

A DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL: CRÍTICAS À AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO LEGAL PENSADAS A PARTIR DO EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES¹

SUMÁRIO: Introdução – 1 A delação premiada – 1.1 Generalidades – 1.2 Uma breve análise do direito comparado – 1.2.1 Direito Italiano – 1.2.2 Direito Norte-Americano – 1.2.3 Do Direito Alemão – 1.2.4. Do Direito Espanhol – 2 A delação premiada no Brasil – 2.1 Noções introdutórias – 2.2 Histórico e evolução legislativa – 2.3 Os benefícios legais – 2.4 A ausência de procedimento legal – 2.5 A construção de “regras procedimentais” pelos Tribunais Superiores – 3 Críticas à ausência de procedimento legal pensadas a partir do exame da jurisprudência dos Tribunais Superiores – 3.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 3.2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – 3.3 A omissão legislativa e a problemática verificada na construção de “regras procedimentais” pelos Tribunais Superiores – Considerações finais – Referências.

Vanessa Urquiola do Nascimento²

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a delação premiada no Brasil especialmente no que diz respeito à ausência de procedimento legal, o tratamento concedido pelos Tribunais Superiores com vistas a suprir tal lacuna e as críticas decorrentes desse cenário. Para tanto, entendeu-se necessário a abordagem do direito comparado, do direito brasileiro e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com vistas à realização de um juízo crítico motivado acerca da problemática exposta.

Palavras-chave: delação premiada – colaboração premiada – colaboração com a justiça

ABSTRACT

This study aims to analyze the whistleblower award (“plea bargaining”) in Brazil especially with regard to the absence of legal procedure, the treatment accorded by the Courts in order to overcome this gap and criticism arising from this scenario. To this end, it was considered necessary approach of comparative law, the Brazilian law and jurisprudence from the Supreme Court and the Superior Court of Justice with a view to achieving a critical judgment about the problems exposed motivated.

¹Artigo apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Advogada. Mestranda em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: vanessaurquiola1@hotmail.com

Keywords: whistleblower award – brazilian “plea bargaining” - winning collaboration - collaboration with the justice

INTRODUÇÃO

A pesquisa em apreço se destina a analisar a delação premiada no Brasil, especialmente no que diz respeito à inexistência de procedimento legal para a sua realização e as conseqüências negativas advindas dessa omissão legislativa, verificadas por meio do exame dos julgados das Cortes Superiores brasileiras.

Visando à formação de juízo crítico fundamentado, ter-se-á como ponto de partida a explanação dos aspectos gerais do instituto e do direito comparado, com uma breve análise dos sistemas italiano, norte-americano, alemão e espanhol, de modo a avaliar a situação de outros países quanto à eficácia do instituto.

Num segundo momento, a delação premiada será abordada especificamente no contexto brasileiro, de modo que seja possível tornar conhecidos seu histórico e sua estrutura básica de funcionamento no país, principalmente no que tange à problemática advinda da ausência de procedimento legal para a sua eficaz aplicação.

Por fim, justamente atendendo a essa situação, buscou-se, na leitura das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a formação de críticas decorrentes das implicações práticas ocasionadas pela falta de regramento, pelo legislador ordinário, do *modus operandi* na postulação, averiguação e (não) concessão do benefício em tela.

1 A DELAÇÃO PREMIADA

Antes de se adentrar nas peculiaridades da delação premiada no caso brasileiro, considerou-se importante, primeiramente, contextualizá-la globalmente e estudá-la na realidade dos países em que o seu uso influenciou fortemente a adoção do instituto pelo Brasil no combate ao crime.

É o que se propõe a partir de então. Vejamos.

1.1 GENERALIDADES

Inicialmente, cumpre referir a origem etimológica do verbete delação, que, segundo Walter Barbosa Bittar³, em obra diferenciada sobre o assunto, tem origem no vocábulo latim *delatione*, que significa delatar, denunciar, revelar etc.

