – Lei de Organizações Criminosas.

ABSTRACT

In recent years, the international community has become more concerned with the growth of the criminological phenomenon of organized crime. This fact has been driven by globalization and technological advances that provide greater dynamism and mutability in the work of criminal organizations. Recognizing the seriousness of this criminal offense, the United Nations Convention on Transnational Organized Crime has introduced a legal concept for criminal organizations, as well as special investigative tools to promote a more effective fight against organized crime. In the same vein, by means of Law no. 12.850 / 2013, the Brazilian legislator made the fight against organized crime in the legal order of the country, in which it defined a criminal organization, created an incriminating criminal type and regulated extraordinary mechanisms for obtaining evidence . Amongst the new research instruments, it is worth highlighting the “Awarded Collaboration” Institute, which encourages the accused to collaborate with the justice system, providing information relevant to criminal prosecution, in exchange for criminal benefits, such as reducing the restriction of freedom and even Judicial forgiveness. Notwithstanding its effectiveness in combating organized crime, the institute of prize-winning collaboration, in order to be legitimate and valid, must respect the fundamental guarantees and the constitutional and conventional limits of the Brazilian criminal procedure.

Keywords: Organized Crime; Concept; Special Mechanisms for Obtaining Proof; Award Winning Collaboration; Instrumental Principles of Criminal Procedure; American Convention on Human Rights; Law no. 12.850 / 2013 - Criminal Organizations Act.

SUMÁRIO

1. CRIME ORGANIZADO: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	10
1.1 Conceito de crime organizado.....	12
1.2 Aspectos históricos do crime organizado.....	19
a) Máfia italiana.....	19
b) Yacusa.....	20
c) Cartéis colombianos.....	21
1.3 O fenômeno do crime organizado no Brasil e o instituto da delação premiada.....	22
2. MATRIZES PRINCIPIOLÓGICAS DO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ORIENTAM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	25
2.1 Jurisdicionalidade - <i>nulla poena, nulla culpa sine iudicio</i>	27
2.2 Juiz natural	27
2.3 Princípio acusatório e a imparcialidade do julgador	29
2.4 Presunção de inocência.....	33
2.5 Contraditório e ampla defesa.....	38
2.5.1 Direito ao contraditório.....	38
2.5.2 Direito de ampla defesa.....	41
2.5.2.1 Defesa técnica.....	41
2.5.2.2. Defesa pessoal e o <i>nemo tenetur se detegere</i>	42
2.6 Vedação às provas ilícitas.....	45
3. CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS LEGAIS.....	47
3.1 A legislação no tempo.....	48
3.1.1 Lei n.º 9.034/1995.....	48
3.1.2 Lei n.º 12.850/2013.....	52
3.2 Instrumentos de investigação e obtenção de provas disciplinados na Lei n.º 12.850/2013.....	55
3.2.1 Colaboração premiada.....	55
3.2.2 Ação controlada.....	56
3.2.3 Infiltração de agentes.....	58
3.2.4 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.....	59
3.2.5 Da interceptação das conversas telefônicas e telemáticas nos termos da legislação específica.....	61
3.2.6 Do afastamento dos sigilos financeiros, bancário e fiscal nos termos da legislação específica.....	62

4. A COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI 12.850/2013: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM O PROCESSO PENAL.....	64
4.1 Considerações introdutórias sobre a colaboração premiada.....	64
a) Definição, natureza jurídica e breve diferenciação do instituto da delação premiada.....	64
b) Aspectos éticos e a deficiência dos mecanismos de repressão.....	68
4.2. A regulamentação da delação e da colaboração premiada no Brasil: uma retrospectiva legislativa.....	71
4.2.1 As origens do instituto no Brasil.....	71
4.2.2 A delação premiada na Lei n.º 8.072/1990 – Lei de crimes hediondos.....	73
4.2.3 A colaboração espontânea na Lei n.º 9.034/1995 – antiga Lei de organizações criminosas.....	74
4.2.4 A delação premiada nas Leis n.º 7.492/1986 e 8.137/1990, alteradas pela Lei n.º 9.080/1995 – Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária e econômica, e as relações de consumo.....	76
4.2.5 A colaboração espontânea prevista na Lei n.º 9.613/1998 - Lei de lavagem de capitais.....	77
4.2.6 A delação premiada na Lei n.º 9.807/1999 - Lei de proteção à vítima e testemunha ameaçadas.....	78
4.2.7 A delação premiada nas Leis anti-drogas.....	79
4.3 Aspectos fundamentais da colaboração premiada na Lei n.º 12.850/2013, à luz da Constituição de 1988.....	81
4.3.1 Requisitos legais.....	81
a) Legalidade	81
b) Voluntariedade.....	82
c) Efetividade.....	83
d) Requisitos Subjetivos.....	86
4.3.2 Efeitos da colaboração premiada.....	88
4.3.3 Valor das informações prestadas pelo colaborador.....	89
4.3.4 Procedimento.....	95
4.3.5 Direitos e garantias do colaborador.....	100
5.CONCLUSÃO.....	101
6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108

1 CRIME ORGANIZADO: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A atuação do Crime Organizado, como um fenômeno criminológico de dimensões globais, pressupõe, de um modo geral, uma combinação de fatores sociais que reúnem grupos de indivíduos que comungam de interesses semelhantes voltados ao cometimento de delitos e à prática de infrações penais.

Indene de dúvida que, dentre os principais fatores propulsores da criminalidade organizada, encontra-se a omissão do Estado em prestar serviços básicos de saúde, educação e segurança de maneira satisfatória, bem como a fragilidade dos mecanismos estatais de intervenção e repressão penal.

Por conseguinte, é justamente nesta lacuna deixada pelo poder público que o crime organizado encontra território fértil para a instalação e o desenvolvimento de suas atividades ilícitas, tão gravosas a ponto de representar verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito.

Isto se deve ao fato de que, diante das flagrantes falhas estatais em suprir as demandas sociais, o crime organizado fortalece seus mecanismos de atuação, na medida em que não encontra obstáculo capaz de conter a expansão de suas atividades criminosas.

Nesta conformidade, os criminosos se organizam de maneira estável, através estruturas hierárquicas bem definidas, com o intuito de promover a exploração de atividades ilícitas e clandestinas, mediante o emprego de violência e mecanismos de intimidação difusa e coletiva.

Com efeito, não raramente, as organizações criminosas atingem elevado grau de complexidade em sua estrutura, de modo a exercerem significativa influência sobre os aparatos políticos, seja através da omissão e da inércia dos próprios governantes e

membros dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou até mesmo, diretamente, através de seus próprios braços políticos infiltrados.

Soma-se a isso o fato de que, os avanços da globalização, aliados ao desenvolvimento tecnológico, permitiram a expansão das relações de comércio internacionais. Em contrapartida, tal cenário impulsionou a internacionalização do crime organizado, na medida em que a evolução dos mecanismos de fiscalização das fronteiras e de repressão legal internacional não acompanharam o desenvolvimento apresentado pelas relações de consumo, favorecendo assim o crescimento da mercancia ilícita.

Atualmente, o crime organizado internacional ostenta ramificações dentre os mais diversos seguimentos econômicos, explorando o comércio ilegal em setores que se estendem desde o tráfico de substâncias entorpecentes e o comércio clandestino de armas de fogo, ao tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual e de trabalho escravo.

Desta maneira, a atuação das organizações criminosas em nível mundial movimenta vultuosas quantias de dinheiro obtidas por meio da exploração de atividades ilícitas e, portanto, necessitam de alguma maneira serem ocultadas a fim de afastar os mecanismos de persecução criminal, dando origem aquilo que é conhecido como “embranchamento de capitais”, ou simplesmente, “lavagem de dinheiro”.

Assim, o atual cenário mundial, em que a ascensão do crime organizado transcende o cometimento reiterado de crimes e ultrapassa fronteiras nacionais, denota a falência e a ineficiência dos Estados no combate à esta complexa modalidade de prática de crimes.

Por tal razão, revestem-se de significativa relevância os intensos debates e as estratégias de cooperação estabelecidas em nível internacional a respeito da repressão ao crime organizado, sendo o assunto, inclusive, objeto de uma Convenção aprovada pelas Nações Unidas¹.

¹ “*The United Nations Convention against Transnational Organized Crime*”, Nova York, 2004. A Convenção de Palermo, apesar de ter sido editada na cidade norte-americana, é composta por três

Nesta conformidade, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ou Convenção de Palermo, torna-se um excepcional instrumento de cooperação jurídica internacional, incentivando o emprego de técnicas especiais de investigação, como a infiltração de agentes, a ação controlada e a colaboração premiada, em um combate mais eficaz ao crime organizado transnacional.

Ademais, o texto da Convenção de Palermo oferece um consenso internacional a respeito das organizações criminosas, definindo este fenômeno criminológico como sendo um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com fim de cometer infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.²

Com efeito, diante do conceito apresentado na referida Convenção, depreende-se que a caracterização de uma organização criminosa depende da identificação de uma pluralidade subjetiva, composta por no mínimo 03 (três) integrantes, os quais, unidos de modo permanente e, apresentando uma estrutura com certo grau hierárquico, objetivam a obtenção de vantagens econômicas, ou materiais, mediante o cometimento reiterado de crimes.

No que se refere ao âmbito de atuação, em que pese a Convenção de Palermo seja um Tratado Internacional voltado ao combate do crime organizado transnacional, não há óbice para que os conceitos disciplinados pela Convenção sejam aplicados aos crimes praticados por organizações criminosas dentro das fronteiras dos Estados nacionais.

1.1 Conceito de crime organizado

A escorreita definição do fenômeno criminológico relacionado ao crime organizado representa, indiscutivelmente, uma árdua atribuição, sobretudo,

instrumentos, firmados no ano de 2000, na capital da região italiana da Sicília. A mencionada Convenção é compreendida por Protocolos relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea; à Preservação, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças; e à Fabricação e ao Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições. Outros Protocolos podem vir a ser editados e ratificados no âmbito da Convenção, que foi ratificada no Brasil por intermédio do Decreto Legislativo n.º 231/2003 e inserida no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto n.º 5.015/2004.

² Artigo 2º, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

considerando a mutabilidade com que os criminosos definem sua estrutura organizacional, variando de acordo com o meio social ao qual estão inseridos, bem como, de acordo com os delitos praticados.

Não obstante, cumpre ressaltar que, a despeito da extrema lesividade intrínseca à esta modalidade criminosa, durante considerável período de tempo, não existiu em nosso ordenamento um conceito capaz de definir os elementos que constituem uma organização criminosa.

Diante de um fenômeno criminológico de tamanha magnitude, é incontestável que a tipificação desta atividade criminosa demande um extremo esforço por parte do legislador, sendo certo que, as problemáticas em apresentar um conceito legal capaz de exaurir as definições de organização criminosa se justificam ante ao receio de que, devido a uma conceituação imprecisa, condutas altamente reprováveis sejam consideradas atípicas.

Nas palavras de Alberto Silva Franco³:

O crime organizado tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas, ou com vítimas, ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

Sem prejuízo, apesar da multiplicidade de facetas adotadas pelo crime organizado a fim de que este consiga permanecer sempre à margem da lei, o conceito de organização criminosa pode ser extraído por meio da reunião de características definidas pela doutrina e jurisprudência, em consonância com as diretrizes estabelecidas pela Convenção de Palermo.

³ FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: 1994.

Deste modo, confrontando a frequência com que as características acima mencionadas se reproduzem entre os diversos conceitos de crime organizado propostos por importantes doutrinadores, o criminólogo norte-americano Jay Albanese⁴ publicou o seguinte estudo, em que verifica elementos comuns entre as distintas definições:

CARACTERÍSTICAS	FREQUÊNCIA
Organização estruturada hierarquicamente:	16
Intenção de lucro através do crime:	13
Uso de força física ou ameaça:	12
Corrupção objetivando a manutenção da impunidade:	11
Demanda pública por serviços ilícitos:	7
Monopólio sobre determinado mercado:	6
Membros restritos:	4
Ausência de viés ideológico:	4
Especialização em determinada atividade:	3
Código secreto ou de conduta:	3
Planejamentos extensos de operação:	2

Fonte: Jay Albanese (2010), Organized Crimes in our Times. p. 04.

Assim, tomando por base os estudos acima apontados, de modo geral, apesar das mais variadas configurações verificadas entre as principais organizações criminosas ao redor do mundo, é possível a identificação de uma série de características que refletem determinados padrões, os quais, não aleatoriamente, se reproduzem em grande parte das sociedades.

⁴ ALBANESE, Jay S. *Organized Crime in our Times*. 6ª ed. Routledge, 2010.

Neste diapasão, faz-se mister a enumeração de alguns aspectos que, reiteradamente, podem ser identificados no âmbito de organizações criminosas:

- i) Complexidade estrutural: Trata-se de um conceito plurisubjetivo, sendo indispensável a identificação de uma pluralidade de agentes, estruturados de modo rígido e hierárquico, com funções estritamente definidas. Via de regra, a divisão é estabelecida de um modo vertical, onde um indivíduo, ou um pequeno grupo de pessoas, é responsável pelas decisões e planejamentos acerca da atuação da organização, concentrando poderes e exercendo liderança sob os demais subordinados;
- ii) Estabilidade e permanência: Os membros de uma organização criminosa se reúnem com o objetivo comum de praticar crimes de maneira reiterada. Assim, verifica-se a permanência durante um longo período de tempo de atuação, por vezes, indefinido;
- iii) Finalidade de lucro ou poder: Grande parte das organizações criminosas explora atividades ilícitas ou clandestinas com a finalidade de acumular riquezas econômicas. Todavia, existem casos em que o objetivo dos criminosos é a busca pelo poder sócio-político ou religioso;
- iv) Estreitas ligações com o poder estatal: O crime organizado busca estabelecer uma forte conexão com o poder público, por vezes, mantendo inclusive uma relação de simbiose com Estado. A corrupção dos aparatos estatais neutraliza o combate à criminalidade, garantindo a proteção dos criminosos por meio da omissão dos agentes públicos, fato que acaba por facilitar a execução de novos delitos;
- v) Caráter transnacional: Por certo que, os avanços da globalização e o aumento do comércio internacional, aliados às inovações tecnológicas, permitiram que o crime organizado expandisse suas fronteiras. A internacionalidade das atuações do crime organizado representa verdadeiro obstáculo ao seu combate, muito em razão das disparidades dos mecanismos de repressão e distinções dos sistemas legais entre os Estados. Por outro lado, forçoso o reconhecimento de que a internacionalização não é *conditio sine quo non* ao crime organizado, havendo frequentes registros de organizações criminosas com atuação somente no âmbito de um território nacional;

- vi) A violência como mecanismo de resolução de conflitos e intimidação coletiva: Esta característica possui maior incidência nas organizações mafiosas, nos grupos terroristas e no tráfico de drogas, sendo elevado os índices de mortes relacionadas ao crime organizado. Ressalta-se que, quanto a este aspecto, a violência não se resume aos membros da própria organização ou de facções rivais, atingindo, inclusive, aos cidadãos comuns, sem qualquer envolvimento com o crime⁵. Outrossim, observa-se uma diminuição da violência em organizações criminosas que desenvolvem um caráter empresarial e tecnológico de organização, ocasião em que o crime organizado passa a empregar a fraude e a corrupção como alternativa à violência;
- vii) Cometimento de uma multiplicidade de crimes: Não há como enumerar com exatidão a quantidade de delitos praticáveis por uma organização criminosa, vez que, para além das inúmeras formas de transgressão penal conhecidas, a evolução sócio-tecnológica, fortalecida pela ineficiência dos mecanismos de repressão, potencializa o número de delitos, impossibilitando sua definição;
- viii) Clandestinidade: Fraudes e simulações são empregadas a fim de que negócios considerados lícitos sejam utilizados para camuflar lucros escusos, obtidos através da exploração de atividades ilícitas. É comum que haja a denominada *lavagem de dinheiro*, com o intuito de revestir de legalidade e inserir o dinheiro ilícito no sistema financeiro por meio de paraísos fiscais, empresas de fachada, simulação de negócios lícitos, com a intenção e escamotear suas origens clandestinas.

No Brasil, a Lei n.º 12.850, promulgada em 02 de agosto de 2013, teve a incumbência de introduzir no ordenamento jurídico pátrio uma definição acerca desta ramificação delitiva.⁶

De plano, cumpre ressaltar o caráter plurisubjetivo da norma, definindo em um número mínimo de 04 (quatro) integrantes para a configuração de uma organização

⁵ A lei do silêncio, existente nas favelas cariocas, é exemplo de condição imposta pelos criminosos, os quais exigem que os moradores das comunidades não relatem às autoridades públicas informações relacionadas ao crime organizado, sob o risco de serem torturadas e assassinadas.

⁶ Art. 1º, § 1º, Lei 12.850/2013 - *Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*”

criminosa. Tal exigência, demonstra a adoção de uma política criminal variável e questionável.

Em que pese a conceituação de uma organização criminosa justifique a imposição de um número mínimo de integrantes, sobretudo, em razão da hierarquização e da divisão de tarefas, fato é que não existe uma uniformidade no ordenamento brasileiro.

Isto porque, ao disciplinar sobre a associação de indivíduos com fins de cometer ilícitos penais, a Lei n.º 11.343/2006 aceita um mínimo de 02 (dois) integrantes para caracterizar a associação, ao passo que o artigo 288 do Código Penal cita um mínimo de 03 (três) indivíduos e, por fim, a definição de organização criminosa da Lei 12.850/2013 requer 04 (quatro) integrantes em sua configuração. A ausência de um padrão indica a adoção de uma política criminal variável.

Ademais, para fins de caracterização de uma organização criminosa, o supramencionado dispositivo legal prevê a existência de um conjunto de pessoas, associados de forma estruturada, com certo grau de hierarquia e com a realização de tarefas bem definidas.

Com relação à estruturação de uma organização criminosa, enriquecedora é a contribuição de Luiz Flávio Gomes⁷:

Não se pode banalizar o conceito de crime organizado que, com frequência, conta com planejamento “empresarial”, embora isso não seja rigorosamente necessário. Não há como confundir esse planejamento com o mero programa delinquencial (que está presente em praticamente todos os crimes dolosos). A presença de itens do planejamento empresarial (controle do custo das atividades necessárias, recrutamento controlado de pessoal, modalidade do pagamento, controle do fluxo de caixa, de pessoal e de “mercadorias” ou “serviços”, planejamento de itinerários, divisão de tarefas, divisão de territórios, contatos com autoridades etc.) constitui forte indício do crime organizado

Assim, organização criminosa é aquela associação delinquencial, estável e permanente, ordenada estruturalmente através da divisão de tarefas, que explora

⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 – Criminalidade organizada e crime organizado (item 30.)* in *Blogdolfg/atualidadesdodireito.com.br* (item 30)

determinadas atividades criminosas como meio para a obtenção de vantagem de qualquer natureza.

Conforme asseveram Biterncourt e Busato⁸:

Vantagem de *qualquer natureza* - elementar do crime de participação em organização criminosa -, pelas mesmas razões, não precisa ser necessariamente de natureza econômica. Na verdade, o legislador preferiu adotar a locução vantagem de qualquer natureza, sem adjetivá-la, provavelmente, para não restringir seu alcance.

É de acrescentar-se ainda que, o conceito de organização criminosa exige, também por razões de política criminal, que as infrações penais praticadas pela organização sejam punidas com penas máximas superiores a 04 (quatro) anos, além dos crimes praticados em caráter transnacional.

Ressalta-se que tal critério de delimitação da relevância das ações praticadas por uma organização criminosa deve estar pautado na gravidade da punição das infrações que são objeto do grupo criminoso.

No entanto, ao empregar a terminologia *infrações penais*, a opção legislativa foi de incluir também as contravenções penais neste seletor rol, apesar de inexistir tal espécie delitiva com pena máxima cominada superior a quatro anos.

Por fim, salienta-se a preocupação legislativa com os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, sobretudo no combate ao crime organizado, na medida em que incluiu os delitos *transnacionais* como aqueles relevantes para a configuração de uma organização criminosa.

Destarte, como infrações de caráter *transnacional*, devem ser entendidos os crimes que, tenham tido iniciados os atos de execução no País, e o resultado tenha, ou devesse ter ocorrido, no estrangeiro, ou reciprocamente.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. (Lei n. 12.850/2013)*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 34

De igual modo, é conferido o mesmo tratamento legal disposto na Lei 12.850/2013 aos crimes cometidos por *organizações terroristas internacionais*, assim definidas conforme as normas de direito internacional reconhecidas pelo Brasil, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios, ou de execução, ocorram ou possam se passar em território nacional.

1.2 Aspectos históricos do crime organizado

a. Máfia italiana

A origem dos registros acerca de organizações criminosas remonta à região da Sicília, sul da Itália, ainda em uma época rural, em que os camponeses eram explorados por seus senhores. Naquele cenário, alguns trabalhadores insatisfeitos se reuniram com a intenção inicial de promover uma espécie de reforma agrária.

Assim, diante da ausência de um Estado protetivo que tutelasse os interesses das camadas menos favorecidas, os trabalhadores, em contrapartida, iniciaram atos de destruição às plantações e aos rebanhos, provocando o temor dos latifundiários que, coagidos, eram obrigados a realizar acordos com o grupo para a “proteção” de suas propriedades.

Desde então, passaram a existir grupos organizados, com estruturas de divisões de tarefas bem definidas, semelhantes à organização de famílias, sendo os responsáveis pela prática de inúmeras extorsões, dentre outras atividades ilegais.

Naquele contexto, dentre as principais organizações mafiosas surgidas na Itália, em razão da grandiosidade e da perversidade com as quais conduziam seus negócios obscuros, ganharam destaques aquelas apelidadas de “Cosa Nostra”, na Sicília, a “Camorra” em Nápoles e a “N’drangheta” na região da Calábria.

Ao longo dos anos, as máfias italianas praticaram extorsões e exploraram o contrabando dentro de setores como o comércio e das indústrias nacionais. Ademais, as organizações mafiosas ingressaram no sistema financeiro, mediante a abertura de

empresas destinadas a ocultar a lavagem de dinheiro oriundo de suas atividades espúrias.