O autor aponta para distinção semelhante realizada também por Luiz Flávio Gomes⁴, no que se refere aos dois significados embutidos na palavra delação.

Para Bittar⁵, o primeiro sentido possível traria a ideia da realização de mera denúncia, é o que Gomes⁶ trata como colaboração, e não delação. Já o segundo, além do ato de delatar, apontando outrem como coautor ou partícipe de um delito, teria como pressuposto também a auto-incriminação.

Este último conceito é o que se adequa à figura do delator espanhol, italiano e brasileiro, por exemplo. Contudo, nos dois últimos casos, há que se fazer referência que a delação será considerada para fins de prova, ainda que não haja a assunção de culpa pelo delator, quando houver o envolvimento de organizações criminosas. Acredita-se que a exceção é concedida em razão da forte ameaça que a atividade criminosa desses grupos pode causar ao poder estatal.

No Brasil, é Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia⁷ quem atenta para essa excepcionalidade, ressaltando que mais adequado seria o termo colaboração, e não delação premiada, além de que lacunosa é a lei, sendo a doutrina e jurisprudência os instrumentos que de certa forma constroem as “regras procedimentais” do instituto ora estudado. Por outro lado, na Itália, verificas-se recomendação do conselho europeu nesse sentido, conforme observado por Bittar⁸.

Outrossim, na Espanha, recente alteração legislativa, a L. O. nº 15, de 25 de novembro de 2003, retirou o requisito da necessidade de confissão dos fatos para a validade da delação em se tratando do delito de tráfico de drogas.⁹

No mais, deixadas as considerações mais específicas para o próximo ponto, há que se ter como aspecto comum aos ordenamentos jurídicos citados, incluindo-se o alemão, que a delação surge de forma a auxiliar o Estado na obtenção de provas em

³ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 04.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. Corrupção Política e Delação Premiada. In: **Revista Magister**. Porto Alegre, p. 108, n. 07, ago./set. 2005.

⁵ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 04-05.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. Corrupção Política e Delação Premiada. In: **Revista Magister**. Porto Alegre, p. 108, n. 07, ago./set. 2005.

⁷ MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado**: anotações à lei 9.034/1995 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1997, p. 110-111.

⁸ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 05.

⁹ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 10.

busca de uma possível condenação criminal, possibilitando ao delator alguma vantagem no cumprimento da pena ou até mesmo a isenção de sua responsabilidade, daí o motivo da adjetivação “premiada”.

Acerca disso, Gomes¹⁰ ressalta a existência de uma relação direta entre a supracitada benesse e a “falência” da atividade investigativa. Em outras palavras, quanto mais se socorre ao instituto ora estudado, mais “falida” se mostra a estrutura investigativa estatal, até mesmo em razão da questão ética envolvida, muito discutida pelos doutrinadores nacionais.

1.2 UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

Em que pese o foco da pesquisa seja a delação premiada no Brasil, optou-se pela realização de uma breve análise do benefício no direito comparado, considerando, dentre outros motivos, que: a) o objetivo na utilização de referido instrumento é comum em todos os países que o adotam, mudando apenas os meios empregados para alcançá-lo; e que, b) a legislação brasileira é absolutamente omissa quanto à forma de proceder nessa hipótese, podendo o direito estrangeiro servir de “fonte inspiradora” para uma melhor aplicação do instituto no ordenamento jurídico nacional.

Com base nisso, passar-se-á, na sequência, ao breve exame do Direito Italiano, do Direito Norte-Americano, do Direito Alemão e do Direito Espanhol, todos escolhidos em razão da influência no ressurgimento da delação premiada no Brasil e da forte tradição jurídica.