Assim, dentro de um curto período de tempo, os criminosos expandiram suas devastadoras redes influências, alcançando o aparato político italiano, por meio da compra de votos e do financiamento de campanhas políticas de pessoas que garantissem a continuidade dos negócios clandestinos explorados pela máfia.

O crescimento das máfias atingiu seu ápice em meados da década de 1980, quando o descontentamento popular obrigou o Estado a promover significativas alterações em seus mecanismos de repressão legal, fortalecendo, assim, o combate às organizações criminosas.

b. Yakusa

A organização criminosa Yakusa tem como duas de suas principais características a peculiaridade de restringir o acesso de integrantes somente a indivíduos de origem japonesa e do gênero masculino.

A estrutura desta espécie de organização criminosa também é dividida em famílias, com rígidas hierarquias verticais, responsáveis por controlar seus respectivos territórios, onde exploram atividades clandestinas como apostas de jogo, prostituição, pornografia, extorsão a empresas, tráfico de entorpecentes e o controle do comércio de “camelôs”.

Ressalta-se a existência de um código interno de leis extremamente rigoroso, cujos principais valores são a justiça, lealdade, fidelidade, fraternidade e o dever para com a organização.

Os integrantes da Yakusa ostentam o corpo coberto por tatuagens, em geral, desenhos asiáticos relacionados a samurais, dragões e serpentes, de modo a facilitar a identificação de seus membros, além de simbolizar seu grau de importância dentro da hierarquia da organização.

A severidade desta organização garante que suas doutrinas sejam seguidas meticulosamente por seus integrantes, punindo aqueles que cometerem falta grave com a decepção de um dos dedos das mãos, ou mesmo com a morte.

c. Cartéis colombianos

No continente latino-americano, a Colômbia funciona como território para a atuação de um modelo de criminalidade organizada que explora, principalmente, a produção e o comércio de entorpecentes e de armas de fogo.

Não obstante, mesmo dentro do território colombiano, funcionam distintas organizações criminosas que adotam o formato de cartéis, dentre os quais, os mais conhecidos, os cartéis de Medellín e de Cali, responsáveis por enviar ilegalmente toneladas de cocaína aos Estados Unidos.

Para fins de melhor compreensão, o sociólogo Guaracy Mingardi elaborou uma precisa resenha a respeito das famigeradas máfias colombianas, onde descreve seus fracionamentos em cinco principais núcleos:

a) Núcleo Costa: localizada na península do norte, explorando o contrabando de cigarros, bebidas e eletrodomésticos; nos anos 1970, produziam e exportavam fortemente a maconha; b) Núcleo Antióquia, conhecido como Cartel De Medellín, desde os anos 1970 dedica-se ao tráfico de maconha e cocaína; o protótipo foi Pablo Emílio Escobar Gavéria; c) Núcleo de Valluno, Cartel De Cali, na costa do pacífico; desde os anos 1970 dedica-se ao tráfico de cocaína; constituído por pessoas da classe média ou alta como os irmãos banqueiros Rodriguez Orejuela; d) Núcleo Central, formado por setores pobres da população, embora tenha adquirido muita terra com o lucro de cocaína; e) Núcleo Oriental, explora o contrabando com investimentos na construção civil e no comércio.”⁹

As atividades criminosas dos cartéis colombianos tornaram-se mundialmente famosas em razão de terem desencadeado uma guerra civil na Colômbia. Todavia, existem diferentes motivações para estes enfrentamentos, que surgiram como uma guerra entre o governo colombiano contra os narcotraficantes. Posteriormente, o

⁹ MINGARDI, Guaracy. O Estado e o Crime Organizado. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: 1998. p. 50.

conflito foi motivado por desentendimentos entre os latifundiários, oriundos do tráfico de drogas, contra o seguimento político de esquerda na Colômbia, que lutava pela reforma agrária. Por fim, os combates envolveram os dois principais cartéis do país, Medellín e Cali, na disputa pelo controle do tráfico.

1.3 O fenômeno do crime organizado no Brasil e o instituto da delação premiada

Em nosso país, o fenômeno das organizações criminosas apresenta ramificações presentes nos principais centros urbanos e regiões metropolitanas, onde as principais espécies delitivas exploradas pelos criminosos são o “jogo do bicho”, o roubo de veículos e cargas, o comércio ilícito de substâncias entorpecentes, lavagem de dinheiro, entre outras.

Assim, facções criminosas como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital controlam grande parte do tráfico de entorpecentes e do comércio clandestino de armas de fogo, exercidos com maior liberdade no interior de comunidades de baixa renda e de presídios, localidades em que a inércia dos mecanismos de repressão do governo impulsiona o crescimento destas atividades ilícitas.

Outra ramificação da criminalidade organizada com atuação em território nacional é o tráfico de seres humanos, que tem por objetivo o deslocamento de pessoas de um lugar a outro, tanto em âmbito internacional, quanto interno, com a exploração da migração de indivíduos do interior para grandes metrópoles do país.

O conceito internacionalmente adotado para tráfico de pessoas é definido pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, instrumento já ratificado pelo governo brasileiro.¹⁰

¹⁰ “A expressão *tráfico de pessoas* significa recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração”. Art. 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, internalizado por meio do Decreto n.º 15.017 de 12 de março de 2004.

O tráfico de pessoas constitui uma das mais degradantes violações de direitos humanos, atingindo, em especial, grupos sociais vulneráveis, como mulheres e crianças, as quais têm cerceadas sua dignidade e liberdade. O problema ainda é agravado em razão de desigualdades sociais, éticas e raciais.

Segundo recente relatório estatístico publicado pelo Ministério da Justiça, o número de denúncias sobre casos de tráfico de pessoas aumentou 865% entre os anos de 2011 e 2013. Conforme divulgado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, no ano de 2011, foram apurados 32 casos envolvendo tráfico de seres humanos, ao passo que, em 2013, o número de denúncias recebidas subiu para 309.¹¹

Os crimes cibernéticos representam outra vertente explorada pelo crime organizado no Brasil, podendo ser definidos como delitos praticados por meio da rede mundial de computadores, resultando em um forte impacto sobre o comércio devido a insegurança que representa para as relações de consumo modernas.

As novas tecnologias impulsionaram o crescimento deste tipo de atividade criminosa que se beneficia de informações tecnológicas como meio para lucrar de maneira ilícita, através de roubos de valores e informações sigilosas, pornografia, pedofilia, dentre outros crimes.

Soma-se a isso o fato de que, a corrupção, como instrumento de expansão criminosa, permitiu a ramificação do crime organizado por diversos segmentos sociais, que se estendem desde servidores públicos, políticos, empresários, e até cidadãos comuns, que são deixados corromper frente a crise dos valores éticos e, em nome da vantagem financeira, ainda que ilícita.

Diante deste caótico cenário de expansão das atividades da criminalidade organizada em nosso país, o legislador sentiu-se pressionado para editar leis capazes de combater este fenômeno criminológico com maior rigor, valendo-se do direito penal e

¹¹ Fonte: Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas, publicado pelo Ministério da Justiça em 2013. Disponível para acesso em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf

processual penal para impor sanções mais rigorosas e mecanismos de investigação e meios de obtenção de provas mais eficazes.

Dentre os inovadores aparatos repressivos advindos da nova lei de combate ao crime organizado, relevante destaque deve ser conferido ao instituto da delação premiada, segundo o qual, o acusado coopera com o Estado em sua busca pela reconstrução da verdade, na medida em que este, além confessar a autoria dos fatos criminosos que lhes são imputados, colabora fornecendo informações efetivas para a investigação criminal, em troca de benefícios penais.

Em que pese o novo diploma tenha introduzido em nosso ordenamento, a regulamentação de modernos instrumentos voltados à repressão desta espécie criminosa de elevadíssimo grau de reprovabilidade e lesividade, é imperioso que o operador do direito seja cauteloso a fim de que tais mecanismos não resultem em violações de garantias fundamentais consagradas em nossa Constituição.

Deste modo, a presente monografia buscará realizar um aprofundado estudo a respeito do instituto da colaboração premiada e sua aplicabilidade no âmbito de combate ao crime organizado no Brasil, analisando este mecanismo de obtenção de provas, à luz de um modelo constitucional de processo penal.

Para tanto, será necessário desenvolver, primeiramente, os princípios constitucionais que orientam o processo penal brasileiro, de maneira a fazer a necessária conformidade constitucional do instituto da delação ou colaboração premiada.

Posteriormente, o segundo capítulo destes estudos será dedicado aos aspectos legais do combate ao crime organizado em nosso país e realizará uma minuciosa apreciação sobre os diplomas legais responsáveis pela repressão ao crime organizado no ordenamento jurídico pátrio.

Nesta fase, serão fomentadas discussões a respeito dos instrumentos especiais de investigação empregados no âmbito do combate às organizações criminosas, com especial enfoque nos institutos da infiltração de agentes, ação controlada e da colaboração premiada.

Por fim, nos debruçaremos sobre o instituto da colaboração premiada, realizando um amplo estudo a respeito de sua evolução no direito brasileiro, desde o momento de seu surgimento, com o advento da Lei n.º 8.072/1990 - Lei de Crimes Hediondos, até a atual regulamentação conferida pela Lei 12.850 de 2013 - Lei de Combate ao Crime Organizado.

Com isto, serão questionadas a legitimidade e a validade da colaboração premiada, confrontando o instituto com as garantias fundamentais asseguradas ao colaborador e ao delatado, à luz dos parâmetros constitucionais e convencionais do processo penal brasileiro.

2 MATRIZES PRINCIPIOLÓGICAS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ORIENTAM O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente, faz-se imprescindível a afirmação de que as normas que orientam o sistema de persecução criminal, positivadas através dos institutos e regras dispostas em nosso Código de Processo Penal, sejam interpretadas e aplicadas à luz daquilo que é insculpido na Constituição Federal.

Conforme leciona Aury Lopes Junior, “[...] o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua instrumentabilidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”.¹²

Outrossim, considerando que o poder punitivo estatal, assim como toda e qualquer forma de poder concentrado, inclina-se a demonstrar características autoritárias, o sistema de garantias processuais constitucionais funciona como espécie controle aos limites do Estado.

¹² Lopes Junior, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, vol. I – 5ª ed. rev. e atual.– Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 115.

Assim, os princípios constitucionais representam verdadeiros vetores na orientação da instrumentalidade constitucional do processo penal, tornando indissociável a aplicabilidade de institutos como a prisão cautelar, sem que haja o devido crivo do princípio constitucional da presunção de inocência, bem como, o inquérito policial e o acesso proporcional à ampla defesa e ao contraditório.

De acordo com o conceito apresentado pelo ilustre jurista Humberto Ávila:

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹³

Reafirmado por Humberto Bobbio, para quem “[...] os princípios gerais são normas como todas as outras”, não há dúvida de que aos princípios deve ser assegurada a máxima eficácia, posto que estes representam verdadeira norma em nosso ordenamento jurídico.¹⁴

Assim sendo, diante da inquestionável relevância conferida aos princípios, especialmente aos constitucionais, responsáveis por garantir direitos fundamentais, faz-se mister uma minuciosa análise daqueles que instruem o processo penal brasileiro.

2.1 Jurisdicionalidade – *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*

A consagração deste princípio em nosso ordenamento jurídico encontra expressa previsão na letra do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, onde é assegurada a necessidade de se percorrer o devido processo legal antes da imposição de qualquer privação de direitos.

Por meio deste princípio, impõe-se a submissão dos confrontos penais à jurisdição do Estado como única via admissível para a efetivação das sanções, sendo obrigatório, para tal fim, que os fatos sejam apreciados por um juiz de direito.

¹³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.78.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 158.

Em outras palavras, a observância do rito legal para fins de aplicação de sanção penal de qualquer natureza é fundamento que legitimador desta, sem o qual, não haveria concretizada a justiça penal.

Cumprе ressaltar ainda que, a garantia constitucional de jurisdição transcende a ideia da necessidade da presença da figura de um magistrado. Para além desta concepção simplista, há a obrigatoriedade de que este juiz seja imparcial entre os interesses da acusação e defesa, bem como, seja o juiz natural, regularmente estabelecido pelas normas de definição de competência previamente dispostas na legislação e, por fim, um júizo comprometido com a máxima eficácia constitucional.

Nas sábias palavras de Ferrajoli, “[...] o objetivo justificador do processo penal é a garantia das liberdades dos cidadãos”. Nesta perspectiva, o juiz assume a relevante função de atuar como guardião do Estado Democrático de Direito, na medida em que este possui como precípua função tutelar as garantias e direitos fundamentais de cada indivíduo frente a magnitude do poder punitivo.¹⁵

2.2 Juiz natural

Conforme cediço, a mera sujeição da controvérsia penal a um magistrado, por si só, não satisfaz a efetivação da garantia de jurisdição. Não obstante, é necessário que este juiz preencha determinados requisitos a fim de que exerça de fato a tutela dos direitos fundamentais constitucionais.

Assim, é preciso fracionar o significado do princípio do juiz natural para conferir sua verdadeira eficácia.

Deste modo, dentre os elementos que compõem a garantia ao júizo natural, é necessário frisar que: i) somente aos órgãos instituídos pela Constituição é permitido o exercício da jurisdição; ii) ninguém poderá ser processado e julgado por órgão constituído após o suposto fato criminoso; e iii) devem ser observados os requisitos de

¹⁵ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1995.

fixação de competência jurisdicional pré-constituídos, sem espaço para qualquer juízo de discricionariedade.

A Constituição Federal é taxativa ao vedar, nos termos do Artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, a criação dos chamados tribunais de exceção e a imposição de pena instituída por juízo incompetente.

Destarte, para fins de fixação de competência, deverá ser observado sempre aquilo que é legalmente disposto em momento anterior a ocorrência do fato criminoso, rechaçando a atribuição *post factum* como mecanismo de ampliar a esfera protetiva.

Ao dispor desta maneira, o legislador confere um caráter protetor e democrático ao processo penal, sendo certo que, uma vez definida a competência do juízo para processar e julgar determinados crimes, desde momento anterior ao seu cometimento, estamos a conferir segurança jurídica, impedindo arbitrariedades e ingerências externas ao direito.

Imperioso salientar que, caso a fixação da competência pudesse se dar posteriormente ao fato criminoso, tal fato permitiria manipulações dos critérios de atribuição da competência, maculando, indubitavelmente, a imparcialidade do julgador.

Neste cenário, admitiríamos que a prestação jurisdicional do estado, por intermédio da pessoa do magistrado, pudesse servir como mecanismo de manipulação de interesses diversos, contrários ao ideal de justiça, o que não se pode autorizar.

Ademais, é necessário que se reafirme o verdadeiro papel que cumpre o juiz, desempenhando a função democrática de atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.¹⁶

Isto porque, é evidente que, diante da magnitude do aparato punitivo do Estado, é o réu de um processo penal, aquele quem ocupa posição de maior fragilidade e, por

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 122.

consequência, que deve ter suas garantias fundamentais resguardadas. Tal raciocínio é explicitado naquilo que é denominado por Ferrajoli¹⁷ como “[...] *la ley del más débil*”.

Por fim, ressalta-se a independência do magistrado como forma de impedir interferências políticas, ou pressões de qualquer outro setor do Estado e da sociedade, garantindo a figura de um juiz natural, imparcial e garantidor, capaz de formar sua livre convicção.

Sem prejuízo, tal independência não se confunde com uma liberdade plena para decidir, estando a decisão do juiz limitada a ser norteada pelo conjunto probatório produzido ao longo da instrução criminal, sujeita às garantias fundamentais e de proferida de maneira fundamentada.

2.3 Princípio acusatório e a imparcialidade do julgador

O sistema processual penal adotado por um Estado pode assumir diferentes características, variando entre inquisitório e acusatório, primeiramente, de acordo com a concentração ou divisão entre as funções de acusar e julgar pelo magistrado.

Não obstante, evoluções doutrinárias concluíram que a mera distinção entre as funções do juiz não representa o melhor critério para definir a característica predominante em um sistema processual penal, de modo que as análises devem se debruçar sobre os mecanismos de gestão de prova, a fim de definir com exatidão qual sistema prevalece.

Cumprido ressaltar que, os modelos de sistemas processuais acusatório e inquisitorial refletem a resposta do processo penal aos anseios determinados pela realidade social e política de um Estado.

Deste modo, verifica-se a predominância de modelos acusatórios em países que possuem uma sólida base democrática, resguardando os direitos fundamentais e

¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

garantindo maior liberdade individual. Por outro lado, há maior incidência de sistemas penais inquisitórios em nações com governos autoritários ou totalitários, onde há certa imposição do Estado em detrimento dos direitos individuais, resultando em uma maior repressão pelos aparatos penais.

Nas palavras de James Goldschmidt:

Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso. El predominio de uno u de otro de estos principios opuestos en el derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del derecho pasado al derecho del futuro.¹⁸

Destarte, considerando que a democracia e o sistema acusatório se assemelham quanto a valorização dos direitos e garantias individuais, é possível afirmar que a transição entre sistemas processuais inquisitoriais para acusatórios, acompanham a evolução entre um governo de matrizes autoritárias para um Estado democrático de direito.

Em nosso país, não há previsão constitucional expressa ao modelo processual penal que deva ser seguido. Todavia, uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, em que percebe-se uma nítida valorização da dignidade da pessoa humana, afasta qualquer questionamento a respeito da opção pelo sistema acusatório.

Neste diapasão, a recente Constituição Federal, promulgada em 1988, esboça evidentes contornos de um sistema processual acusatório, sobretudo, na medida em que estabelece o Ministério Público como o titular exclusivo do exercício da ação penal pública¹⁹, assegura o direito ao contraditório e ampla defesa²⁰, exige a observância do

¹⁸ GOLDSCHIMDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p.67.

¹⁹ Artigo 129, inciso I, da CRFB/88.

²⁰ Artigo 5º, inciso LV, da CF.

devido processo legal²¹, consagra expressamente o princípio da presunção de inocência²² e obriga a publicidade e a fundamentação das decisões judiciais²³.

A imparcialidade do julgador transcende a obrigatoriedade de seu comportamento moral, desvinculado com os interesses de qualquer das partes, atingindo portanto a estrutura organizacional de sua atuação.

De plano, é necessário salientar as garantias orgânicas do magistrado, especialmente no tocante à sua independência funcional, não devendo o juiz se encontrar sujeito a influências externas, políticas ou sociais.

Um juiz independente e imparcial não se confunde, porém, com um juiz neutro, este último, uma construção filosófica impossível de ser alcançada, pois não se pode exigir que um homem viva alheio às experiências sociais que cercam seu cotidiano e sua vida pessoal.

Contudo, a independência como exterioridade ao sistema político é requisito para que o magistrado possua condições de formar sua livre convicção, garantir a proteção aos direitos fundamentais e cumprir sua verdadeira função constitucional.

Nesta ótica, o juiz possui como função precípua de sua atividade, a tutela do indivíduo e a reparação das injustiças cometidas, absolvendo sempre que não existirem provas robustas e legais de responsabilidade penal. Conforme as lições de Ferrajoli, o objetivo justificador do processo penal é “[...] a garantia das liberdades dos cidadãos”.²⁴

Neste sentido, leciona Aury Lopes Júnior, salienta que “[...] a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.”²⁵

²¹ Artigo 5º, inciso LIV, da CF.

²² Artigo 5º, inciso LVIII, da CF.

²³ Artigo 93, inciso IX, da CF.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madri: Trotta, 1995. p. 546.

²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 122.

Portanto, seguindo a premissa de que a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, o magistrado adota uma nova posição dentro da estrutura do Estado de Direito, com fundamento na intangibilidade dos direitos fundamentais.

Do mesmo modo, a titularidade do Ministério Público sobre o exercício da ação penal, desempenhando a função acusatória e sustentando o dever de produção de provas no processo penal, garante a imparcialidade do julgador à luz do sistema acusatório.

Caso contrário, se fosse permitido ao juiz atuar de ofício para gerir a carga probatória, este teria iniciativa na formação dos elementos que embasariam sua própria convicção, característica antidemocrática inerente ao sistema inquisitorial.

A prejudicialidade do sistema inquisitório se traduz na incompatibilidade entre o acúmulo das funções de acusar e julgar, sendo certo que, aquele que acusa, por óbvio, demonstra sua parcialidade com a causa, não podendo exercer qualquer juízo de maneira imparcial em razão do antagonismo destas atividades.

Um sistema processual acusatório exige a adoção da verdade processual, abandonando a ultrapassada teoria da verdade real. Tal concepção, garante a reprodução de uma verdade que, apesar de relativa, possui razoável nível de convicção, produzida sob o crivo dos demais princípios constitucionais assegurados em juízo.

Ressalta-se que, a obtenção da verdade processual amolda-se perfeitamente ao sistema processual acusatório, vez que não é exigido ao juiz que produza e faça a gestão do conjunto probatório, em razão de sua não obrigação em revelar a verdade do mundo fático. Todavia, permite ao magistrado que mantenha sua conduta imparcial e exerça sua função de tutelar os direitos fundamentais.

De outra sorte, com base nos conceitos acima explicitados, há de se ressaltar o contraste entre o modelo constitucionalmente idealizado e a realidade do Código de Processo Penal Brasileiro.

Há flagrante incompatibilidade com a ordem constitucional em determinados institutos disciplinados pelo Código de Processo Penal, a exemplo, aquele previsto em seu artigo 156, em que é permitido ao juiz a produção de prova em caráter suplementar.

Ora, no momento em que o órgão julgador assume, ainda que de modo supletivo, a gestão da prova, este viola por completo sua imparcialidade e, por conseguinte, uma das principais garantias da jurisdição, afastando a figura do *juiz-espectador*, e assumindo o papel de juiz-ator, típico do sistema inquisitório.

Portanto, padecem de um vício de constitucionalidade os dispositivos do Código de Processo Penal que vilipendiem o sistema processual acusatório, dentre os quais, podemos citar aqueles disciplinados nos artigos 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385, dentre outros do referido diploma.