1.2.1 Direito Italiano (*pentitismo*)

Na Itália, a delação, lá denominada *pentitismo*, surge com a Lei *Misure per la Difesa dell Ordinamento Costituzionale*¹¹, em face da Máfia, organização que, apesar de surgir apenas como um movimento de resistência ao império do rei Nápoles, a partir da segunda metade do século XX, passa a se dedicar à prática de atividades criminosas.¹²

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. Corrupção Política e Delação Premiada. In: **Revista Magister**. Porto Alegre, p. 108, n. 07, ago./set. 2005.

¹¹ GOMES, Geder Luiz Rocha. **A delação Premiada em sede de Execução Penal**. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 mai. 2012.

¹² SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 21.

Frisa-se, consoante anota Bittar¹³, que, diferentemente do que ocorre no Brasil, o instituto em análise no Direito Italiano possui regramento completo sobre o tema, que parte do direito material até o direito penitenciário, sendo esta a razão de sua eficácia no combate ao crime organizado.

Por oportuno, a título de esclarecimento, insta mencionar que além da figura do *pentito*, traduzido pelo vocábulo arrependido, outras duas formas são utilizadas como sinônimos, porém com ele não se confundem, que são: o *dissociati* (dissociado) e o colaborador de justiça.¹⁴

Acerca disso, Eduardo Araújo da Silva¹⁵ assevera que: quanto ao dissociado, o registro de seu surgimento remonta à Lei nº 34/87 e teria como alvo as organizações terroristas ou aquelas consideradas subversivas da ordem estatal, aqui, exigiam-se do dissociado, além de informações sobre o grupo organizado, também a ruptura da ideologia política que originava o seu comportamento delituoso; e, quanto ao colaborador, previsto na Lei nº 82/91, para o enquadramento como tal bastava a prestação de informações úteis às autoridades investigativas, não havendo qualquer vínculo do indivíduo com a prática delitiva.

1.2.2 Direito Norte-Americano (*plea bargaining*)

De acordo com Albert W. Alschuler¹⁶, a delação premiada no sistema norte-americano oficialmente teria surgido sob a denominação *leniency program* (programa de leniência), relacionando-se estritamente com o integrante de cartel que realizasse o acordo com a autoridade antitruste local antes de iniciada qualquer investigação.

Segundo José Alexandre Marson Guidi¹⁷, a possibilidade de que o acusado dispõe para colaborar com a justiça nos Estados Unidos está inserida no denominado *plea bargaining*, que se traduz pela faculdade que tem a acusação de negociar a culpa do acusado com ele próprio e a sua defesa, mediante a formalização de acordo a ser homologado pelo julgador. Frisa-se que ao magistrado caberá o reduzido papel de verificar a voluntariedade do ato, entendida aqui como a capacidade cognitiva do

¹³ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 14-15.

¹⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 79.

¹⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 79.

¹⁶ ALSCHULER *apud* BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 17.

¹⁷ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada**: no combate ao crime organizado. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006, p. 105.

acordante e a possibilidade de cumprimento dos termos acordados pelo Estado, nos termos da exigência prevista na *Rule II da Federal Rules of Criminal Procedure*¹⁸.

Bittar¹⁹ afirma que a intensificação de tal prática no ordenamento norte-americano é verificada somente após a Guerra Civil, ainda assim de modo tímido e com a resistência dos Tribunais de Segunda Instância. Todavia, registra que o crescimento dessas negociações foi favorecido por três fatores peculiares. São eles: a) o reconhecimento em várias jurisdições, no ano de 1878, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que autorizava à acusação, ao invés do juiz, permitir, à luz das demais provas dos autos, a troca do testemunho de um coautor ou partícipe por imunidade²⁰; b) a crescente corrupção política entre os advogados, promotores e juízes; e, c) a ajuda dos agentes policiais em busca de fama por meio do aumento na resolução de casos.