2.4 Presunção de inocência

Este princípio, de elevadíssima relevância para toda a construção e evolução histórica dos estudos sobre os sistemas processuais penais ao longo dos tempos, já demonstrava sua importância quando, desde 1746, Cesare Beccaria já defendia que “[...] um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida”.²⁶

Tempos mais tarde, mais precisamente em 1789, o direito de não ser declarado como culpado antes de um julgamento formal, com garantia do direito ao exercício de defesa, foi positivado pela Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão²⁷, sob a ótica dos ideais iluministas.

²⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

²⁷ Art. 9º - “Todo homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo o rigor que não seja necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente punido pela lei.”

Posteriormente, em 1948, a Assembleia da Organização das Nações Unidas também acolheu semelhante matriz principiológica na Declaração Universal de Direitos Humanos.²⁸

Do mesmo modo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, § 2º, assegura que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência é consagrado de maneira expressa nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sendo este o princípio vetor que orienta todo o funcionamento do sistema processual penal em nosso país.

Neste ponto, aduz-se que o texto constitucional confere um conceito mais abrangente ao princípio da presunção de inocência, vez que impõe que a condição de inocente deve permanecer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana de Direitos Humanos fixa tal marco divisório diante da mera comprovação legal da culpa.

Por certo que a definição expansiva contida na Constituição Federal deve prevalecer sobre aquela prevista no teor da Convenção Americana de Direitos Humanos, que não pode ser interpretada de modo a restringir ou limitar o acesso a direitos, prevalecendo, assim a legislação mais favorável. Importante colocar ainda que de forma breve, crítica à recente decisão do STF que autorizou a execução provisória da pena.

A vasta reafirmação deste princípio por diferentes períodos históricos denota sua extrema importância diante da luta pela preservação de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

²⁸ Art. 11.1. “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”

Não é por outra razão que é possível verificar a qualidade de um processo penal democrático com base na observância ao princípio da presunção de inocência, associada à eficácia deste mandamento no ordenamento jurídico e sua aplicação na jurisprudência de seus tribunais.²⁹

Ainda, consoante ao entendimento de Ferrajoli, a presunção de inocência é corolário do princípio da jurisdicionalidade, visto que, se a jurisdição é a atividade obrigatória para a reunião de um conjunto de provas de autoria e materialidade, até que essa prova não seja reunida, por meio de um processo legalmente estabelecido, nenhum delito pode considerar-se cometido e, por conseguinte, ninguém poderá ser considerado culpado, nem sofrer a imposição de uma pena.³⁰

Imperioso salientar ainda a inexistência de grau de hierarquia entre as diversas situações em que se impõe a presunção de inocência. De modo que, não se pode falar em indivíduos “mais” ou “menos” inocentes, posto que a consequência desta presunção deverá resultar sempre de maneira semelhante, afastando a condenação em caso de dúvida.

Neste raciocínio, enriquecedoras são as considerações atribuídas por Suannes ao afirmar:

(...) nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer seja o crime que lhe é imputado.³¹

²⁹ Faz-se enriquecedora a transcrição da seguinte passagem do ilustre jurista português Figueiredo Dias: “Diz me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu.” FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*, 1º vol. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 428.

³⁰ FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1995. p. 549.

³¹ Apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 195.

Dito isto, sob o prisma processual, o princípio da presunção de inocência deve instruir o julgador, em especial, no tratamento conferido ao acusado, desdobrando-se em um conjunto de ações “negativas” – não considerando o réu como culpado antes de proferir a sentença –, bem como, ações “positivas” – conferindo ao acusado o tratamento de um inocente.

Destarte, é possível identificar alguns desdobramentos do princípio da presunção de inocência, os quais devem orientar sua devida aplicação no âmbito do processo penal brasileiro, funcionando como verdadeiro dever de tratamento, bem como, como regra probatória.

Outrossim, orienta o tratamento conferido ao réu, partindo do princípio de que toda a carga negativa imposta ao acusado durante um processo penal é suportada por um indivíduo, até o momento, inocente. Ademais, se é presumido inocente, não deve o acusado sofrer medidas restritivas e danosas às suas garantias individuais.

Este é o fundamento legítimo para a limitação da decretação de prisões cautelares e execuções provisórias de pena, evitando o uso abusivo de medidas de extrema excepcionalidade por restringirem direitos fundamentais.

Em tempo, merece ser comentado o posicionamento externado pelo Supremo Tribunal Federal, indeferindo os pedidos liminares formulados nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e 44. Nestes julgados, o STF consolidou o entendimento de que o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução provisória de pena após condenação em segunda instância.³²

Em perfeita harmonia com a presunção de inocência consagrada nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a norma disciplinada no artigo 283 do

³² Disponíveis para acesso em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=43&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> e

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=44&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

CPP³³, com redação conferida pela Lei n.º 12.403/2011, visa condicionar o início do cumprimento da pena restritiva de liberdade ao trânsito em julgado da sentença penal.

Com a devida vênia, ao decidir em sentido adverso, a Suprema Corte nacional ofende de maneira flagrante a garantia de liberdade expressa na presunção de inocência, subvertendo-a em uma verdadeira presunção de culpabilidade, configurando assim uma violação não só aos preceitos constitucionais, mas também ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, imperioso afirmar que o princípio da presunção de inocência também deve ser considerado como uma regra probatória, na medida em que instrui o magistrado durante a formação de sua convicção, sendo certo que, presumindo-se o réu como inocente. Ou seja, diante de dúvida latente sobre o conjunto probatório, a absolvição deverá se impor.

Conforme pontua Gustavo Henrique Badaró, tal regra probatória:

[...] cuida-se de uma disciplina de acerto penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.³⁴

Nesta dimensão, é necessário ressaltar que, sendo o órgão acusador aquele que concentra o ônus de reunir o conjunto probatório, a presunção de inocência é o princípio que confere ao acusado o direito de não ser obrigado a produzir prova em sentido contrário ao da acusação, para fins de comprovação de sua inocência. *In Dubio Pro Reo*.

Ocorre que as sombrias heranças de outros tempos alteram significativamente a eficácia de aplicação deste princípio na realidade de nossos tribunais, onde, rotineiramente, o combativo exercício da defesa técnica requer a necessidade de

³³ Redação conferida pela Lei n.º 12.403/2011 ao Artigo 283, CPP – “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 285.

produção de provas em sentido contrário ao da acusação, como forma satisfatória de defesa.

2.5 Contraditório e ampla defesa

A princípio, antes de dar início a uma análise isolada a respeito dos princípios do contraditório e ampla defesa, ambos expressamente consagrados em nossa Carta Magna, é essencial estabelecer as fronteiras entre estas sensíveis garantias fundamentais.

Com este propósito, precisas são as lições de Ada Pellegrini Grinover:

Defesa e contraditório estão indissolivelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.³⁵

Cumprido salientar que, a didática distinção entre tais princípios justifica-se ante a possibilidade de violação de apenas um destes princípios, sem que, necessariamente, se esteja o outro. Com efeito, tal diferenciação é de extrema relevância no campo das nulidades processuais.

2.5.1 Direito ao contraditório

O contraditório, princípio positivado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pode ser inicialmente compreendido pelo método dialético de confrontação de provas e comprovação da verdade, onde as partes dialogam entre si a respeito dos fatos apurados no processo penal.

Destarte, a possibilidade das partes, e não somente a defesa, contrariarem os argumentos expostos durante o curso do processo, em uma nítida emanção da expressão latina *aliquid pro altera parte*, compreende, dentre seus principais elementos, o direito à informação e o direito à participação.

³⁵ PELEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 53.

Em síntese, o contraditório é estabelecido pela obrigatória informação às partes acerca dos atos praticados no processo, necessariamente, acompanhada de possibilidade de reação aos atos adversos aos seus respectivos interesses.

Assim, sob pena de incorrer em parcialidade, o juiz deve conferir audiência a ambas as partes para que estas manifestem suas considerações e auxiliem no processo de formação da convicção do julgador.

Ressalta-se, no que tange ao direito de manifestar-se, pode o acusado exercê-lo de maneira negativa, permanecendo calado diante de sua oportunidade de ser ouvido, valendo-se do *nemo tenetur se detegere*, sem que desta postura lhe resulte prejuízo, inclusive, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.

Outrossim, positivas evoluções doutrinárias elevaram o conceito de contraditório no momento em que se passou a conferir, nos moldes da igualdade substancial, uma participação real e igualitária aos sujeitos processuais ao longo de toda marcha processual, naquilo que se entende por contraditório efetivo e equilibrado.

Nesta nova concepção, para além da necessária informação e da possibilidade de reação, o contraditório deve também se estender à igualdade de condições e de tratamentos, na paridade das armas. Isto porque, não se pode garantir o efetivo direito de manifestação das partes quando estas não possuem as mesmas condições para fazê-lo.

Portanto, é fundamental que seja garantido o equilíbrio de oportunidades entre acusação e defesa, a fim de que ambos possuam os mesmos poderes no tocante às condições de argumentação.

É de acrescer-se ainda que, em uma análise literal da disposição do Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, o contraditório deverá ser observado em todo processo judicial ou administrativo, restando excluído o inquérito policial, em razão de sua natureza procedimental e inquisitorial.

Neste sentido, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o inquérito policial trata-se de uma peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, onde sua eventual violação não importa em nulidade.³⁶

Concessa vênia, tal entendimento não se revela o mais apurado à luz dos princípios constitucionais, os quais orientam a conferir sempre a máxima eficácia na proteção aos direitos e garantias fundamentais.

É inquestionável que o inquérito policial, apesar de possuir natureza inquisitiva, é um procedimento destinado a reunir indícios de autoria e materialidade de um delito, os quais servirão como embasamento para eventual deflagração de um processo penal.

Isto posto, durante esta fase preliminar, são praticados atos investigatórios que funcionarão, posteriormente, para a formação de elementos de convicção e arcabouço probatório de um processo penal, de modo que, faz-se necessária, sob a ótica constitucional, a participação do indiciado a fim de assegurar o exercício do contraditório e da defesa em suas máximas acepções, desde o momento da formação dos indícios.

Com acerto, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 14³⁷ conferindo o acesso pelo advogado, aos autos do inquérito penal que contenham atos investigatórios findos e documentados, no interesse do investigado e no exercício de seu direito de defesa, reconhecendo a verdadeira eficácia das garantias constitucionalmente asseguradas.

Não obstante, ainda com relação à fase inquisitorial, é comum que durante as investigações sejam realizados atos atentatórios a direitos fundamentais, desde que autorizados pelo juiz competente, em caráter estritamente cautelar e sigiloso, a exemplo, a decretação de interceptações telefônicas.

³⁶ Precedentes em : STF, 2ª Turma, HC 99.936/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, Dje 232 10.12.2009; e STF, 2ª Turma, HC 83.233/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19.03.2004.

³⁷ Súmula Vinculante n.º 14 do STF - “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Nestes casos, por óbvio que não se revela razoável o exercício absoluto do contraditório, externado com a informação ao próprio investigado acerca das investigações, sob pena de tornar inócuo o ato investigativo. Portanto, admite-se que o contraditório seja exercido em momento ulterior, naquilo que é denominado de contraditório postergado ou diferido.

2.5.2 Direito de ampla defesa

Inicialmente, cumpre salientar que, em se tratando de processo penal, o direito à defesa compreende duas principais ramificações: defesa técnica e autodefesa.

Portanto, o pleno exercício do direito à defesa do acusado, constitucionalmente assegurado, somente se exaure diante do efetivo acesso à defesa técnica, bem como, do livre exercício de sua autodefesa.

2.5.2.1 Defesa técnica

O direito à defesa técnica consiste na necessidade de o acusado ser assistido por um profissional da advocacia, sendo este um advogado constituído ou defensor público, a fim de que seja garantido seu direito de resistir à pretensão penal acusatória em condições de equilíbrio, reconhecendo, assim, certa hipossuficiência jurídica existente entre os órgãos acusador e julgador, com relação ao imputado.

Portanto, tal garantia, para além de necessária, deve ser considerada indeclinável, não sendo possível que alguém seja processado e julgado sem que possua a assistência de um defensor, à luz das insertas no artigo 261 do Código de Processo Penal.

Neste diapasão, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é precisa ao garantir que toda pessoa acusada de delito tem o direito de se defender pessoalmente, ou ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.³⁹

³⁹ CADH, Art. 8º, n.º 02, “d”.

A leitura do supramencionado artigo conduz a precipitada conclusão de que o imputado possui direito de escolha entre exercer sua própria defesa técnica, ou, nomear um defensor para fazê-lo.

Contudo, sendo o direito à defesa especializada uma garantia irrenunciável, via de regra, ao acusado somente é permitido a dispensa da defesa profissional exercida por terceiro e exercer pessoalmente sua defesa técnica, quando este possuir regular capacidade postulatória.

Imperioso reafirmar que a defesa do acusado representa também uma exigência social, havendo o interesse público na perfeita apuração dos fatos e aplicação das normas penais, justificando assim a indisponibilidade do direito à defesa técnica.

Ademais, é obrigação do Estado manter um sistema público de defesa bem estruturado, em paridade de condições em comparação ao órgão acusador, efetivando o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, em atenção ao que dispõe o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

Por tais razões, depreende-se que a indisponibilidade do direito à defesa técnica envolve não só um interesse pessoal do acusado, mas também uma preocupação coletiva, representando verdadeira condição de paridade de armas, em amoldação com o sistema processual acusatório, o contraditório e a imparcialidade do julgador.

2.5.2.2 Defesa Pessoal e o *Nemo Tenetur se Detegere*

Aliado ao direito irrenunciável à defesa técnica, é garantido ao imputado o direito de resistir à acusação por seus esforços pessoais, defendendo a si mesmo, da forma que julgar conveniente, sobretudo durante seu interrogatório, seja na fase inquisitorial ou em juízo.

Cumprido salientar que o direito à autodefesa é composto, em síntese, pelo direito de audiência e direito de presença.

Por direito de audiência entende-se que é necessário permitir que o acusado participe de forma ativa da persecução criminal, auxiliando no convencimento do juiz através de seu interrogatório.

Outrossim, direito de presença traduz-se pela oportunidade do acusado presenciar os atos praticados durante a instrução, facilitando o acesso às provas e ao contato direto com o julgador.

De modo geral, o sujeito passivo da ação penal poderá exercer sua defesa por meio de atividades positivas, seja confessando ou fornecendo sua versão acerca dos fatos, ou negativas, através da negativa de autoria ou até mesmo permanecendo em silêncio, sem que desta postura resulte qualquer prejuízo.

É de acrescentar-se ainda que, ao passo que a exigência de defesa técnica configura um direito irrenunciável, o exercício da autodefesa constitui uma faculdade do acusado, sendo dispensável diante de sua manifestação de vontade.

Sem prejuízo, faz-se necessário que a renúncia do direito à autodefesa seja manifestada pelo próprio acusado e não oriunda de uma postura autoritária ou omissa do órgão julgador, que, por sua vez, é obrigado a conduzir o interrogatório do réu sempre que este desejar prestar esclarecimentos sobre as imputações.

Destarte, ao acusado é garantido o direito de ser interrogado pelo juízo ou invocar sua garantia constitucional de permanecer em silêncio, bem como, acompanhar presencialmente os atos instrutórios, além de ter reunião com seu defensor a fim de explicar sua versão sobre o conteúdo dos fatos e elaborar teses defensivas.

Na fase pré-processual, ainda durante o inquérito policial, por força da inteligência do artigo 5º, incisos LV e LXIII da Constituição⁴⁰, é garantido ao cidadão saber em que qualidade presta suas declarações - testemunha, informante ou suspeito - ,

⁴⁰ Art. 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

ser acompanhado por um advogado, bem como ou permanecer em silêncio até que seja ouvido em juízo.

No que se refere a presença do advogado no momento em que o indiciado presta suas declarações à autoridade policial, tal exibibilidade se revela expressa na letra do artigo 185 do Código de Processo Penal⁴¹, conferindo ao defensor poderes para participar ativamente dos atos de interrogatório.

Neste sentido, o interrogatório deve ser compreendido como um verdadeiro ato de defesa, por meio do qual o indivíduo obtém a oportunidade de exercer sua defesa pessoal, praticado mediante a livre manifestação de vontade do acusado, livre de qualquer espécie de vício ou coação.

Assim sendo, não é concebível o entendimento de que, no exercício de sua autodefesa o réu seja obrigado a produzir prova contrária a si mesmo, devendo ser resguardado seu direito ao silêncio, sem que sua postura acarrete qualquer prejuízo em seu desfavor.

O direito ao silêncio é constitucionalmente consagrado na letra do artigo 5º, LXIII da CF/88, reafirmando o presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8.2, g, segundo a qual toda pessoa possui o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Em tempo, o princípio da vedação à autoincriminação compulsória enfim foi inserido em nosso Código de Processo Penal nas linhas do artigo 186 do Código de Processo Penal.⁴²

Outrossim, inquestionável que da contrariedade do acusado em produzir provas acusatórias, não deve resultar qualquer juízo negativo por parte das autoridades

⁴¹ Art. 185 - “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.”

⁴² Art. 186, CP. – “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. [...] Parágrafo único - O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

judiciária ou policial. Isto porque, o Princípio da Presunção de Inocência é tutelado como norma imperativa em nosso ordenamento. *Nemo tenetur se Detegere*.⁴³

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, “o sujeito passivo não pode sofrer prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório”.⁴⁴

2.6 Vedação às provas ilícitas

Persecutio criminis pode ser definido como o caminho percorrido pelo Estado com objetivo de apurar a existência de um fato supostamente criminoso e garantir a efetiva aplicação da lei penal, compreendida pela junção entre o procedimento de investigação preliminar e a ação penal. Desta maneira, o processo penal funciona como um instrumento de reconstrução aproximada e relativa dos fatos, reunindo informações sobre um determinado acontecimento, com o intuito de formar o convencimento do julgador, possibilitando a perfeita amoldação entre o fato apurado e a lei penal.

Conforme cediço, o direito de ação conferido pelo Estado demanda a necessidade de assegurar mecanismos que permitam conferir sua efetividade, sendo um dever estatal a imposição de regramentos capazes de disciplinar o direito à produção de provas.

Ainda sim, sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, o direito à prova deve ser exercido em respeito aos direitos fundamentais, não podendo ser admitidas provas obtidas em flagrante violação aos mandamentos constitucionais.

Destarte, depreende-se que, apesar de sua expressa previsão constitucional, o direito à prova não é absoluto, estando submetido aos demais princípios jurídicos e éticos que compreendem o direito de ação, a ampla defesa e o contraditório.

⁴³ *Nada a temer por se deter*. Tradução livre.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 207

Neste diapasão, a Constituição Federal consagra em seu artigo 5º, incisos LIV e LVI, o devido processo legal e a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, como fundamentos de legitimação da própria jurisdição.

A questão da prova ilícita, conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover⁴⁶:

[...] Coloca-se juridicamente, na investigação a respeito da relação entre o ilícito e o inadmissível no processamento probatório e, sob o ponto de vista da política legislativa, na encruzilhada entre a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais que podem ver-se afetados por esta investigação.

Outrossim, entende-se por prova ilícita, ou obtida por meios ilícitos, todo e qualquer elemento de convicção extraído em contrariedade à norma legal ou a um princípio orientador do direito processual penal.

Sem prejuízo, o Código de Processo Penal reafirma o princípio da vedação à prova ilícita ao dispor que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”⁴⁷

A Convenção Americana de Direitos Humanos ressalta a imposição da proteção das garantias fundamentais do indivíduo frente aos excessos rotineiramente praticados pelos mecanismos de investigação do Estado.⁴⁸

Configuram exemplos de provas ilicitamente obtidas, aquelas alcançadas mediante violação de domicílio⁴⁹, ou do sigilo das comunicações⁵⁰, bem como, as

⁴⁶ PELEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no Processo Penal*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 126.

⁴⁷ Artigo 157, CPP. Redação conferida pela Lei 11.690/2008.

⁴⁸ CADH - Art. 11 - “Proteção da honra e da dignidade.1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas à sua honra ou reputação.3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”

⁴⁹ Art. 5º, XI, da CF.

⁵⁰ Art. 5º, XII, da CF.

provas extraídas por meio de tortura ou maus-tratos⁵¹, além das colhidas em desrespeito à intimidade.⁵²

É de acrescentar-se ainda que, o princípio da vedação à prova ilícita atinge também as provas que, por si mesmas, não apresentam qualquer vício de licitude, todavia, sua obtenção somente se tornou possível mediante informação oriunda de uma prova ilegalmente obtida. Destarte, em semelhança à “teoria dos frutos da árvore envenenada”, desenvolvida pela Suprema Corte Norte-Americana, são igualmente inadmissíveis no ordenamento jurídico pátrio, as provas ilícitas por derivação.

No entanto, excepcionam-se à regra imposta pela teoria das provas ilícitas por derivação, os casos em que as informações obtidas por meio da prova ilegal não possuírem conexão entre si, como necessária causa e consequência; ou quando tal descoberta se apresenta inevitável, vez que, apesar de ter sido revelada de maneira ilícita, inevitavelmente seria alcançada por outros meios legais.

3 CRIME ORGANIZADO: ASPECTOS LEGAIS

3.1 A legislação no tempo

3.1.1 Lei n.º 9.034/1995

No Brasil, ao final da década de 1980, a assombrosa rapidez com que o crime organizado expandia sua perversa atuação, disseminando medo e insegurança entre os principais centros urbanos do país, exigiu uma intervenção rígida e imediata por parte do Estado, contexto em que, no dia 03 de maio de 1995 foi sancionada a Lei n.º 9.034.

Com o advento deste diploma, foram introduzidos em nosso ordenamento novos mecanismos de investigação e formação de prova, dentre os quais: a ação controlada; o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; a

⁵¹ Art. 5º, III, da CF.

⁵² Art. 5º, X, da CF.

captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos; a infiltração de agentes; e, enfim, a delação premiada.

Assim, os recentes aparatos de investigação promoveram uma aproximação do órgão julgador na busca da verdade real, conferindo-lhe novas atribuições no decorrer do processo, inclusive durante a fase inquisitorial, instituindo a afamada figura do “juiz investigador”.

Com efeito, a primeira lei nacional de combate ao crime organizado foi alvo de severas críticas doutrinárias, mormente, em razão de seu artigo 3º, responsável por outorgar ao juiz, poderes para atuar na busca por provas de autoria e materialidade, mesmo antes da deflagração do processo penal, comprometendo, invariavelmente, sua imparcialidade.

Neste diapasão, em seu brilhante magistério, Geraldo Prado assevera:

[...] a imparcialidade do juiz é o pilar de sustentação do tríptico do princípio acusatório, basilar em um processo penal democrático, de tal sorte que lhe entregar funções diversas daquelas típicas do exercício da jurisdição – dizer o direito e atuá-lo praticamente – acaba desnaturando o instrumento.⁵³

É de acrescentar-se ainda que, apesar de dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas⁵⁴, o referido diploma ainda foi omissivo em apresentar tal conceito, limitando seus mandamentos aos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando.⁵⁵

Tempos depois, com o advento da Lei n.º 10.217/2001, houve uma tentativa de ampliação do raio de atuação da lei de combate ao crime organizado, ocasião em que foram inseridas as terminologias *organização* ou *associação criminosa*.⁵⁶ Todavia, novamente o legislador deixou de fornecer elementos capazes de distinguir essas espécies delitivas.

⁵³ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 4ª Ed. p. 200.

⁵⁴ *Dispositivo*, Lei 9.034/1995.

⁵⁵ Artigo 1º, Lei 9.034/1995.

Destarte, percebe-se que, desde aquele tempo, já se reconhecia a necessidade de elaborar um tipo penal que introduzisse um conceito para o fenômeno criminológico das “organizações criminosas”, porém, a dificultosa reunião de elementos jurídicos aptos a definir com exatidão este tipo penal impossibilitou sua criação.

Assim, diante da ampla lacuna deixada pelo legislador, inúmeras condutas passaram a ser passíveis de punição pela lei de combate ao crime organizado. Por outro lado, a aplicação desta lei tornou-se restrita aos crimes praticados por quadrilha ou bando, nos termos do Código Penal.

Deste modo, surgiram divergências acerca do tema, vez que, conforme entendimento adotado por parte da doutrina, o legislador forneceu somente os elementos mínimos – quadrilha e bando –, permitindo ao intérprete ponderar sobre a configuração de uma organização criminosa, diante das variações do caso concreto.

Não obstante, para outra parcela dos juristas, a intenção do legislador foi de definir todo e qualquer delito cometido por quadrilhas ou bando como “crime organizado”, criticando, ainda, tal postura, ante a ausência de qualquer distinção acerca do potencial lesivo, na medida em que o mesmo tratamento é conferido às quadrilhas de bagatela e às organizações criminosas altamente estruturadas.

Houve ainda um terceiro posicionamento, que defendeu não ser possível a elaboração de um conceito satisfatório para a definição de crime organizado, em razão de suas variações e ramificações conforme à realidade social ao qual estão inseridas.

Por tais motivos, concluiu-se que a existência de um rol taxativo poderia acarretar a exclusão de delitos eventualmente praticados por verdadeiras organizações criminosas, ao passo que, uma ampla definição poderia culminar na inclusão de condutas que não deveriam ser classificadas como crime organizado.

Na prática, a ausência de um conceito jurídico sobre organizações criminosas, bem como, do que se entende por crime organizado, por força do Princípio da Reserva

Legal, impossibilitou a aplicação das medidas previstas na Lei 9.034/1995, visto que em sua maioria, tais dispositivos apresentam conteúdos limitadores de garantias individuais.

Em meio a esta celeuma dogmática, doutrina e jurisprudência concordaram que a expressão “organização criminosa” prevista no artigo 1º da Lei 9.034/1995 deveria ser compreendida em consonância com o conceito disposto no artigo 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n.º 5.015/2004.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte posicionamento sobre o tema:

“Capitulação da conduta do inc. VII do art. 1º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1º da Lei n. 9.034/95, com redação dada pela Lei n.º 10.271/2001, c.c. Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.” STJ, HC 777771, Rel. Min Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 30-05-2008.

“[...] Identificação de uma Organização Criminosa, nos moldes do art. 1º da Lei n. 9.034/95, com redação dada pela Lei n.º 10.271/01, com tipificação do artigo 288 do CP e Decreto Legislativo 231/03, que ratificou a Convenção de Palermo”. STJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Ap. 460-RO, j. 6-6-2007, Corte Especial.

No entanto, em um caso de relevante repercussão na Suprema Corte Brasileira, o Ministro Marco Aurélio de Melo decidiu em sentido oposto, afastando a aplicação do conceito da Convenção de Palermo, sob o argumento de que esta foi ratificada através de um simples Decreto, sem passar pelo crivo do devido processo legislativo, em desacordo com o Princípio da Legalidade.⁵⁷

Com efeito, no julgado supramencionado, o Ministro sustentou que a definição de organização criminosa contida na Convenção deve ser adotada com cautela, reafirmando que o aludido conceito deve ser determinado por meio de Lei, que

⁵⁷ STF, HC 96007, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12.06.2012.

estabeleça não só uma conduta, como também, a pena a ser aplicada, por força do disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.⁵⁸

Por certo que a ratificação da Convenção de Palermo não introduziu no ordenamento jurídico pátrio um tipo penal incriminador, consubstanciando, assim, apenas uma diretriz indicativa de combate ao crime organizado.

Ressalta-se ainda que, a mencionada Convenção versa sobre a criminalidade organizada em caráter transnacional, de modo que, admiti-la no direito brasileiro como critério definidor para o crime organizado interno, não-transnacional, configura flagrante emprego de analogia para a criminalização de uma conduta, o que é vedado constitucionalmente.

Não obstante, a ausência de uma definição legal para o crime organizado motivou fundada insegurança jurídica, posto que, se por um lado a Lei de Combate ao Crime Organizado prevê a aplicação de medidas restritivas às garantias individuais, do mesmo modo, permitiu ao juiz definir, conforme o caso concreto, se os fatos apurados configuram uma organização criminosa e, por conseguinte, devem suportar posturas mais invasivas aos direitos fundamentais.

Ademais, a natureza dos institutos de repressão ao crime organizados contidos na Lei n.º 9.034/95, os quais conferiram ao juiz poderes de investigação, além de uma atuação direta na produção de provas, revelou verdadeira incongruência com o sistema processual acusatório.

Por esta razão, o referido diploma foi objeto de discussão em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento da invalidade de conferir aos juízes as atividades persecutórias prevista na lei de combate ao crime organizado, à luz do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

⁵⁸ Art. 5º, XXXIX, CF/88 “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXXIX** - Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

Imperioso salientar que, em um primeiro momento, a Suprema Corte indeferiu o pedido liminar formulado na ADI 1517 MC/UF, negando qualquer violação constitucional em conceder poderes investigatórios ao juiz em fase de inquérito, revelando resquícios de uma cultura inquisitorial.

Em seguida, desta vez com acerto, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido na ADI 1570/UF e declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei n.º 9.034/95, afastando o juiz da posição de investigador.

3.1.2 Lei n.º 12.850/2013

A instabilidade gerada pela temerária indefinição acerca de um conceito jurídico sobre o crime organizado, somada à crescente modernização com que os criminosos desempenhavam atos ilícitos, cada vez mais lesivos à sociedade e de difícil apuração, obrigou o legislador a promover uma modernização dos aparatos repressivos no combate a esta modalidade criminosa.

Em 02 de agosto de 2013 foi promulgada a Lei 12.850, introduzindo ao ordenamento jurídico pátrio nova definição à denominada *organização criminosa*, valendo-se, para tal fim, de normas penais de conteúdo material e processual para definir novos mecanismos utilizados em sede de investigação criminal e meios de obtenção de prova a serem adotados diante de infrações penais cometidas sob estas circunstâncias.

O novel diploma revogou por completo a Lei 9.034/95, que outrora disciplinava o assunto, de modo que, em sintonia com a evolução não só dos aparatos investigativos, mas também do *modus operandi* e dos estratagemas utilizados pelos criminosos nos tempos atuais, contribuiu com ferramentas mais eficazes ao combate crime organizado.

Neste contexto, o legislador brasileiro depositou sobre a Nova Lei de Combate ao Crime Organizado, a incumbência de introduzir ao ordenamento nacional o conceito complexo e controverso de organização criminosa.⁵⁹

Nesta esteira, com base no conceito acima proposto, o legislador acrescentou um novo tipo penal incriminador, permitindo a imposição de um decreto penal condenatório ao indivíduo que integre uma organização voltada ao cometimento de ilícitos.

Assim é a inteligência do artigo 2º da Lei 12.850/2013, ao dispor sobre o tipo penal misto e alternativo, elencando as condutas de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

Em síntese, por meio de uma breve leitura do texto legal, verifica-se que, as alterações acima mencionadas trouxeram novos parâmetros aos elementos estruturais do tipo penal, definindo com maior rigor seu caráter plurisubjetivo e fixando um número mínimo de 04 (quatro) integrantes para sua composição.

Ademais, a Lei n.º 12.850/2013 ampliou a abrangência dos ilícitos que compreendem o conceito de organização criminosa, anteriormente, restrito à espécie dos *crimes*. A locução infrações penais, empregada pela nova lei, permite concluir que, para fins de configuração de uma organização criminosa, é possível considerar, inclusive, a prática de contravenções penais.

Com efeito, tal exercício interpretativo somente pode ser alcançado quando analisado de acordo com a gravidade das infrações penais cometidas, requisito que a lei expressamente menciona ao considerar como graves as infrações punidas com 04 (quatro) anos, ou mais, de reclusão.

Outrossim, com o advento da nova legislação houve significativas alterações ao Código Penal vigente, sobretudo, em razão da nova redação conferida ao artigo 288 do

⁵⁹ Artigo 1º, § 1º da Lei 12.850/2013. “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

referido diploma, definindo com maior exatidão seu caráter plurisubjetivo e modernizando a terminologia empregada ao tipo penal em questão, na medida em que empregou a nomenclatura *associação criminosa*, em detrimento das ultrapassadas denominações *quadrilha* e *bando*.

Em que pese o caráter modernizador da nova nomenclatura adotada, conforme salientado por Bitencourt⁶⁰, o referido tipo penal ainda padece das mesmas críticas direcionadas ao diploma anterior, visto que, continua a legitimar uma punição contra atos considerados *preparatórios* de uma infração penal, em contraposição ao artigo 31 do próprio Código Penal.

É de acrescer-se ainda que, a recente lei de combate ao crime organizado, com o intuito de garantir o sucesso da investigação criminal e fornecer uma resposta repressiva estatal adequada, instruiu os principais agentes que atuam durante a persecução criminal, com mecanismos extraordinários capazes de produzir elementos de convicção aptos a desmantelar a ação do crime organizado.

Nesta conformidade, dentre os instrumentos de investigação e mecanismos de obtenção de provas disciplinados pela Lei n.º 12.850/2013, faz-se imprescindível uma breve exposição dos instrumentos de investigação admitidos no artigo 3º do referido diploma legal.

3.2 Instrumentos de investigação e obtenção de provas disciplinados na Lei n.º 12.850/2013

3.2.1 Colaboração Premiada

Por certo que, dentre os principais instrumentos advindos da nova lei de combate ao crime organizado, merece relevante destaque o instituto da colaboração premiada, positivado no artigo 4º da Lei n.º 12.850/2013.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras reflexões sobre organização criminosa: anotações à Lei 12.850/2013. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p. 5-17, ago./set. 2013.

O mencionado instituto regula as hipóteses em que, diante da voluntária e efetiva contribuição do acusado em fornecer informações acerca da identidade dos demais membros de sua organização, bem como, em revelar detalhes sobre sua estruturação e seu modo de atuação, poderão ser concedidos benefícios em favor do delator.

Deste modo, em contrapartida à contribuição do acusado, o mesmo poderá ter reduzido o *quantum* de sua pena restritiva de liberdade, ou a substituição por penas restritivas de direito, bem como, ser agraciado com o perdão judicial, razão pela qual o instituto é considerado um “prêmio” ao delator.

Em termos legais, colaborar significa prestar auxílio e contribuir de maneira efetiva com a persecução penal, de modo a fornecer ao Estado informações novas, seja revelando indícios de uma nova infração penal, como também apontando seus respectivos autores.

Por certo que, em se tratando de crimes praticados por organizações criminosas é comum que haja a destruição de provas, ameaça às testemunhas, pactos de silêncio, dentre outros estratagemas empregados com o objetivo exclusivo de silenciar e ocultar as infrações penais cometidas, tornando por demais dificultoso a reunião de indícios de autoria e materialidade delitiva.

Assim, na medida em que o Estado fomenta a cooperação entre o investigado e a justiça pública, permite-se a ampliação do conhecimento acerca de detalhes de delitos, os quais dificilmente seriam obtidos de maneira distinta, senão com a indicação do próprio envolvido no crime.

De outra sorte, o texto legal elenca requisitos cumulativos e alternativos para a concessão ao delator dos benefícios advindos de delação, dentre os quais: i) a efetividade e voluntariedade da colaboração com a investigação; ii) considera a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão do fato criminoso e a eficácia da colaboração; iii) identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; iv) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; v) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; v)

recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações praticadas; e vi) localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.

A despeito da inquestionável eficácia deste instrumento especial de obtenção de provas no combate ao crime organizado, fato é que o instituto da colaboração premiada é alvo de fortes divergências doutrinárias, sobretudo, no que se refere a sua adequação ao sistema de garantias constitucionais brasileiro.

Por tal razão, o estudo do mencionado instituto será melhor aprofundado posteriormente, em um capítulo destinado exclusivamente a este fim.

3.2.2 Ação Controlada

Outro ponto de destaque da Nova Lei de Combate ao Crime Organizado é a regulamentação das chamadas *ações controladas*, consistentes no retardamento da intervenção policial, ainda que diante de uma situação de estado flagrancial, com o fundamento de aguardar o momento oportuno para se efetuar a prisão, de sorte a reunir maiores provas e informações acerca da organização criminosa.

Em outras palavras, trata-se da hipótese por meio da qual, no decorrer das investigações de atividades relacionadas à criminalidade organizada, a intervenção policial permanece suspensa, ainda que diante de situações flagranciais, mantendo as atividades do grupo criminoso sob rigoroso acompanhamento, aguardando o momento mais propício para agir, com o intuito reunir um conjunto de provas mais eficaz.

Conforme cediço, por força do disposto no artigo 301 do Código de Processo Penal, as autoridades policiais e seus agentes possuem o dever legal de agir e efetuar a prisão sempre que estiverem diante de uma situação de flagrante delito.⁶¹

Não obstante, sob a ótica da efetividade da investigação criminal, em se tratando de delitos praticados sob a égide das organizações criminosas, nem sempre a imediata

⁶¹. Art. 301, CPP - “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

intervenção policial no momento da constatação do estado flagrancial será o mais conveniente para o sucesso da referida investigação.

Isto se deve ao fato de que, no âmbito do crime organizado organizada, é comum que durante o curso das investigações, os agentes sejam confrontados com uma multiplicidade de práticas delitivas de menor relevância, ou consideradas como atividades meio em um contexto mais amplo relacionado aos demais crimes perpetrados pela organização criminosa.

Assim, com o intuito de permitir a reunião de um arcabouço probatório mais amplo e vigoroso, é lícito ao agente que aguarde e não aja de ofício diante de qualquer constatação da prática de delitos.

No entanto, cumpre ressaltar que a decisão de retardar a intervenção policial deverá ser formalmente comunicada e contar com a anuência do juiz.

De toda sorte, uma vez autorizada pelo magistrado, é estabelecida a ação controlada, surgindo assim a figura doutrinariamente conhecida como flagrante prorrogado, diferido ou retardado, consistente em uma autorização judicial para não efetuar a prisão do criminoso em estado flagrancial inicial, a fim de que esta seja postergada para momento mais adequado.

Imperioso salientar que o instituto da ação controlada não se confunde com o flagrante provocado, este último, consubstanciado quando o agente provocador ilude o suposto delinquente, criando um cenário em que o cometimento de um determinado ilícito seja favorável, ao mesmo tempo em que toma providências para evitar sua consumação.

De todo modo, insta consignar que esta última modalidade artilosa de estado flagrancial é expressamente rechaçada segundo o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal.⁶²

⁶² Súmula 145 do STF. “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

3.2.3 Infiltração de agentes

A lei de combate ao crime organizado em vigor também é responsável por disciplinar o procedimento de infiltração de agentes policiais em meio às organizações criminosas, com o objetivo de captar novas provas imprescindíveis à investigação.

Deste modo, por meio do regramento estabelecido pela Lei 12.850/2013, é lícito o ingresso de agentes policiais dotados de deveres investigativos no âmbito da organização criminosa, sendo permitido ao investigador ocultar sua verdadeira identidade para permear na estrutura da organização e conhecer de sua divisão de tarefas e hierarquia interna.

Todavia, cumpre destacar que, em observância ao disposto na Lei 12.850/2013, o conceito de *agente infiltrado* ultrapassa a definição adotada por alguns doutrinadores.

Segundo Vinícius Abdala Gonçalves:

O agente infiltrado pode ser entendido como o funcionário da investigação criminal ou um terceiro (subordinado à polícia) que atua ocultando sua qualidade, visando conquistar a confiança dos possíveis criminosos e, conseqüentemente, à obtenção de provas que possam incriminá-los. É importante salientar que o agente infiltrado age como se pertencesse ao meio criminoso, e que não o habilita à prática de novos crimes.⁶³

Ocorre que, ao contrário da definição supramencionada, há a expressa previsão no sentido de que o agente infiltrado deva ser agente policial e, de acordo com o caso em concreto, poderá inclusive praticar determinados injustos penais.

Isto porque, a infiltração de agentes policiais no crime organizado permite, devido aos próprios objetivos da investigação, que o policial participe, ou até mesmo pratique infrações penais com o intuito de manter sua identidade oculta e demonstrar virtual lealdade e confiança aos demais membros da organização criminosa.

⁶³ GONÇALVES, Vinícius Abdala. O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional. Rio de Janeiro. 2014. p. 12.

Com efeito, surge verdadeira excludente de culpabilidade dotada do condão de imunizar o agente infiltrado da imputação de crimes, doutrinariamente classificada como inexibibilidade de conduta diversa, expressamente prevista no Artigo 13, Parágrafo Único, da Lei 12.850/2013.

Nesta conformidade é o entendimento jurisprudencial consolidado, conforme ilustra o trecho da decisão a seguir transcrita:

“Cumpre registrar, inicialmente, que o parágrafo único do art. 13 da Lei 12.850/2013 prevê causa de exclusão de culpabilidade, pois permite que o agente infiltrado – na tentativa de elucidar os delitos a que sua infiltração se destina esclarecer – pratique ‘crime’, quando inexigível outra conduta. Assim, o fato de o agente infiltrado ter se disfarçado de consumidor não macula a prisão do paciente.” TJRS, HC 70059454884, 2ª Câmara Criminal, Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, j. em 10.07.2014

Salienta-se a necessidade de ser observada a proporcionalidade entre a eventual conduta criminosa cometida pelo agente e a finalidade da investigação, de modo que, seja estabelecido um limite para a avaliação da ação praticada pelo policial infiltrado.

3.2.4 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

Inicialmente, faz-se necessária a distinção entre aos mecanismos de obtenção de provas tratados neste tópico, com relação às investigações relativas às interceptações telefônicas ou informáticas, que serão abordadas em separado.

Tal divisão é justificável pois, neste momento, será analisado o conflito entre o Direito Fundamental à intimidade e privacidade⁶⁴, frente à obrigatoriedade de investigação de delitos de natureza grave, cometidos pelas organizações criminosas.

As técnicas de investigação que envolvem a captação ambiental de sinais consistem em escutas ambientais, microfones e monitoramentos a distância, por satélite, dentre outras tecnologias atualmente existentes.

⁶⁴ Artigo 5º, X, CF/88 – “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Ressalta-se que o uso destas técnicas especiais de investigação, regulamentadas no artigo 3º, inciso II da Lei 12.850/2013, encontra-se limitado aos crimes praticados por organizações criminosas, devendo ser sempre subsidiário aos demais mecanismos de obtenção de provas previstos no código de processo penal, sem prejuízo da demonstração de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da adoção da medida.

Isto porque, é inadmissível o uso desproporcional destes mecanismos de obtenção de prova em investigações de crimes de qualquer natureza, cuja potencialidade lesiva da eventual conduta criminosa não justifique a adoção de medidas tão invasivas em sua apuração, sob pena de violação inquestionável do direito fundamental à intimidade.

Destarte, as técnicas de captação clandestina de conversas, seja por terceiros ou interlocutores, não só no próprio ambiente em que tal diálogo é realizado, mas também por meio de tecnologias de captação de som e imagem em residências ou locais públicos, devem ser empregadas com cautela, exigindo sempre autorização judicial.

Neste aspecto, o juiz assume a verdadeira função de garantidor dos direitos fundamentais do investigado, conforme as precisas lições do mestre Aury Lopes Júnior.⁶⁵

3.2.5 Da interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas nos termos da legislação específica

A Lei 12.850/2013, em seu artigo 3º, inciso V, prevê dentre os mecanismos de obtenção de prova admitidos na persecução criminal de infrações praticadas por organizações criminosas, a interceptação das comunicações telefônicas e telemáticas nos termos de sua legislação específica.

Conforme cediço, o sigilo das comunicações é protegido, com *status* de direito fundamental constitucionalmente consagrado no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, admitindo, em caráter excepcional, sua quebra mediante determinação judicial

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-121.

para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sempre em obediência ao regramento legal.⁶⁶

No Brasil, tal matéria é disciplinada especificamente pela Lei n.º 9.296, de 14 de julho de 1996, delimitando a exceção da garantia fundamental à preservação da intimidade já em seu artigo 1º, condicionando a interceptação das comunicações às hipóteses de investigação criminal e instrução criminal, sempre com o controle judicial e sob sigilo e segredo de justiça.⁶⁷

Ressalta-se que o sigilo das interceptações, inclusive com relação ao próprio investigado, se justifica plenamente em razão da própria natureza do instituto, sendo tal característica uma condição necessária ao sucesso da investigação.

Em outra acepção, o segredo de justiça com relação ao conteúdo das conversas interceptadas diz respeito, diretamente, à preservação da intimidade das pessoas envolvidas nas comunicações interceptadas, em atenção aos direitos fundamentais consagrados.

Por outro lado, sob a ótica do processo penal constitucional, é assegurado, em sua máxima eficácia, o acesso à ampla defesa e ao contraditório, em todas as fases da investigação e da persecução processual criminal.

Para tanto, com o intuito de preservar a investigação, o acesso pleno das partes ao conteúdo da prova produzida por meio das interceptações será conferido em um momento posterior à sua realização, em um contraditório diferido. Neste sentido é o artigo 23 da Lei 12.850.⁶⁸

⁶⁶ Artigo 5º, inciso XII, CF – “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”

⁶⁷ Artigo 1º da Lei n.º 9.296/96 - “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.”

⁶⁸ Artigo 23, Lei 12.850/2013 – “O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.”

Outrossim, é vedado o uso indiscriminado deste instrumento de investigação quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal, quando a prova puder ser produzida mediante outros meios disponíveis, ou quando a potencialidade lesiva da infração penal investigada não suportar, proporcionalmente, tamanha agressão às garantias fundamentais.⁶⁹

Nesta toada, depreende-se que a interceptação das comunicações é medida a ser adotada em *ultima ratio*, quando esgotados ou ineficientes todos os demais mecanismos de investigação admitidos no direito processual penal.

3.2.6 Do afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica

Assim como o tratamento conferido às interceptações das comunicações telefônicas e informáticas, a Lei de Combate ao Crime Organizado, em seu artigo 3º, inciso VI, admite o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos estritos regramentos da legislação específica, qual seja, a Lei Complementar 105 de 2001.

Do mesmo modo, verifica-se o confronto entre o direito do Estado em promover a eficácia da investigação e da persecução criminal, mediante a produção de provas, em contraposição ao direito fundamental à privacidade e intimidade.

Ressalta-se que, diante da possibilidade de afastamento do sigilo ainda durante o inquérito, admite-se que seja realizada uma investigação limitadora de garantias fundamentais, mesmo antes da formação de uma convicção a respeito da autoria e materialidade delitiva.

Noutro plano, a quebra do segredo das informações bancárias e fiscais durante a investigação é medida essencial para a apuração de determinados delitos, sobretudo os crimes financeiros. Nestas ramificações delitivas, a prova documental é fundamental

⁶⁹ Artigo 2º da Lei n.º 9.296/96 – “Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

para a identificação das infrações penais que dificilmente seriam descobertas sem uma minuciosa investigação voltada para análise de operações financeiras.

Soma-se a isso o fato de que, cada vez mais, as organizações criminosas vêm estruturando suas atuações de maneira empresarial com o intuito de ocultar o caráter ilícito de suas atividades, motivo pelo qual o afastamento do sigilo bancário reveste-se de fundamental importância no combate ao crime organizado.

Não obstante, é preciso afirmar que a atividade bancária e fiscal é exercida, via de regra, por instituições públicas ou órgãos privados mediante concessão pública. Logo, as informações financeiras manejadas por estas instituições pertencem ao Estado, revelando que o direito à intimidade e privacidade, no tocante às informações financeiras, não é absoluto.

Destarte, diante da inegável possibilidade de exceção ao sigilo, Tercio Sampaio Ferraz Junior comenta:

No tocante, pois, às informações sobre terceiros, exigíveis das instituições financeiras, quando protegidas pela inviolabilidade de sigilo de dados (sigilo bancário), podem ter acesso, observadas as cautelas e formalidades prescritas em lei, as autoridades e agentes fiscais. (...) Em questão está o sigilo dos dados privativos (art. 5º, X e XII da CF). A nosso ver, com ressalva de dados referentes à intimidade dos sujeitos, os dados da vida privada são acessíveis às autoridades fiscais nas condições e com cautelas estabelecidas pela lei. Havendo processo administrativo instaurado e sob o sigilo a que o próprio Fisco está obrigado, devem ser reveladas pela instituição financeira as informações consideradas indispensáveis, pela autoridade fiscalizadora, ao exercício de sua função.⁷⁰

Ora, sendo inquestionável a permissão do afastamento do sigilo financeiro para fins de investigação administrativa, deverá ser igualmente reconhecida a excepcionalidade ao direito fundamental diante das hipóteses de apuração criminal, nos termos da lei.

⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.1, p. 84, out. 1992.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal interpreta corretamente o disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal ao permitir a quebra do sigilo bancário e fiscal com intuito de elucidar o cometimento de crimes, sempre justificadas e autorizadas pela autoridade judicial competente.⁷¹

Destarte, conclui-se que diante do conflito entre princípios, quais sejam, o interesse público na persecução criminal e a preservação da intimidade individual, deverá sempre ocorrer a ponderação, conduzindo a melhor resolução e interpretação dos mandamentos legais.

No caso do afastamento dos sigilos das informações bancárias e fiscais, e por conseguinte, a ponderação da garantia fundamental à intimidade, deverá ser sopesada a necessidade de acesso aos dados, por parte das autoridades legais que investigam um crime, sendo esta medida essencial para a investigação criminal.

Sem prejuízo, as informações obtidas durante a investigação penal deverão ser utilizadas estritamente para tal fim, protegida pelo sigilo garantido nos termos do artigo 23 da Lei n.º 12.850/2013.

4 A COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI 12.850/2013: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM O PROCESSO PENAL

4.1 Considerações introdutórias sobre a colaboração premiada

a) Definição, natureza jurídica e breve diferenciação do instituto da delação premiada

⁷¹ “SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”. (RE 389808, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15.12.2010).

Por definição, o instituto da colaboração premiada pode ser resumido como um instrumento por meio do qual o acusado, admitindo a imputação de um determinado delito, contribui com a persecução criminal, na medida em que fornece informações relevantes à investigação do crime perpetrado e, em troca, recebe benefícios penais que implicam em um tratamento judicial mais brando.

Em termos de política criminal, a colaboração premiada é definida como um relevante instrumento de combate à criminalidade organizada, auxiliando nas investigações criminais de delitos praticados por organizações criminosas.

Não é por outro motivo que o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional incentiva a instrumentalização da colaboração premiada no combate às organizações criminosas.⁷²

A evolução histórica deste instituto revela sua inquestionável eficácia no combate ao crime organizado, tendo sido amplamente utilizado, com grande êxito, nos Estados Unidos (*plea bargain*) no contexto da repressão às organizações criminosas, bem como, na Itália, com fins de desmantelamento das principais máfias no país.

Nas precisas lições do mestre Tourinho Filho, o doutrinador pontua que a colaboração premiada “ [...] também denominada de ‘chamada de corréu’, ‘delação’ ou ‘chamamento de cúmplice’ ocorre quando no interrogatório o réu, além de reconhecer sua responsabilidade, incrimina outro, atribuindo-lhe participação”.⁷³

Uma análise acerca da etimologia do termo “delação” indica que tal palavra tem origem do latim *delatione* e significa “denunciar, revelar (crime ou delito); acusar como

⁷² Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Artigo 26 - *Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, notadamente: i) a identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) as conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) as infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; iv) a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, suscetível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.*

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, - *Processo penal*. 34ª. ed. rev. de acordo com a Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

autor de crime ou delito; deixar perceber; denunciar como culpado; denunciar-se como culpado; acusar-se.”⁷⁴

Por sua vez, a expressão “premiada” tem por razão a concessão de uma espécie de recompensa ao acusado delator, evidenciando a aplicação de um direito premial, vez que, tal conduta é fortemente incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios, tais como a redução da pena, o perdão judicial, a aplicação de regime penitenciário brando, entre outros.

Como um braço do direito premial, para Renato Brasileiro de Lima:

Colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal”.⁷⁵

Em síntese, a delação premiada consiste na coincidência entre os atos de confissão espontânea sobre a autoria de um crime e o fornecimento de informações eficazes na incriminação de outros coautores, resultando na retribuição estatal de benesses penais ou processuais penais.

Destarte, no que se refere ao requisito alusivo à confissão do delator, faz-se imprescindível que o réu, além de indicar a responsabilização de terceiros e fornecer detalhes sobre o crime, assuma determinada parcela de autoria no delito, consoante ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷⁶

Nesta conformidade, impende salientar a acentuada distinção entre contribuição com a justiça e colaboração premiada, sendo certo que a mera a postura do acusado em

⁷⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal, vol. Único, 2. ed.* Salvador, BA: Juspodivm, 2014. p. 728.

⁷⁶ “[...] O instituto da delação premiada incide quando o Réu, voluntariamente, colabora de maneira efetiva com a investigação e o processo criminal. Esse testemunho qualificado deve vir acompanhado de admissão de culpa [...]” Resp. 1102736/SP. 5ª Turma. Relatora Ministra Laurita Vaz. Julgado em 04.03.2010.

colaborar com o andamento da justiça, admitindo sua culpa, porém, sem a incriminação de terceiro, não recebe o mesmo tratamento de uma colaboração premiada.

Outra importante diferenciação deve ser pontuada entre os conceitos de *delação* premiada e *colaboração* premiada, sendo esta última, mais abrangente, gênero do qual a delação premiada é espécie.

Por delação premiada, também doutrinariamente conhecida como “chamamento do corréu”, entende-se quando o agente, além de confessar a autoria de uma infração penal, aponta a identidade de outras pessoas que, em conjunto, praticaram determinado delito.

Nota-se que é possível que o colaborador contribua para a persecução criminal, fornecendo informações relacionadas ao *modus operandi* de uma organização criminosa, indicando local em que eventual vítima possa ser resgatada, revelando detalhes sobre o produto do crime que resultem em sua recuperação, sem que, cumulativamente, incrimine terceiros.

Por certo que, contribuindo de maneira semelhante às hipóteses acima elencadas, o colaborador poderá fazer jus aos prêmios advindos de sua colaboração, mesmo não tendo fornecido a identidade de seus comparsas. Não há dúvida de que tais modalidades de contribuição integram o instituto da colaboração premiada.

Neste sentido, assevera Luiz Flávio Gomes:

Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da Justiça pode assumir a culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso é só colaborador). Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas (nessa hipótese é que se fala em delação premiada). Em outras palavras: delação premiada é uma das formas de colaboração com a justiça.⁷⁷

Insta consignar que, o agente delator somente fará jus aos prêmios elencados nos dispositivos legais que regulamentam a colaboração premiada, nos casos em que, além

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. Coordenador e autor responsável. *Lei de Drogas comentada*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2008. p. 227.

de admitir formalmente sua responsabilização penal, forneça também informações objetivas e eficazes para a investigação criminal.

Assim, o indiciado, ou réu colaborador, deverá contribuir prestando informações das quais as autoridades não tenham prévio conhecimento, possibilitando, conforme o caso concreto, a identificação de demais coautores, a localização do produto do crime, a descoberta de toda a trama delituosa, a facilitação da libertação de sequestrados e a prevenção de novos crimes. Neste sentido, é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷⁸

Por outro lado, limitando-se o acusado a confessar a autoria do crime que lhe é imputado, resta configurada a circunstância atenuante de pena prevista no artigo 65, I, 'd', do Código Penal, a ser reconhecida na 2ª (segunda) fase da dosimetria penal.

Distinto, pois, é o tratamento oriundo do prêmio de uma colaboração que, conforme será estudado mais adiante, incidirá, como causa obrigatória de redução de pena, na 3ª (terceira) e última fase de aplicação da pena.

b) Aspectos éticos e a deficiência dos mecanismos de repressão

A despeito de todo o sucesso da colaboração premiada, internacionalmente aclamada como principal ferramenta de combate aos avanços do crime organizado, sob a ótica de valores como a ética e a moralidade, pilares da fundamentação de um Estado Democrático de Direito, o instituto é alvo de severas críticas doutrinárias.

Em oposição à colaboração premiada, Cezar Roberto Bitencourt classifica o prêmio conferido ao delator como “[...] um favor legal antiético”, por meio do qual o Estado reconhece a impotência de seus mecanismos de repressão à criminalidade:

⁷⁸ “[...] O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Todavia, apesar de o paciente haver confessado sua participação no crime, contando em detalhes toda a atividade criminosa, incriminando seus comparsas, não há nenhuma informação nos autos que ateste o uso de tais informações para fundamentar a condenação dos outros envolvidos, pos a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram, principalmente, pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais.” STJ, 6ª Turma, HC 90.962/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues – Desembargador convocado do TJ/CE – j. 19.05.2011, Dje 22.06.2011.

Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor – atenuando a sua responsabilidade criminal – desde que delate sua comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o “traidor”, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade.⁷⁹

No mesmo sentido, sobre o instituto da colaboração premiada, Luiz Flávio Gomes aduz que:

“[...] é a prova mais contundente da pública e notória ineficiência do Estado atual para investigar e punir os crimes e criminosos. É a falência Estatal sempre confessada sem nenhum escrúpulo. Por falta de preparo técnico e de estrutura tecnológica, o Estado se vê compelido a transgredir com os mais elementares princípios éticos.”⁸⁰

Não há dúvida de que inexistente qualquer carga valorativa positiva na conduta de estimular os cidadãos a mentir, trair, delatar, ainda que pela motivação de obter vantagem pessoal, independente de sua natureza.

Portanto, carece de legitimidade a postura assumida pelo Estado em valer-se de instrumentos antiéticos e imorais, como o estímulo à traição entre os envolvidos em um delito, incentivando comportamentos desta natureza para alcançar resultados que sua incompetência investigativa não lhe permite atingir.

Nas palavras de Raul Eugênio Zaffaroni “[...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço de sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o direito penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria”.⁸¹

Com efeito, no seguinte sentido complementam Bitencourt e Busato:

Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, delate seu parceiro, com

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 360.

⁸⁰ GOMES, Luis Flávio, CERVINI, Raul, OLIVEIRA, Willian Terra de. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: RT, 1998, p. 348.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime Organizado: Uma categorização frustrada. *In* Discursos Sediciosos; Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999, p. 05.

o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Não se está aqui a aplaudir qualquer senso de “camaradagem” para delinquir. Não se trata disso. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator.⁸²

Nesta esteira, ressalta-se que, para fins de concessão dos benefícios da delação, não há qualquer previsão legal no sentido de questionar a motivação do delator, restando irrelevante se esta tenha sido incentivada por um sentimento de arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel.

Ademais, é extremamente contraditório que, dentro do mesmo ordenamento jurídico, o comportamento de traição funcione como circunstância agravante de pena⁸³ e qualificadora específica de determinados delitos⁸⁴, ao mesmo tempo que seja admitida como motivação para a redução de pena imposta ao criminoso delator.

É de acrescer-se ainda que, nos Estados Unidos, país onde o instituto da delação premiada (*plea bargain*) foi aperfeiçoado e é amplamente utilizado no combate ao crime organizado, o agente colaborador, no momento de sua delação, presta compromisso legal com a verdade, assim como uma testemunha. No caso de descumprimento, encontra-se o delator sujeito às penas previstas ao crime de perjúrio.

De outro plano, o mesmo não se verifica no modelo de delação premiada importado pelo Brasil. E nem poderia ocorrer, por razões de evidente incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, em especial, a figura do *nemo tenetur se detegere*, e todo o sistema de garantias fundamentais constitucionais e convencionais.

Nestes termos, sendo constitucionalmente impossível a punição do delator pela falsidade do conteúdo das informações prestadas, em homenagem ao princípio da ampla

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. (Lei n. 12.850/2013)*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 117.

⁸³ Artigo 61, inciso II, alínea “c”, do Código Penal.

⁸⁴ Artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

defesa e à vedação a autoincriminação compulsória, encontra-se desvirtuada, por completo, a aplicação do instituto da delação premiada, conforme pretendido.

Isto porque, o descompromisso com a verdade, evidenciado pela impossibilidade de punição do delator que prestar falsas declarações, na tentativa de obter benefícios em seu tratamento penal, torna a prova derivada da delação, irrefutavelmente, inidônea.

4.2 A regulamentação da delação e da colaboração premiadas no Brasil: uma retrospectiva legislativa

4.2.1 As origens do instituto no Brasil

Em que pese a delação premiada tenha sido positivada em nosso ordenamento somente nas últimas décadas, bem como, seja tratada por grande parte da doutrina como um instrumento modernizador no combate ao crime organizado, fato é que as origens deste instituto são bastante arcaicas, remontando a época das Ordenações Filipinas, no Brasil Colônia.

Analisando textos contidos na legislação portuguesa, já em 1603, as Ordenações Filipinas⁸⁵, mais precisamente no Livro V, título XVII – “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros à prisão”⁸⁶, é possível perceber o esboço da construção de um instituto similar à colaboração premiada contemporânea.

⁸⁵ Ordenações Filipinas. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acessado em 08.11.2016.

⁸⁶ “Qualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes em fazer moeda falsa, ou em cercear, ou per qualquer artificio mingoar, ou corromper a verdadeira, ou em falsear nosso sinal, ou sello, ou da Rainha, ou do Príncipe meu lilho, ou em falsear sinal de algum Vêdor de nossa fazenda, ou Dezembargador, ou de outro nosso Official Mór, ou de outros Officiaes de nosa Caza, ou cousas, que toquem a seus Officios, ou em matar ou ferir com bêsta, ou espingarda, matar com peçonha, ou em a dar, ainda que morte della se não siga, em matar atraçoadamente, quebrantar prisões e Cadêas de fôra per força, fizer furto, de qualquer sorte e maneira que seja, pôr fogo acinte para queimar fazenda, ou pessoa, forçar mulher, fazer feitiços, testemunhar falso, em soltar presos por sua vontade, sendo carcereiro, ou entrar em Mosteiro de Freiras com propósito desonesto, em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabelião, ou Scrivão; tanto que assi der á prisão os ditos malfeitores, ou cada um delles, e ljes provar, ou forem provados cada hum dos ditos malefícios em que he culpado aquelle, que He preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte. E se não for participante no mesmo malefício, queremos que haja perdão para si (tendo perdão das partes) de qialquer malefício, que tiver cometido, porque, mereça degredo até os ditos quatro anos. Porém, isto se entenderá, que o que der á prisão o

Por certo que, desde então, a postura do Estado em estimular um comportamento de traição entre indivíduos que praticassem determinado delito, do ponto de vista moral, altamente reprovável, resultou em um desuso e conseqüente esquecimento deste instrumento.

No entanto, diante da ineficiência dos quadros da segurança pública em nosso país, o legislador introduziu na parte geral do Código Penal, por intermédio da Lei n.º 7.209/84, alguns institutos que se fundamentam na colaboração do acusado com a justiça, em troca de tratamentos penais mais brandos. São exemplos, a circunstância atenuante referente à confissão espontânea⁸⁷, o arrependimento eficaz⁸⁸ e o arrependimento posterior⁸⁹.

Desde então, percebe-se que o legislador brasileiro, sobretudo no âmbito do processo penal, tende a desvirtuar o foco da produção probatória, afastando a devida investigação dos fatos e transformando o investigado em verdadeira fonte de prova.

Por conseguinte, o instituto da colaboração premiada passou a ser regulamentado em nosso ordenamento por meio de diversos diplomas legais, recebendo denominações como “colaboração espontânea” ou “delação premiada”, variando conforme os requisitos para concessão e seus benefícios, que se estendem desde a extinção da punibilidade à redução de pena com regime inicial de cumprimento mais brando.

Dentre os principais diplomas que disciplinam a colaboração premiada, destacam-se a Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos); as Leis n.º 7.492/1986 e 8.137/1990 (Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária e econômica e as relações de consumo); a Lei n.º 9.807/1999 (Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas); e a Lei n.º 11.343/2006 (Lei de drogas).

malfeitor, não haja perdão de mais pena, nem degredo, que de outro tanto, quanto o malfeitor merecer. E além do sobredito perdão, que assi outorgamos, nos praz, que sendo malfeitor, que assi foi dado á prisão, salteador de caminhos, que aquelle , que o descobrir e der prisão, e lho provar, baja de Nós trinta cruzados de mercê”.

⁸⁷ CP, Art. 65, III.

⁸⁸ CP, Art. 15 – *in fini*.

⁸⁹ CP, Art. 16.

Não obstante, dentre toda a regulamentação dispensada ao instituto da colaboração premiada, é a Lei 12.850/2013 (Lei de Combate ao Crime Organizado) aquela que regulamenta com maior riqueza de detalhes o âmbito de aplicação, o procedimento de efetivação e os benefícios advindos da colaboração relevante e efetiva do acusado.

4.2.2 A delação premiada na Lei n.º 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos

Ainda no início da década de 1990, por meio de legislações penais especiais, o ordenamento jurídico pátrio incorporou o instituto da delação premiada do direito europeu e norte-americano, que à época, iniciavam a incessante batalha para frear a constante expansão terrorista.⁹⁰

Neste prisma, merece destaque o artigo 7º, da Lei n.º 8.072/1990 inseriu o parágrafo 4º ao artigo 159 do Código Penal.⁹¹

De início, observa-se que a literalidade do texto legal não só exigia que o conteúdo da delação fosse integralmente eficaz, como também restringiu a aplicação do instituto somente aos crimes de extorsão mediante sequestro praticado sobre a égide de uma *quadrilha* ou *bando*, terminologia empregada na época em que se exigia um mínimo de 04 (quatro) integrantes para sua configuração.

Cumprido ressaltar que, diante desta limitadíssima hipótese de aplicação, o legislador logo promoveu modificações na redação legal, com o advento da Lei n.º 9.296/1996, substituindo as expressões *quadrilha* ou *bando* por *concurso de agentes*.⁹²

⁹⁰ Neste aspecto, é imperioso ressaltar a incompatibilidade entre os sistemas jurídicos internacionais e o brasileiro, fundamentado em princípios constitucionais diversos, sobretudo no que se refere às garantias fundamentais. Tal fato, por consequência, implica na incongruência entre o instituto da colaboração premiada e a presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, e o próprio sistema processual acusatório.

⁹¹ Artigo 159 – “Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: [...] § 4º - Se o crime é cometido por *quadrilha* ou *bando*, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

É de acrescentar-se ainda que, a mesma Lei dos Crimes Hediondos, no parágrafo primeiro de seu artigo 8º, tornou a lançar mão do instituto da delação, fazendo menção expressa à redução de um a dois terços de pena, para participantes e associados que denunciassessem à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento.⁹³

Á época, Alberto Silva Franco justificou a adoção da delação premiada:

A delação [...] busca evitar prováveis desenlaces trágicos como possível morte da pessoa sequestrada, que se inserem na lógica do processo que envolve a ação extorsiva mediante sequestro. Busca-se, também o desmantelamento da associação criminosa e a efetiva punição de seus integrantes.⁹⁴

Por conseguinte, a partir dessa nova redação legal, ampliou-se o alcance do instituto da colaboração premiada que, apesar de ter sido introduzido em nosso ordenamento como uma ferramenta de combate ao crime organizado, passou a ser admitido também em delitos sem qualquer conexão com organizações criminosas.

4.2.3 A colaboração espontânea na Lei n.º 9.034/1995 – antiga Lei de Organizações Criminosas

Posteriormente, a delação premiada teve nova disposição no diploma legal que, à época, disciplinava as diretrizes de combate ao crime organizado⁹⁵.

A “colaboração espontânea”, como era denominada pela antiga lei de combate ao crime organizado, somente seria admitida quando da apuração de delitos cometidos por

⁹² Redação conferida pela Lei n.º 9.296/1996 ao Artigo 159 do Código Penal “ [...] § 4º - *Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.*”

⁹⁴ FRANCO, Silva Alberto. Crimes hediondos. 5. ed. São Paulo: RT, p. 354.

⁹⁵ Artigo 6º - “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.”

organizações criminosas, excluindo-se aqueles praticados por “quadrilhas” ou “bandos” e “associações criminosas”.

Isto porque, a própria lei definia seu âmbito de atuação, justificando flexibilização de certas garantias individuais em razão da gravidade dos efeitos dos crimes perpetrados por organizações criminosas. O uso da colaboração premiada era, portanto, excepcional.

Cumprido salientar que, para fins de concessão das vantagens penais elencadas na lei, era imprescindível que as informações prestadas pelo colaborador tivessem, cumulativamente, contribuído para o esclarecimento das infrações penais e viabilizado a descoberta de seus respectivos autores.

Com efeito, conforme assunto anteriormente discutido neste trabalho, faz-se mister ressaltar que, apesar de limitar seu âmbito de aplicação aos casos relacionados às organizações criminosas, a Lei 9.034/1995 não definiu um conceito jurídico capaz de delimitar tal conceito, restando um vazio jurídico que, somente veio a ser preenchido, com a edição da Lei 12.850/2013.

4.2.4 A delação premiada nas Leis n.º 7.492/1986 e 8.137/1990, alteradas pela Lei n.º 9.080/1995 – crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária e econômica e as relações de consumo

Cronologicamente, em 19 de julho de 1995, a Lei Federal n.º 9.080 alterou o artigo 25, § 2º da Lei 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro e Nacional) e o artigo 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo), introduzindo, em ambos os diplomas, idêntica redação: “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revela à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

Imperioso afirmar que, a inovação legislativa em se permitir que a delação se estenda às situações de co-delinquência, isto é, coautoria e participação, representou verdadeiro avanço nas técnicas de utilização do instituto, posto que, tal modificação

precedeu a alteração disciplinada na Lei n.º 9.296/1996, que conferiu abrangência semelhante ao disposto no § 4º, do artigo 159, do Código Penal.

Não obstante, merece críticas o legislador que, novamente, fez uso de um conceito jurídico indeterminado, ao exigir como um dos requisitos para a concessão do prêmio, que o delator, além de confessar sua culpa, forneça informações acerca de “*toda a trama delituosa*”.

É de acrescentar-se ainda que, a Lei n.º 8137/90 sofreu alterações por ocasião da edição da Lei n.º 10.149/2000, que dispôs sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, disciplinando o denominado “acordo de leniência”.⁹⁶

Outrossim, em complementação, o artigo 35-C reconhece a aplicação do acordo de leniência aos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei n.º 8.137/90, suspendendo o curso do prazo prescricional e o oferecimento de denúncia ante a celebração do acordo que, quando integralmente cumprido, gera a extinção da punibilidade ao agente.

4.2.5 A colaboração espontânea prevista na Lei n.º 9.613/1998 – Lei de Lavagem de Capitais

Em tempo, a Lei n.º 9.613/98, conhecida por Lei de Lavagem de Capitais também ousou disciplinar o instituto da colaboração premiada, empregando, a exemplo da Lei 9.034/1995, a terminologia “colaboração espontânea”.

De toda sorte, uma breve análise acerca do novo tratamento legal conferido ao instituto permite concluir que houve certa evolução, porquanto, além de permitir a colaboração nos casos cometidos em coautoria e participação, o legislador logrou

⁹⁶ Art. 35 – B. “A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

elencar diversos benefícios a serem concedidos pelo Juiz ao delator, anteriormente não disciplinados.

Destarte, para além da usual redução da reprimenda corporal, a Lei de Lavagem de Capitais estabeleceu um regime inicial de cumprimento de pena mais brando, a possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por restritivas de direitos, e, inclusive, o perdão judicial.

4.2.6 A delação premiada na Lei n.º 9.807/1999 – Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas

A Lei 9.807/99 implementou regras para a criação de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, sendo irrefutável sua relevante contribuição para a efetiva apuração de infrações penais de difícil apuração.

Seguindo os parâmetros adotados pela Lei de Lavagem de Capitais, o diploma em comento positivou de modo definitivo o instituto da delação premiada no ordenamento pátrio.

Isto porque, apesar de já existirem normas de cunho semelhante, foi a Lei n.º 9.807/99 a responsável por permitir a aplicação do prêmio à delação, sem que houvesse qualquer restrição quanto à natureza do delito praticado, proporcionando, ainda proteção ao acusado delator. É o que dispõe o texto legal em seu Artigo 13.⁹⁷

Outrossim, o Artigo 14 da Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas Ameaçadas faz expressa menção a obrigatoriedade de o magistrado, no momento de aplicação do instituto, verificar os aspectos subjetivos do acusado, a fim de constatar se o delator preenche os requisitos para a concessão dos beneplácitos penais.

⁹⁷ Art. 13. “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminoso; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.”

4.2.7 A delação premiada nas leis anti-drogas.

A Lei n.º 10.409/2002, antiga Lei Anti-tóxico, a despeito de ter sido revogada posteriormente pela Lei n.º 11.343/2006, merece ser brevemente analisada em razão de sua notada inovação ao introduzir no direito pátrio o instituto da “colaboração premiada”, mais amplo que a então denominada delação premiada, vez que decorre de um acordo entre o Ministério Público e o investigado colaborador, ainda em sede inquisitorial. Nesta conformidade, é a redação do § 2º, do Artigo 32 do referido diploma.⁹⁸

Ressalta-se que, apesar de ainda não haver um conceito de organização criminosa no ordenamento brasileiro à época, a antiga lei anti-drogas fazia menção expressa a esta modalidade delinquencial, acentuando uma insegurança jurídica.

Por certo que, nestas insertas, restou evidenciada a tentativa do legislador em, expressamente, positivar uma espécie de “acordo” entre o Ministério Público e o indiciado delator, implicando, para além da redução de pena em caso de eventual condenação, na possibilidade de suspensão do processo, com o objetivo de que seja investigado o conteúdo da delação.

É de acrescer-se ainda o disposto no § 3º do supramencionado artigo, onde é positivada a hipótese, inclusive, de perdão judicial ao colaborador.⁹⁹

No entanto, a leitura do texto legal não permitia a diferenciação entre as hipóteses de incidência da redução da pena aplicada e de concessão do perdão judicial, restando, portanto, ao magistrado aplicar os benefícios de maneira proporcional ao nível de relevância das informações prestadas pelo delator.

⁹⁸ Art. 32 “[...] § 2º O sobrestamento do precesso ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência da organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para o interesse da justiça.”

⁹⁹ Art. 32 - [...] § 3º - Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação eficaz dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando sua decisão.”

Com o advento da Nova Lei de Drogas, que revogou por completo a antiga lei que outrora disciplinava o combate aos entorpecentes, o instituto da delação premiada passou a ser regulamentado nos termos de seu artigo 41 do novel diploma.¹⁰⁰

Cumprе salientar que, a despeito daquilo que continha na legislação anterior, a Nova Lei de Drogas não fez qualquer previsão de aplicação do perdão judicial ao colaborador. Do mesmo modo, a Lei 11.343/06 extinguiu a hipótese de negociação do direito de ação entre o membro do Ministério Público e o delator.

Ademais, restou evidente que o disposto no art. 41 da Nova Lei de Drogas somente terá aplicação nos casos em que o agente cometer alguma das infrações previstas naquele diploma, na modalidade de concurso de agentes.

Outrossim, nota-se que o texto legal faz menção à *recuperação total ou parcial do produto do crime*, como requisito para a diminuição da pena. Imperioso salientar que, nos crimes previstos pela Lei 11.343/06, o entorpecente, somente poderá ser considerado o *produto do crime* em determinados tipos penais, ao passo que em outros, como por exemplo, na *venda dos entorpecentes*, o dinheiro será assim considerado.

Por certo que, para fins de aplicação da colaboração premiada, nos termos da Nova Lei de Drogas, é possível realizar uma interpretação extensiva no sentido de considerar o entorpecente, não só como objeto primário do crime, como também, secundário, conforme na modalidade de *venda da droga*, acima suscitada.

Do mesmo modo, a doutrina consolidou o entendimento de que não é necessário a cumulatividade entre os requisitos da *identificação dos demais coautores ou partícipes do crime* e da *recuperação do produto do crime*, bastando que o agente pratique uma das condutas previstas, influenciando, apenas, no *quantum* da fração de redução da pena imposta.

¹⁰⁰ Artigo 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.”

4.3 Aspectos fundamentais da colaboração premiada na Lei n.º 12.850/2013, à luz da Constituição de 1988

4.3.1 Requisitos legais

a) Legalidade

Em que pese a colaboração premiada seja um instituto positivado em nosso ordenamento desde o início da década de 1990, por intermédio da Lei n.º 8.072/1990, fato é que até a entrada em vigor da Nova Lei Organizações Criminosas, inexistia um regramento específico a respeito do procedimento a ser observado para a efetivação desta técnica de investigação criminal.

Destarte, tamanha é a relevância da Lei 12.850/2013 que passou a regulamentar expressamente o rito de celebração do acordo de colaboração premiada, dispondo sobre a legitimidade para tal proposta, conteúdo do acordo e a necessária homologação judicial, ao mesmo tempo em que tenta, sem êxito, conciliar o instituto com os direitos e garantias fundamentais do colaborador.

Nesta toada, em seu artigo 4º, §15, a Nova Lei de Combate ao Crime Organizado¹⁰¹ exige a presença de um defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração premiada, bem como, elenca em seu artigo 5º, um rol de direitos reconhecidos ao colaborador¹⁰².

O cerne do instituto da colaboração premiada encontra previsão legal no artigo 4º da Lei 12.850/2013, que dispõe no sentido de que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o persão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de

¹⁰¹ Art. 4º, § 15, Lei n. 12.850/2013 – “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.”

¹⁰² Art. 5º, Lei n. 12.850/2013 - “São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.”

liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, ao acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados ali elencados.

De plano, verifica-se que o emprego da conjunção alternativa “ou” na passagem legal, evidencia a ausência de necessidade de cumulação entre os resultados exigidos em lei, bastando, para fins de reconhecimento do direito ao prêmio, que o delator logre êxito em contribuir com uma das consequências legalmente estipuladas.

Ademais, depreende-se que a Nova Lei de Combate ao Crime Organizado ampliou a eficácia do instituto, sobretudo com relação à antiga legislação, permitindo que, aquilo que anteriormente era tratado como uma mera causa de diminuição de pena, alcançasse, inclusive, uma causa extintiva de punibilidade, por meio do perdão judicial.

Dentre os resultados advindos da efetiva colaboração, o texto legal exige a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção das infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosas; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.¹⁰³

Outra inovação advinda da recente legislação foi a definição de critérios a serem observados pelo magistrado, os quais determinam que sejam sopesados, no momento de aplicação dos benefícios penais, critérios como a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, além da efetividade das informações prestadas pelo colaborador.¹⁰⁴

b) Voluntariedade

Entende-se por ato *espontâneo*, aquele que decorre da vontade exclusiva do agente, livre de qualquer interferência externa. Logo, conclui-se espontânea a

¹⁰³ Artigo 4º, da Lei 12.850.

colaboração quando esta é realizada com base na externalização de vontade do colaborador, e não das autoridades estatais.

Contudo, em que pese alguns dispositivos legais façam menção expressa à espontaneidade da colaboração, a exemplo, o artigo 1º, § 5º da Lei 9.613/98, prevalece o entendimento de que a espontaneidade não é condição elementar para o prêmio à colaboração.

Isto porque, conforme cediço, o elemento que verdadeiramente se exige do colaborador é a voluntariedade em prestar informações relevantes à investigação. Ora, ainda que a ideia de colaborar não tenha sido originada pelo agente, sendo ele aconselhado, seja por seu defensor ou pela autoridade legal, imprescindível é que não haja qualquer espécie de constrangimento neste ato, e que o indivíduo de fato deseje colaborar.

Em outras palavras, basta que haja uma concordância do colaborador, não sendo exigido que a ideia inicial tenha partido dele, mas sim, que o mesmo esteja de acordo em atuar em auxílio as autoridades, em troca de um prêmio penal.

Portanto, no que se refere ao instituto da colaboração premiada, ato espontâneo é interpretado como aquele praticado de maneira voluntária pelo colaborador, não forçado, mesmo que exista a provocação de outrem.

Neste sentido, com acerto o legislador da Nova Lei Organizações Criminosas, ao dispor sobre a colaboração, nas insertas do Artigo 4º, empregando os termos *espontânea e voluntária* durante a investigação e o processo criminal.

Ressalta-se, como mecanismo de efetivação desta característica da colaboração premiada, aquilo que é disciplinado no § 7º, do artigo 4º, da Lei 12.850, onde é determinado que, o magistrado, em momento anterior à homologação do acordo de colaboração, reúna-se, sigilosamente, com o colaborador, na presença de seu defensor, com fito de comprovar a voluntariedade de sua delação.

De toda sorte, para fins legais, indiferente é análise acerca das motivações que convenceram o agente à colaborar com a investigação, não importando para o Direito se esta decorreu de sincero arrependimento, temor, ou flagrante interesse em ser agraciado pelo prêmio de sua postura colaborativa.

c) Efetividade ou eficácia para a investigação ou o processo penal: resultados advindos da colaboração

Conforme já salientado em tópicos anteriores, é fator indissociável para que o colaborador receba os beneplácitos penais oriundos de sua colaboração, que as informações repassadas às autoridades sejam relevantes e eficazes para a apuração dos fatos investigados.

Destarte, sob pena de ser considerada uma simples confissão, passível, tão somente, de uma redução de pena a ser reconhecida na segunda fase da dosimetria, é necessário que a confissão do colaborador seja acompanhada de informações objetivas relacionadas à coautoria, aptas à revelar a identidade dos demais integrantes de uma organização criminosa, por exemplo. Há posicionamentos de Tribunais Superiores nesse sentido.¹⁰⁵

Por conseguinte, nota-se a exigência da obtenção de um resultado prático oriundo das informações reveladas pelo colaborador, sem as quais, tal consequência positiva ao encaminhamento das investigações, não teria sido alcançada, nas mesmas proporções.¹⁰⁶

No entanto, tal raciocínio não nos permite concluir que, para fins de efetivação da colaboração premiada, e consequente concessão dos benefícios ao delator, seja obrigatório o êxito do órgão acusador nos processos decorrentes das informações prestadas pelo colaborador.

¹⁰⁵ STJ, 69 Turma, HC 92.922/SP, Rei. Min. Jane Silva, j. 25/02/2008, DJe 10/03/2008. Negando a concessão do perdão judicial previsto no art. 13 da Lei nº 9.807/99 em caso concreto em que as informações fornecidas pelo colaborador não resultaram na identificação dos demais coautores e partícipes de tráfico de drogas: STF, 1ª Turma, AI 820.480AgR/RJ, Rei. Min. Luiz Fux, j. 03/04/2012, DJe 78 20/04/2012.

¹⁰⁶ No que tange aos resultados práticos derivados da delação, imperiosa a remissão ao Artigo 4º da Lei 12.850, onde encontram-se elencados tais requisitos.

Ora, tal exigência seria por demais severa, excluindo da esfera de influência do colaborador que, mesmo diante de sua conduta colaborativa e da prestação informações relevantes, ainda dependesse do desfecho, fortuito, de outra ação criminal, para ser então contemplado com seu prêmio.

Por tal motivo, aquilo que efetivamente se espera é que o colaborador preste informações integrais e comprometidas com a verdade dos fatos, sem resguardar em sua memória possíveis detalhes dos fatos criminosos.

Deste entendimento deriva a lógica conclusão de que a colaboração do acusado deverá ser observada em ambas as fases da persecução penal, seja em sede inquisitorial, como em juízo.

Em outras palavras, é exigida a cumulação razoável entre a colaboração extrajudicial e processual, não podendo haver retratação da delação em juízo, para fins de reconhecimento dos benefícios penais advindos do instituto da colaboração premiada. Assim também já se pronunciou o STJ.¹⁰⁷

Por conseguinte, no tocante à redução da pena, uma vez devidamente aferida a efetiva ocorrência dos resultados legalmente estabelecidos, necessariamente advindos da colaboração, o reconhecimento deste prêmio resultante da postura do acusado se impõe, não sendo uma mera faculdade do julgador, mas sim um direito subjetivo do acusado. Assim, andou bem o legislador ao garantir a homologação judicial do acordo de colaboração, conferindo maior segurança ao colaborador.

Noutro giro, há divergência no tocante às hipóteses de aplicação do perdão judicial.¹⁰⁸

¹⁰⁷ “[...] Não obstante tenha havido inicial colaboração perante a autoridade policial, as informações prestadas pelo Paciente perdem relevância, na medida em que não contribuíram, de fato, para a responsabilização dos agentes criminosos. O magistrado singular não pôde sequer delas se utilizar para fundamentar a condenação, uma vez que o Paciente se retratou em juízo. Sua pretensa colaboração, afinal, não logrou alcançar a utilidade que se pretende com o instituto da delação premiada, a ponto de justificar a incidência da causa de diminuição de pena”. STJ, 5ª Turma, HC 120.454/RJ, Rei. Min. Laurita Vaz, j. 23/02/2010, DJe 22/03/2010.

¹⁰⁸ Na jurisprudência: TGMG “O perdão judicial deve ser reservado para situações de especial colaboração do réu, para o dismantelamento de grupos ou organizações criminosas, com fornecimento de informações consistentes e extensas sobre as ações delituosas, desde que a personalidade do beneficiado, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato o permitam, não sendo este, em

De acordo com parte da doutrina, cujo expoente se reflete no posicionamento adotado por Damásio de Jesus¹⁰⁹, ao dispor sobre o tema, o artigo 4º, *caput*, da Lei 12.850/13 afirma que o magistrado *poderá* conceder benefícios penais ao colaborador diante da relevância e efetividade de suas informações, permitindo, a equivocada conclusão de que, a concessão do prêmio atenderá a uma faculdade do órgão julgador.

Por certo que, a interpretação literal do dispositivo supramencionado insere o colaborador em um ambiente de insegurança jurídica, o que contraria a própria finalidade do instituto. Não se pode conceber que, por meio de uma postura colaborativa, o agente coopere com as autoridades, atendendo aos requisitos previstos em lei, e ainda sim, não tenha qualquer respaldo de que será agraciado com as benesses penais advindas de sua prestativa atitude.

Segundo este posicionamento, uma vez verificados os pressupostos subjetivos e objetivos da colaboração, o magistrado é incumbido de um poder-dever de aplicar os benefícios penais dispostos na lei, inclusive, o perdão judicial.

Isto posto, a escorreita leitura do instituto encaminha ao entendimento de que, em verdade, a discricionariedade do juízo repousará no que diz respeito à opção de escolha dentre os benefícios legalmente elencados, variando, do *quantum* de redução da pena, até ao perdão judicial, conforme as circunstâncias do caso concreto. Há jurisprudência formada no Supremo Tribunal Federal neste sentido.¹¹⁰

Em outras linhas, o prêmio é um verdadeiro direito subjetivo do colaborador ante ao reconhecimento de uma efetiva consequência positiva para a instrução criminal, advinda das informações por ele repassadas.

definitivo, o caso retratado nos autos.” (RVCR 10000121273825000/MG, 1º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Márcia Milanez, DJ 08.07.2013)

¹⁰⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Perdão judicial - colaboração premiada: análise do art. 13 da Lei 9807/99: primeiras idéias*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.82, p. 4-5, set. 1999

¹¹⁰ “O acórdão embargado não deixou qualquer margem para dúvida quanto ao fato de que o embargante merecia redução da pena pela colaboração para a descoberta de outros corréus, mas não fazia jus ao perdão ou a uma diminuição de pena em maior amplitude porque a sua colaboração não teve continuidade durante o andamento da ação penal. Pelo mesmo motivo, não faz jus à substituição da pena prevista no artigo 4º da Lei 12.850/2013. [...]” AP 470 MG, Tribunal Pleno, Rel. Joaquim Barbosa, Dj 13.11.2013.

d) Requisitos subjetivos

Outrossim, conforme dispõe o artigo 4º, §1º da Lei n.º 12.850/2013, o magistrado deverá analisar requisitos de ordem subjetiva, dentre os quais, a personalidade do agente, a fim de averiguar a hipótese de incidência do instituto da colaboração premiada, bem como, mensurar os eventuais benefícios advindos da colaboração do acusado.

A Nova Lei de Combate ao Crime Organizado exige que o juiz analise as características subjetivas do acusado, posto que, não parece razoável que um réu de alta periculosidade, que pertença a um alto grau de escalonamento da organização criminosa, exercendo atividade de liderança e comando, receba um tratamento jurídico brando simplesmente em razão de sua colaboração.

No seguinte sentido, sustenta Marcelo Mendroni:

“[...] preenchidos os requisitos de ordem objetiva, postos expressamente em lei, há dados de natureza subjetiva a serem apreciados judicialmente, consoante o prudente arbítrio do Magistrado. Destarte, não reconhece singelamente o Magistrado, ao conceder o perdão o ‘direito ao perdão’, mas bem antes o que a decisão jurisdicional ajuíza é o merecimento do perdão judicial em face, inclusive, do atendimento dos requisitos legais”.¹¹¹

Conforme cediço, em se tratando de critérios para fixação da pena adotados na dosimetria, serão observados os requisitos subjetivos do agente infrator, em atenção ao princípio da culpabilidade e da individualização da pena.¹¹²

Por outro lado, definir tais critérios com o intuito de reconhecer a aplicação de um determinado meio de produção de prova não se revela razoável, ante a possibilidade de ser negada a colaboração do acusado, mesmo diante de casos em que seja oportuno, necessário e conveniente para a instrução criminal.

Nas palavras de Bitencourt e Busato, ao elencar requisitos de ordem subjetiva para a admissibilidade da colaboração premiada, o legislador adotou postura “[...]”

¹¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 52.

¹¹² Vide Artigo 59, CP.

incompatível com o *direito penal do fato* e da culpabilidade recomendado em um Estado Democrático de Direito”.¹¹³

Ao contrário, com o intuito de convalidar a colaboração, deveriam ser efetivamente considerados, tão somente, aspectos de ordem objetiva como as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, somados à eficácia do teor das informações reveladas pelo colaborador.

4.3.2 Efeitos da colaboração premiada

Na época do surgimento do instituto da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, a colaboração efetiva e voluntária do acusado resultava na concessão de apenas uma espécie de benefício, qual seja, a diminuição de 1 (um) a 2/3 (dois terços) no *quantum* total de sua pena.

Na prática, a mera diminuição da pena não configurava verdadeiro atrativo ao acusado, desestimulando-o a cooperar com a justiça. Isto porque, é inquestionável o baixíssimo grau ético inerente a conduta de delatar, até mesmo dentro do universo do crime, fato que, invariavelmente, serviria como motivação para severas vinganças aplicadas entre os próprios criminosos.

Já em 1998, a Lei de Lavagem de Capitais, em seu artigo 1º, § 5º, estipulou que, além da redução de pena, a reprimenda corpórea começaria a ser cumprida em regime aberto, podendo ainda o magistrado, ao seu critério, substituí-la por restritiva de direitos, ou até mesmo deixar de aplicá-la, fomentando, assim, a delação.

Posteriormente, o dispositivo supracitado sofreu alterações, com o advento da Lei 12.683/2012. A nova redação acrescentou a possibilidade de o juiz, *a qualquer tempo*, substituir, por restritiva de direitos, a pena do colaborador que auxiliasse na apuração de infrações criminais, na identificação de seus respectivos coautores e partícipes, ou ainda na localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. (Lei n. 12.850/2013)*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 113.

Na mesma esteira, a Nova Lei de Organizações Criminosas ampliou as opções de benefícios concedidos aos colaboradores, permitindo o reconhecimento dos prêmios mesmo em casos em que não existir qualquer acordo formalizado para delação.

Dentre os possíveis benefícios concedidos ao colaborador, positivados com o advento da Lei 12.850/2013, encontram-se: i) a possibilidade de diminuição de pena, variando de 1 (um) a 2/3 (dois terços), antes de proferida a sentença; ii) possibilidade de redução da pena em até a metade, mesmo após ter sido proferida a sentença condenatória; iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; iv) perdão judicial e conseqüente extinção da punibilidade; v) sobrestamento do prazo para oferecimento da denúncia ou suspensão do processo com a conseqüente suspensão da prescrição; vi) não oferecimento da denúncia; vii) causa de progressão de regime.

4.3.3 Valor das informações prestadas pelo colaborador

Conforme já explicitado neste trabalho, a colaboração premiada funciona como uma técnica especial de investigação, um legítimo meio de prova. Neste sentido, assevera o mestre Geraldo Prado, que o instituto em comento presta-se a “[...] substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta contra o suspeito, visando torná-lo colaborador e, pois, fonte de prova.”¹¹⁴

Portanto, em uma fase inicial da apuração dos indícios de autoria e materialidade de uma infração penal, não há óbice para que as informações prestadas pelo delator, por si só, fundamentem a instauração de um inquérito policial, ou até mesmo a deflagração de um processo penal.

Por outro lado, em terras habituadas com a tortura, nem mesmo a expressa confissão do réu, de maneira isolada, possui valor probatório suficiente a ensejar um decreto penal condenatório, sendo indispensável a existência de um vasto conjunto probatório neste sentido.

¹¹⁴ PRADO, Geraldo. *Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 13. Fev./2006.

Com efeito, não se pretende negar valor a postura colaborativa do acusado com o sucesso da investigação criminal. Neste aspecto, merece elogio o disposto no artigo 65, III, *d*, do Código Penal.

Ainda sobre a confissão, Hélio de Bastos Tornaghi afirma:

O valor dado à confissão em diversas épocas da história humana, fez variar o próprio modo de proceder no juízo criminal. Evidentemente nada traz mais certeza da autoria de um delito do que uma confissão livre, clara sincera, sem qualquer vício. É sumamente tranquilizador para o juiz ouvir dos lábios do réu uma narrativa convincente do fato criminoso com a declaração de havê-lo praticado.¹¹⁵

A colaboração premiada, conforme já mencionado neste trabalho, consiste na coincidência entre atos de confissão e fornecimento de informações relacionadas aos crimes imputados ao acusado, em troca de benefícios em seu tratamento legal.

Não obstante, convém ressaltar que, mesmo a confissão expressa do acusado sobre a autoria dos fatos criminosos que lhes são imputados, de maneira isolada, não pode ser considerada como fundamento para a imposição de um decreto penal condenatório.

O mesmo raciocínio aplica-se à colaboração premiada, não restando dúvida de que tal mecanismo especial de investigação não pode respaldar, isoladamente, uma condenação, devendo estar corroborado por outros elementos de prova.

Noutro plano, imperioso salientar que pelo sistema processual penal adotado em nosso país, ao magistrado é conferida ampla liberdade para a valoração das provas produzidas ao longo da persecução criminal, formando sua livre convicção acerca dos fatos apurados, tendo como ônus o dever de fundamentar sua decisão.

Conforme cediço, inexistem no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos legais que impliquem na hierarquização das provas produzidas ao longo da instrução, pelo contrário, ao juiz é garantido o livre convencimento adstrito ao conjunto probatório acostado aos autos.

¹¹⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*, vol. 4. Bahia: JusPodvm, 2010.op. cit., p. 47.

Por sua vez, o artigo 4º, § 16 da Lei 12.850/2013 representa nítida limitação ao livre convencimento do julgador, na medida em que, conforme a lição de Gustavo Badaró, estabelece “[...] um regime de prova legal negativa, no qual se determina que somente a delação premiada é insuficiente para a condenação do delatado.”¹¹⁶

Ressalta-se, outrossim, que o legislador não estabeleceu, abstratamente, os elementos necessários para a imposição da condenação, todavia, em perfeita observância ao princípio da presunção de inocência, definiu o que é insuficiente para superar a dúvida razoável.

Logo, se o conteúdo da delação estiver em consonância com as demais provas reunidas ao longo da instrução criminal, por conseguinte, adquire força probatória suficiente para embasar uma sentença penal condenatória. Tal conclusão é sustentada de maneira reiterada em nossa Suprema Corte.¹¹⁷

Com acerto, positivando aquilo que é doutrinariamente conhecido como *regra de corroboração*, onde a palavra do colaborador deve ser confirmada por elementos de convicção, a Lei n.º 12.850/2013 dispões, em seu artigo 4º, § 16, que “[...] nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas palavras do delator.”

Tal regra atua como forma de prevenção contra possíveis delações falsas, cautela justificável, vez que o réu colaborador, na qualidade de acusado, não presta compromisso legal com a verdade, além de possuir fortes interesses em receber os benefícios legais advindo de sua delação. Ao réu interessa muito mais o fracasso da pretensão condenatória, com imposição da absolvição, ao ser “premiado” com benefícios de sua colaboração.

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo. *O Valor Probatório Da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13*. Disponível em <http://badaroadvogados.com.br/o-valor-probatorio-da-delacao-premiada-sobre-o-16-do-art-4-da-lei-n-12850-13.html> Acesso em 26.11.2016.

¹¹⁷ STF, 2ª Turma, HC 75.226/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/08/1997, DJ 19/09/1997.; STF, RE 213.937/PA, 1ª Turma, j. 26.03.1999, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.06.1999; STF, 12 Turma, RHC 81.740/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/03/2005, DJ 22/04/2005; STF, 1ª Turma, HC 84.517/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 19/10/2004, DJ 19/11/2004; STF, 1ª Turma, HC 94.034/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/06/2008, DJe 167 04/09/2008; STF, 1ª Turma, RHC 84.845/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/04/2005, DJ 06/05/2005.

Outrossim, imperioso ressaltar que próprio Código de Processo Penal veda expressamente a atuação do acusado como assistente de acusação do Ministério Público, interessado na condenação do corréu¹¹⁸.

Com efeito, Bitencourt e Busato acrescentam que:

[...] o estímulo às benesses enfraquece ainda mais o compromisso para com a verdade, podendo fazer com que, por exemplo, aquele que nada tenha a delatar, invente implicações contra um terceiro, com o fito de obter benefícios para si próprio.¹¹⁹

Nesta conformidade, a fim de que a palavra do colaborador deixe de ser um elemento meramente informativo, revestindo-se de verdadeiro elemento de prova, as informações por ele repassadas devem ser corroboradas em juízo, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, com fulcro no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e artigo 155, do Código de Processo Penal.

Isto porque, na medida em que o colaborador confessa de maneira expressa a autoria dos fatos criminosos que lhes são imputados e, além disso, passa fornecer elementos que incriminem terceiros, o ato passa a ter verdadeiro caráter testemunhal, e por tal razão, comprometido com a verdade.

Com efeito, admitindo que a delação recebe *status* de prova testemunhal em desfavor do corréu incriminado, faz-se indispensável a presença de seu defensor durante a oitiva do colaborador, sendo-lhe permitido a formulação de perguntas ao delator, direcionadas, exclusivamente, ao conteúdo de sua delação.¹²⁰

Nesta esteira, preciso é o entendimento do mestre Aury Lopes Jr.

O delator, [...] quando estiver depondo na condição de réu, é inegável que está amparado pelo direito de silêncio e, portanto, não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas (pelo juiz, acusador ou demais

¹¹⁸ Artigo 270 CPP.

¹¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. (Lei n. 12.850/2013)*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 122.

¹²⁰ Este é o posicionamento consolidado pela Súmula 675, das Mesas de Estudo de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover: “O interrogatório de corréu, incriminando outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo, por isso, se admitirem reperguntas.”

corréus) e que lhe possam prejudicar. Mas, em relação às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de desacreditar a versão incriminatória dos corréus.¹²¹

Isto posto, aduz-se que, uma vez arrolado como testemunha acusatória em um processo em que não figure como réu, ao delator não é reconhecido o direito de permanecer em silêncio, devendo responder às perguntas formuladas, como qualquer testemunha, ressalvados, sempre, os casos em que possa produzir prova contra si mesmo.

Ainda sim, Bitencourt e Busato permanecem com uma visão crítica a respeito do afastamento do direito ao silêncio, pontuando que a obrigatoriedade do colaborador prestar compromisso com a verdade “[...] não deixa de ser uma forma indireta de o legislador burlar ou desrespeitar a garantia constitucional do cidadão em não produzir prova contra si mesmo.”¹²²

Isto porque o artigo 4º, § 14 da Lei n.º 12.850/2013 exige expressamente que o colaborador renuncie seu direito de permanecer em silêncio, conduzindo tal dispositivo à completa inconstitucionalidade por violar uma garantia prevista não apenas na Constituição Federal¹²³, mas também na Convenção Americana de Direitos Humanos¹²⁴.

Ademais, o sistema de garantias fundamentais assegurado em nossa Carta Magna confere ao acusado plena capacidade para resistir à pretensão acusatória, devendo seu comportamento processual, seja assumindo a autoria de um delito, permanecendo em silêncio, ou ainda no chamamento do corréu, ser interpretado, como estrito exercício de sua autodefesa.¹²⁵

¹²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 633.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. (Lei n. 12.850/2013)*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 122.

¹²³ Artigo 5º, LXIII, CF/88.

¹²⁴ Artigo 8, inciso 2, letra g, CADH.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1995. p. 608.

Ademais, no direito processual, o debate contraditório é definido como o embate entre as partes, por meio do qual todo ato praticado por um sujeito processual possa ser confrontado, em igualdade de condições, pelo outro.

Nas lições de Aury Lopes Jr.:

“[...] o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado – e da sociedade – em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.”¹²⁶

Deste modo, o modelo constitucional exige que o interrogatório do acusado seja orientado pelo princípio da presunção de inocência, em sua máxima eficácia, sendo resguardados o direito de permanecer em silêncio e a vedação à autoincriminação compulsória. Com fulcro neste entendimento, verifica-se um esvaziamento de um possível debate entre o corréu delatado e o delator.

Com acerto, Ada Pellegrini Grinover refuta a possibilidade de que as declarações proferidas pelo acusado, no exercício pleno de seu direito de autodefesa, sejam convertidas em meio de prova:

“[...] através do interrogatório, o juiz (e a polícia) pode tomar conhecimento de elementos úteis para a descoberta do delito, mas não é para essa finalidade que o interrogatório está orientado. Pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova. Em outras palavras, o interrogatório não serve para provar o fato, mas para fornecer outros elementos de prova que possam conduzir à sua comprovação.”¹²⁷

Imperioso afirmar que não há qualquer óbice para, tomando por base o conteúdo das informações reveladas pelo réu durante seu interrogatório, como fonte de prova, o Ministério Público, desenvolva suas investigações para reunir provas que corroborem o teor destas declarações, eventualmente, incriminando novos autores.

¹²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 541

¹²⁷ Apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 541

Ressalta-se que, de outra forma, não é isso que se opera com a colaboração premiada. Com efeito, Geraldo Prado adverte:

[...] O que acontece agora é que a partir dessa sutil diferenciação, promovida pela indicação de um resultado da atividade processual do réu como meio de prova, no lugar de suas próprias declarações, intenta-se contornar as proibições constitucionais e transformar acusado em testemunha.¹²⁸

É de acrescentar-se ainda que, na medida em que é prometido ao colaborador, em contrapartida das informações repassadas, a concessão de prêmios penais, tal meio de prova resta divorciado do contraditório, vez que não se verifica o ambiente de desinteresse necessário para produção probatória.

Destarte, sob a ótica do garantismo penal, é indispensável a verificação do contraditório durante todo processo de produção probatória, o que, pela natureza como as informações oriundas da colaboração premiada são obtidas, não se pode assegurar.

Inadmissível, pois, que o acusado colaborador assumira o papel de uma testemunha, sendo-lhe dispensado tratamento legal semelhante. É inconcebível tamanha ofensa ao princípio da vedação à autoincriminação compulsória, mesmo diante de situações em que o acusado colabore com a Justiça.

Portanto, conforme bem assevera Aranha, conclui-se que “[...] a delação premiada é, de início, uma prova anômala, totalmente irregular, pois viola o princípio do contraditório, uma das bases do processo criminal.”¹²⁹

4.3.4 Procedimento

O procedimento de formalização da efetivação, colheita e concretização da colaboração premiada, até pouquíssimo tempo atrás, não possuía qualquer regulamentação legal. Na prática, a colaboração era desenvolvida maneira informal, gerando uma mera expectativa de recebimento dos benefícios prometidos ao delator,

¹²⁸ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas *Da delação premiada: aspectos de direito processual*. Boletim IBCCRIM, volume 13, número 159. São Paulo, fev. 2006. p. 10-12.

¹²⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 133.

ante a possibilidade de suas informações produzirem alguns dos resultados práticos, estes sim, estritamente previstos em legislação específica.

Ressalta-se que, apesar da existência de um acordo pré-estabelecido não ser uma condição de validade para a aplicação do instituto da colaboração premiada, fato é que sua existência confere uma maior segurança ao colaborador, afastando a mera expectativa de direito.

Outro aspecto de relevante discussão é o momento de celebração do acordo de colaboração que, via de regra, ocorre na fase pré-processual, ainda em sede de inquérito. Contudo, não há qualquer óbice para que tal acordo seja celebrado após o oferecimento da denúncia, durante o curso do processo, ou até mesmo, após ser proferida sentença condenatória.

Neste contexto, andou bem o legislador ao positivizar no artigo 6º, da Lei 12.850/2013, regramentos para o procedimento de celebração do acordo de delação premiada, definindo alguns requisitos para sua validade, dentre os quais: i) o acordo deverá conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor técnico; iv) as assinaturas do membro do *parquet*, delegado de polícia, do colaborador e seu advogado; v) a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando as circunstâncias do caso se revelarem necessárias.

Imperioso salientar que, novamente, logrou êxito o legislador ao garantir o pleno exercício da ampla defesa durante os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração premiada, de sorte a exigir a presença do defensor do colaborador em todos estes atos.¹³⁰

Desta sorte, faz-se necessário conferir ao Defensor do colaborador plenas condições de orientar tecnicamente seu cliente acerca dos riscos processuais, bem como, sobre as vantagens de se aceitar, ou recusar, um acordo de colaboração premiada.¹³¹

¹³⁰ Art. 4º, § 15, Lei n.º12.850/2013.

¹³¹ Nesta seara, reveste-se de grante contribuição o conteúdo da Súmula Vinculante n.º 14 do STF.

No que tange a legitimidade para a propositura do acordo de colaboração premiada, forçosa a remissão aos artigos 4º, §§ 2º e 6º, ambos da Lei n.º12.850/2013, onde se depreende, de plano, inquestionável afronta aos preceitos constitucionais e normas de direito processual penal em vigor em nosso ordenamento.

Por meio da leitura dos mandamentos legais supracitados, compete ao Ministério Público, a qualquer tempo, e ao Delegado de Polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que tal benefício não tenha sido previsto em acordo inicial, sendo vedada a participação do juiz durante a fase de negociação do acordo.

Portanto, tais dispositivos permitem que, durante o inquérito policial, o Delegado de Polícia, mediante simples manifestação do Ministério Público, celebre o acordo de colaboração com o investigado, na presença de seu defensor.

Ocorre que, uma interpretação mais técnica deste dispositivo conduz a entendimento diverso, no sentido de que, apesar da autoridade policial poder sugerir a celebração do acordo de delação, o Delegado de Polícia, com fulcro no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, não possui legitimidade para celebrá-lo.

Ora, sendo o Ministério Público o órgão que detém a outorga constitucional para exercer, com exclusividade e obrigatoriedade, o direito de propositura da ação penal pública, bem como, sendo o prêmio resultante da colaboração, um fator que influencia diretamente na pretensão punitiva estatal, não há como admitir uma atuação coadjuvante do órgão ministerial durante a celebração do acordo de colaboração.

Sobre o tema, advertem Bitencourt e Busato:

[...] a iniciativa a respeito do emprego deste instrumento probatório e mesmo o sopesamento das consequências que ele gera para fins de aplicação do direito penal devem estar disponíveis tão somente para o titular da ação penal que, por disposição constitucional, é exclusivamente o Ministério Público, afinal, em certa medida, trata-se de dispor da persecução penal. O juízo de valoração sobre a conveniência e oportunidade de dispor da prova pertence

ao Ministério Público e é ele, exclusivamente, junto com o defensor e o investigado, quem deve deliberar os termos da colaboração premiada.¹³²

Ademais, ainda que o acordo seja celebrado durante a fase investigativa, é inquestionável que sua existência se prolonga ao curso do processo criminal, sobretudo, em razão da necessidade de homologação judicial do acordo de colaboração premiada, nos termos do artigo 4º, § 7º, de Lei 12.850/2013.

Neste sentido, precisa é a contribuição de Eugênio Pacelli:

Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o arquivamento de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de: a) extinguir a persecução penal em relação a determinado agente, sem a consequente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao *parquet* o oferecimento de denúncia; b) viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritiva de direito, condicionando previamente a sentença judicial; c) promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial.¹³³

Logo, sendo a colaboração premiada um meio de prova processual, converter o delegado de polícia em um sujeito do processo configura uma afronta flagrante ao texto constitucional.

Superadas as questões atinentes à exclusividade da legitimidade ativa do Ministério Público na celebração dos acordos de colaboração premiada, é necessário pontuar acerca da postura do magistrado em relação ao pactuado entre o réu colaborador e o titular da ação penal.

Conforme cediço, sob pena de violação ao sistema acusatório e do princípio da imparcialidade, o juiz não deverá intervir durante as assertivas de negociação da colaboração, sendo sua participação nesta fase expressamente vedada pelo artigo 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. (Lei n. 12.850/2013)*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 111.

¹³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Atualização da 173 edição do curso de processo penal em virtude da Lei n- 12.850/13. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ANEXOS/INF_264_Organizacoes_criminosas_pacelli.pdf. Acesso em 11.11.2016.

Não obstante, em que pese esse distanciamento do magistrado esteja positivado, fato é que o próprio artigo 4º da Lei 12.850, em seu § 8º, dispõe que o juiz poderá rechaçar a homologação do acordo firmado entre o Ministério Público e o colaborador, ou adequar o acordo, caso entenda que a proposta não atenda aos requisitos legalmente estabelecidos para a concessão dos beneplácitos penais.

Em termos legais, o que se pretende é que o magistrado possa recusar-se a homologar o acordo de colaboração nas hipóteses em que não concordar com a concessão de determinado prêmio ao colaborador, aguardando, novamente, que as partes interessadas na homologação cheguem a um novo entendimento sobre os termos da negociação.

Com efeito, o problema surge quando, diante da não homologação pelo juiz, com a conseqüente inutilização do acordo firmado, o Ministério Público, ou o colaborador junto de seu Defensor, não se conformar com o teor negativo da decisão. Isto porque, inexistente qualquer mecanismo de revisão desta decisão do magistrado, restando, apenas, diante de uma decisão referente à produção de prova, a possibilidade de interposição de um recurso em sentido estrito, ao arripio das hipóteses taxativas do Código de Processo Penal, que não se amoldam ao caso formulado.¹³⁴

No entanto, é temerário admitir que o magistrado possa intervir nas assertivas sobre o conteúdo do acordo, ainda que com o intuito de “adequá-lo”, sobretudo, diante da expressa violação do artigo 4º, § 6º. Ora, sendo defeso ao juiz participar das negociações sobre a produção de provas, de igual modo, não se pode aceitar que o magistrado interfira no pactuado entre as partes.

Imperioso salientar que o julgador deverá permanecer equidistante da produção probatória, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade. Nestes termos, valiosa é a lição de Geraldo Prado, ao criticar a Lei de Interceptações Telefônicas:

[...] a busca de provas da autoria e da existência de infração penal, pelo juiz, por mais grave que possa parecer o delito, compromete a imparcialidade daquele que vai decidir, dentro de uma perspectiva de que a jurisdição difere

¹³⁴ Artigo 581 do CPP.

do exercício da ação penal e que este, por sua vez, não se resume a deflagrar-se o processo por meio da petição inicial, compreendendo, ainda, as práticas da ação cautelar, no tocante à aquisição e preservação das provas além dos demais atos desenvolvidos no processo de conhecimento, com o escopo de conhecimento, confrontar a convicção judicial.¹³⁵

Ressalta-se ainda que, uma vez homologado o acordo de colaboração, seus efeitos não começam a operar de plano, restando estes reservados até o momento de prolação da sentença condenatória, vide a letra do artigo 4º, § 11, da Lei de Organizações Criminosas. Desta expressa disposição, extrai-se a lógica conclusão de que o colaborador responderá ao processo penal, e por óbvio, será denunciado.

No entanto, forçosa é a remissão ao artigo 4º, § 4º, da própria Lei 12.850/2013, e sua incongruente previsão da possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia contra o colaborador, caso este não seja o líder da organização criminosa e for o primeiro a colaborar efetivamente com a investigação.

De plano, destaca-se que a discricionariedade do Ministério Público quanto ao oferecimento da inicial acusatória vai de encontro ao princípio da indisponibilidade da ação penal.

Soma-se a isso, o fato de que, ao contrário da relativização admitida nos termos da Lei 9.099/1995, com a regulamentação do instituto da transação penal aos delitos considerados de menor potencial lesivo, a Lei de Combate ao Crime Organizado destina-se à repressão de crimes de elevadíssimo grau de reprovabilidade, sendo, por tal razão, inconcebível a renúncia do Estado em seu dever de punição.

Acentuando a problemática, os prêmios advindos do acordo de delação – redução de pena, substituição por restritiva de direitos, ou perdão judicial – são concedidos ao delator por ocasião da sentença. Ora, sem denúncia, não existe processo, portanto, não há como valorar os resultados e consequências da colaboração.

¹³⁵ PRADO, Geraldo Luís Mascarenhas. Sistema Penal Acusatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 233.

Não se pode admitir que, diante de delitos de extrema gravidade praticados por organizações criminosas, a autoridade legal possa diminuir as sanções penais dispensando o devido processo penal e a ampla atividade probatória.

Noutro giro, lamentavelmente, é o que se opera nos termos da Lei n.º 12.850/2013 ante a expressa possibilidade de concessão do perdão judicial e consequente extinção da punibilidade do colaborador, sem sequer o oferecimento da denúncia, em verdadeira disponibilidade da ação penal.

4.3.5 Direitos e garantias do colaborador

O artigo 5º da Lei 12.850/2013 elenca um rol de direitos garantidos ao colaborador, os quais, acrescidos aos benefícios penais previstos no artigo 4º, constituem verdadeiro incentivo à colaboração do acusado.¹³⁶

Dentre os direitos acima mencionados, são garantidos ao colaborador a concessão dos benefícios estipulados no acordo de colaboração homologado, os quais surtirão efeito por ocasião da prolação da sentença, bem como, o sigilo sobre sua identidade, com a consequente preservação de seu nome, qualificação, imagem, e demais informações pessoais.

De igual modo, ao réu colaborador é conferido o direito de ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes, resguardado o direito de não manter contato visual com os outros acusados, não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua expressa autorização, por escrito.

¹³⁶ Art. 5º - “São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados”

Outrossim, no que se refere ao sigilo do conteúdo da colaboração, em obediência aos fundamentos constitucionais do processo penal brasileiro, após deflagrada a ação penal, com o consequente recebimento da inicial acusatória, é indispensável a manifestação do contraditório e da ampla defesa.

Em se tratando de um processo criminal em que a justa causa para ação penal tenha sido fundamentada por meio de um acordo de colaboração premiada, entende-se que estamos diante de um caso de contraditório diferido, vez que a defesa do acusado incriminado somente terá acesso ao conteúdo do acordo, em momento posterior à sua celebração.

Não obstante, no que tange à preservação da identidade do colaborador, a regulamentação legal é falha e merece ser criticada. Conforme o disposto no artigo 7^a, § 3^o da Lei n.º 12.850/2013, impõe-se o fim do sigilo sobre o conteúdo da colaboração após o oferecimento da denúncia, mantendo, no entanto, segredo sobre a identidade do réu colaborador.

Ocorre que, diante da ciência pelos demais acusados acerca do conteúdo das informações delatadas, considerando que o delito apurado foi praticado em comunhão de ações e desígnios entre os criminosos, é perfeitamente possível a identificação do corréu colaborador pelo teor das informações reveladas. Tal fato, por si só, torna inócua qualquer tentativa de preservação do sigilo sobre a identidade do delator.

Por outro lado, a manutenção deste sigilo representa afronta ao direito de pleno exercício da ampla defesa dos acusados delatados, na medida em que estes, sem que saibam a verdadeira origem das informações que os incriminam, não teriam condições de dispor de elementos eficazes em suas defesas, em flagrante violação à paridade das armas.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal relativizou tal matéria, admitindo a omissão do nome de testemunha nos termos do artigo 7^o da Lei n.º 9.807/1999 – Lei de Proteção à Vítima e Testemunha Ameaçada.¹³⁷

¹³⁷ HC 99736-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 24.07.2010.

Por derradeiro, a Lei n.º 12.850/2013 dispõe que o colaborador ainda será protegido mediante o cumprimento de sua pena em estabelecimento prisional diverso daquele onde cumprirão os corréus condenados, pouco importando se estes foram ou não prejudicados pelo teor das informações repassadas pelo delator.

5 CONCLUSÃO

O fenômeno criminológico das organizações criminosas é inegavelmente um problema que assola a ordem política, econômica e social, provocando drásticos impactos negativos, não só no aspecto local, mas também em âmbito internacional.

Conforme salientado neste trabalho, os avanços tecnológicos e a globalização das relações econômicas contribuíram diretamente para a expansão da criminalidade organizada além das fronteiras nacionais, fato que exigiu uma postura cooperativa entre os Estados, cujo expoente de maior representatividade é a Convenção das Organizações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

A Convenção de Palermo, com notável dificuldade, definiu em seu artigo 2º um conceito amplo sobre organizações criminosas, assim como elencou técnicas de investigação e repressão especiais, a serem empregadas no combate ao crime organizado, em razão de sua excepcionalidade.

No Brasil, o crime organizado se manifesta de maneira assombrosa em suas mais variadas ramificações, desde o modelo empresarial impulsionado pela corrupção dos aparatos políticos, até a violenta atuação dos narcotraficantes, que desafiam diariamente as autoridades de segurança pública nos grandes centros urbanos do país.

Não obstante, após considerável tempo de omissão por parte do Estado em editar uma norma de direito interno capaz de definir o crime organizado no ordenamento brasileiro, enfim foi sancionada a Lei n.º 12.850/2013, introduzindo o conceito de organização criminosa, nos termos do artigo 1º, § 1º, e dispondo sobre mecanismos especiais de obtenção de prova.

Por certo que, ao elaborar um tipo penal incriminador para o indivíduo que, nos termos da lei, integrar uma organização criminosa, o legislador reconheceu a elevada gravidade desta modalidade delitiva, excepcionando a regra do direito penal, que não pune aos atos preparatórios.

Ainda reafirmando a elevadíssima reprovabilidade pena do crime organizado, a Lei n.º 12.850/2013 também regulamentou instrumentos extraordinários de produção de prova a serem utilizados especialmente para fins de repressão e desmantelamento das organizações delinquentes.

Dentre tais mecanismos especiais de investigação, a nova Lei de Organizações Criminosas positivou o instituto da colaboração premiada, que consiste na possibilidade de redução, ou até mesmo a isenção de pena ao acusado que fornecer às autoridades legais, informações úteis à persecução criminal, incriminando corréus e contribuindo efetivamente na apuração dos fatos criminosos.

Nesta esteira, percebe-se que a colaboração premiada é pautada por baixíssimos parâmetros éticos de conduta, havendo o verdadeiro incentivo do Estado à deslealdade e traição entre os autores de uma infração penal, por meio da concessão de um verdadeiro prêmio ao delator.

É temerário negociar com criminosos, oferecendo vantagens legais para alcançar resultados que deveriam ser atingidos pela eficiência investigativa. Ademais, não se pode garantir que as informações que sejam produto de uma traição, não possam ser elas mesmas divorciadas com a verdade.

Isto porque o indivíduo que se revelou capaz de trair seus companheiros de empreitada criminosa, delatando-os, unicamente com o intuito de obter um abrandamento em seu tratamento penal, possui grandes probabilidades de mentir, criar situações e manipular as informações repassadas à Justiça, mormente, quando motivado por benesses.

É de acrescer-se a incongruência no tratamento conferido ao comportamento de traição que, dentro do mesmo ordenamento jurídico, funciona como circunstância que

sempre agrava a pena e qualifica o crime de homicídio, sendo, portanto, prejudicial ao réu, e como fundamento legitimador à concessão de benefícios oriundos da delação.

Em termos procedimentais, é possível afirmar que houve certo avanço com a Lei n.º 12.850/2013, ante a completa inexistência de qualquer regramento anterior para a efetivação da colaboração premiada, o que, não obstante, não impedia a aplicação do instituto, servindo de azo a arbitrariedades.

No entanto, ao definir tal procedimento, a Lei n.º 12.850/2013 desvirtuou por completo a natureza do instituto, bem como, a estrutura jurídica da ação criminal, em lamentável abandono da ordem constitucional e das garantias fundamentais.

A Nova Lei de Organização criminosa, ao permitir que a autoridade policial conduza a iniciativa de um acordo de colaboração premiada, afastando o Ministério Público de precípua sua função constitucional, converte o Delegado em um verdadeiro sujeito processual, ao arrepio do artigo 129, I, da Constituição Federal.

Outrossim, o diploma supramencionado exige a homologação judicial do acordo de colaboração, conferindo ao magistrado poderes para manifestar-se sobre o conteúdo do acordo e, inclusive, adequá-lo ao caso concreto, abandonando sua imparcialidade, característica essencial ao sistema acusatório.

Com efeito, uma das principais críticas à colaboração premiada consiste no valor atribuído à palavra do delator, como prova no processo penal, à luz dos preceitos constitucionais.

A delação consiste na coincidência do ato de confissão do próprio acusado e a incriminação de terceiros, fornecendo às autoridades legais informações úteis na apuração dos fatos criminosos que envolvem uma organização criminosa.

Deste modo, nota-se que, a todo momento, como sujeito de garantias fundamentais, ao acusado é assegurado o direito constitucional de permanecer em silêncio, exercendo a vedação à autoincriminação compulsória, como também é previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Aplicando corretamente os preceitos que orientam o processo penal brasileiro, o interrogatório do acusado, seja em sede inquisitorial quanto em juízo, deve ser interpretado, primeiramente, como um exercício de sua autodefesa. Assim, lhe é plenamente resguardado o direito de não produzir provas contra si mesmo, logo, omitir ou deturpar a verdade.

A compreensão desta consequência necessária à efetivação do direito ao silêncio, por sua vez, esgota as finalidades do instituto da colaboração premiada, uma vez que afasta a palavra do delator do compromisso com a verdade, gerando insegurança à prova produzida por estes meios.

Ocorre que, o artigo 4º, § 14 da Lei 12.850/2013, recordando as matrizes autoritárias do processo penal, ordena que o colaborador renuncie seu direito ao silêncio e preste compromisso legal em dizer a verdade. É profundamente lamentável a postura do legislador que exige a completa renúncia de um direito fundamental. Viola, sem qualquer discussão, a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil.

Nestas linhas, resta nítida a inconcebível tentativa de transformar o colaborador não em uma fonte de prova, como seria possível admitir, mas sim, em um verdadeiro meio de prova, violando desproporcionalmente suas garantias fundamentais.

Ademais, ainda que considerássemos legítima a produção de prova nestes termos, não há como conciliar, sob a ótica do corréu delatado, o pleno exercício de ampla defesa e contraditório. A uma porque Lei estabelece o sigilo sobre a identidade do delator, impossibilitando o acusado de defender-se efetivamente, segundo porque esvazia-se o contraditório à luz da vedação à autoincriminação compulsória, garantida ao colaborador.

No que tange a possibilidade do Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, nos termos do artigo 4º, § 4º da Lei n.º 12.850/2013, faz-se mister ressaltar a completa inconstitucionalidade deste dispositivo.

Cumpra salientar que a gravidade dos delitos perpetrados por organizações criminosas, de plano, já afasta a admissibilidade do Estado flexibilizar seu dever de punição. A ação penal pública, sobretudo nestes crimes, é regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade.

É absurdo conceber que o Estado deixe de exercer seu dever punitivo quando, por meio da edição de um diploma legal, o próprio legislador reconhece a extrema reprovabilidade das organizações criminosas, e com este fundamento, justifica a relativização sobre uma série de direitos fundamentais.

Por certo que a perversidade da criminalidade organizada exige uma postura mais incisiva, com políticas mais modernas de repressão, sobretudo nos aparatos investigativos. É inegável que as novas tecnologias facilitam a atuação dos criminosos, porém, podem também servir a favor do Estado, atendendo aos anseios da população que demanda uma atuação compatível com o Estado Democrático de Direito.

No entanto, é imperioso que, neste árduo combate aos infratores das normas penais, os mecanismos de repressão lançados pelo Estado sejam legítimos e válidos em nosso ordenamento, respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos conforme os parâmetros constitucionalmente e convencionalmente estabelecidos no processo penal brasileiro.

A criminalidade é um fenômeno complexo, composto por diversas causas sociais, econômicas e políticas, de modo que, cada vez mais, a limitação de direitos fundamentais distancia o sistema penal e processual penal brasileiro de obter êxito no combate ao degradante cenário de massificação do crime em nosso país.

Ao revés de atentar para os fatores que, acumulados, contribuem para os elevados índices de criminalidade e insegurança que revoltam a população, o legislador brasileiro concentra seu enfrentamento ao crime com rigorosidade no tratamento penal, ao custo de violações de garantias fundamentais, basilares ao Estado Democrático de Direito.

Com tal fragilidade do sistema de garantias fundamentais, o Estado, com o discurso de que pretende fornecer uma resposta eficaz aos avanços da criminalidade, em

verdade, situa o cidadão em uma posição de maior vulnerabilidade ante a potência desmedida do poder punitivo estatal.

A função do processo penal é filtrar a carga punitiva do Estado. Para este mister servem as garantias constitucionais. Admitir flexibilização destas garantias em um ambiente onde há nítida desproporção entre a força acusatória estatal e a capacidade de resistência de um cidadão, contraria os princípios fundantes de nosso ordenamento.

Ao fim deste estudo, verifica-se que a colaboração premiada possui natureza incontestavelmente inquisitorial, incompatível com o sistema acusatório, constitucionalmente consagrado e pretendido pelo processo penal brasileiro.

Por todo conteúdo produzido, é forçosa a conclusão de que a colaboração premiada, como instrumento especial de obtenção de provas, é inconciliável com o sistema de garantias fundamentais e, por conseguinte, as normas que disciplinam este mecanismo de investigação, nos termos da Lei n.º 12.850/2013 encontram-se ceivadas por inconstitucionalidade e inconvencionalidade. Ofendem o devido processo legal, a imparcialidade do julgador, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa, o direito de permanecer em silêncio, a vedação à autoincriminação compulsória e a vedação às provas ilícitas, princípios também insculpidos em Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Em tempo, permanecem inabaláveis as palavras do filósofo e poeta alemão Friedrich Wilhelm Nietzsche, que já no Século XIX demonstrava conhecimentos avançados à sua época: “Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro. E se você olhar longamente para um abismo, o abismo também olha para dentro de você.”¹³⁸

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹³⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal ou Prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução: Márcio Pugliesi da Universidade de São Paulo. Do original alemão: *Jenseits von gut und böse*. São Paulo: Hemus, 2001.

ALBANESE, Jay S. *Organized Crime in our Times*. 6ª ed. Routledge, 2010.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 133.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa: anotações à Lei 12.850/2013*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 55, p. 5-17, ago./set. 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa. (Lei n. 12.850/2013)*. São Paulo: Saraiva. 2014

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2016.

_____. *Decreto-Lei Nº 2.848, De 7 De Dezembro De 1940. (Código Penal)*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 15 de outubro de 2016.

_____. *Decreto-Lei Nº 3.689, De 3 De Outubro De 194 (Código de processo penal)*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em 16 de outubro de 2016.

_____. *Lei Nº 12.850, De 2 De Agosto De 2013. (Lei de Organizações Criminosas)*. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em 16 de outubro de 2016.

_____. *Decreto Nº 5.015, De 12 De Março De 2004. (Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional)*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm Acesso em 16 de outubro de 2016.

_____. *Lei Nº 8.072, De 25 De Julho de 1990. (Lei de crimes hediondos)* Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em 16 de outubro de 2016.

_____. *Lei Nº 9.807, De 13 De Julho De 1999.. (Lei de proteção à vítima e testemunha ameaçada)* Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm Acesso em 16 de outubro de 2016.

_____. *Lei Nº 6.368, De 21 De Outubro de 1976. (Antiga Lei de Drogas)* Disponível https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm. Acesso em 16 de outubro de 2016.

_____. *Lei Nº 7.492, De 16 De Junho De 1986. (Lei de crimes contra o sistema financeiro)* Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em 16 de outubro de 2016

COSTA, Renata Almeida da. *Lei 9.034/95 - lei de combate ao crime organizado: breve análise político-criminal sob o referencial histórico-jurídico*. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 89-100, mai./ago. 2001

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: www.direitoshumanos.usp.br.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O conceito de crime organizado na Lei 9.034/95*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 31, p. 03, jul. 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1995.

_____. *Derechos y Garantias. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: Dicionário da Língua Portuguesa*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal, 1º vol*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. *Um difícil processo de tipificação*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: 1994.

_____. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1994.

GOLDSCHIMDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935. Apud, LOPES JUNIOR, Aury.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; Fernandes, Antonio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Coordenador e autor responsável. *Lei de Drogas comentada*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Crime organizado: o que se entende por isso depois da lei n. 10.217, de 11.04.2001 - apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da lei n. 9.034/95*. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 2, n. 11, p. 9-16, dez./jan. 2001/2002

GONÇALVES, Vinícius Abdala. *O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional*. Rio de Janeiro. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM, n. 12, v.3, 1995.

IBÁÑEZ, Andrés Perfecto. *Garantismo y Proceso Penal*. In: *Garantismo y Proceso Penal*. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2. Granada, 1999. JESUS, Damásio Evangelista de. *Estágio atual da “delação premiada” no direito penal brasileiro*. In: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano VI, n. 36, Porto Alegre, fev.-mar./2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Perdão judicial - colaboração premiada: análise do art. 13 da Lei 9807/99: primeiras idéias*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.82, p. 4-5, set. 1999 .

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. Único, 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MESSA, Ana Flávia. CARNEIRO, José Reinaldo. *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o Crime Organizado*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: 1998.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal ou Prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução: Márcio Pugliesi da Universidade de São Paulo. Do original alemão: *Jenseits von gut und böse*. São Paulo: Hemus, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Atualização da 173ª edição do curso de processo penal em virtude da Lei n- 12.850/13*. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ANEXOS/INF_264_Organizacoes_criminosas_pacelli.pdf. Acesso em 11.11.2016.

PINTO, Ronaldo Batista. *A colaboração premiada da Lei n° 12.850/2013*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 10, n. 56, p. 24-29, out./nov. 2013

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2010. –

_____. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006.

_____. *Transação Penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 13. Fev./2006.

RASCOVSKI, Luiz. *A (in)eficiência da delação premiada*. In: Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal - ASF. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011.

ROSSETTO, Patricia Carraro. *Criminalidade organizada: considerações sobre a Lei 9.034, de 03.05.1995*. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 255-294, jan./jun. 2011

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. *A Lei 12.850 e a nova redação do art. 288 do Código Penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 255, p. 15-17, fev. 2014

SUANNES, Adauto Alonso S. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. *Apud*, LOPES JUNIOR, Aury.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*, vol. 4. Bahia: JusPodvm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. 1928 - *Processo penal*. 34ª Ed. rev. de acordo com a Lei n.º 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.