Apesar de tamanha mobilidade no sentido de se aceitar o *plea bargaining* como uma prática válida, somente em 1970 é possível se falar numa consolidação do pensamento da Suprema Corte nesse sentido. Isto se deve às inúmeras decisões favoráveis a essa aceitação. Exemplificando, apontam-se os seguintes precedentes: “North Carolina v. Alford”, 4000 U.S. 25 (1970), “Brady v. United States”, 397 U.S. 742 (1970), “McMann v. Richardson”, 397 U.S. 759 (1970), “Parker v. North Carolina”, 397 U.S. 790 (1970)²¹.

Atualmente, foram identificadas por José Alberto Sartório de Souza²² duas modalidades de *plea bargaining*: a) a explícita ou formal, a ser explicada mais detalhadamente adiante, em razão de sua maior peculiaridade; e, b) a implícita ou informal, na qual há uma aplicação de pena mais branda com a confissão do acusado, independentemente de qualquer negociação. Neste último caso, entende-se que não há uma delação premiada tal qual como prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim o reconhecimento do instituto que, no nosso país, recebe o nome de atenuante.

¹⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p. 115.

¹⁹ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 26.

²⁰ ALSCHULER *apud* BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 26.

²¹ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 26.

²² SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, fasc. 2. Belo Horizonte, p. 264 e 266, dez. 1998.

Por fim, ainda, quanto a primeira classificação, o autor supracitado²³, bem como Aaron Larson²⁴, a subdividem em: a) *sentence bargaining*, relacionada à postulação pela acusação da aplicação de uma pena menor; b) *charge bargaining*, na qual há a mudança da capitulação do delito originário pelo Promotor para um de menor gravidade; e, c) mista, que mescla os dois institutos anteriores.²⁵

1.2.3 Direito Alemão (*Kronzeugenregelung*)

No Direito Alemão a figura a delação premiada é conhecida como “Testemunho da Coroa” (*Kronzeuge*) ou “Regras do Testemunho Principal ou da Coroa” (*Kronzeugenregelung*).²⁶

O benefício em apreço é concedido ao acusado que colabora com a justiça, auxiliando o Estado a impedir a prática de ações criminosas. O prêmio pode se dar na forma de perdão judicial ou diminuição da pena.²⁷

Guidi²⁸ acrescenta ainda que cabe ao juiz aplicar ou não o instituto ora analisado, diferentemente do *plea bargaining* nos Estados Unidos, em que a negociação se dá por intermédio da acusação. Todavia, se por circunstâncias alheias à vontade do delator, que de fato se empenhou na tentativa de evitar a atividade delitiva, não for obtido resultado vantajoso, ainda assim a delação deverá ser aplicada.

Gonçalo Farias de Oliveira Júnior²⁹ apurou as seguintes previsões no Código Penal alemão: o arrependimento *post delictum*, quando a ajuda do agente é exitosa, evitando, portanto, a ocorrência do delito; e o benefício da colaboração não impeditiva do resultado, que se traduz pelo auxílio em que haja a mera diminuição do perigo. Ainda, o autor cita a Lei de 09 de junho de 1989, que prevê a não persecução penal do agente que presta informações para esclarecer a autoria ou a materialidade do delito de

²³ SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, fasc. 2. Belo Horizonte, p. 264, dez. /1998.

²⁴ LARSON, Aaron. **How does plea bargaining work?** Disponível em: <www.expertlaw.com>. Acesso em: 16 maio 2012.

²⁵ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 27.

²⁶ SALAS, Luis R. J. “*El arrepentimiento colaborador de la justicia. Una figura perversa*”. Disponível em: <www.mpd.gov.ar/General/Trabajos>. Acesso em: 15 maio 2012.

²⁷ GOMES, Geder Luiz Rocha. **A delação Premiada em sede de Execução Penal**. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 15 mai. 2012.

²⁸ GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada**: no combate ao crime organizado. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006, p. 109-110.

²⁹ OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. O Direito Premial Brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos. Presidente Prudente. In: **Intertemas Revista do Curso de Mestrado em Direito da Associação Educacional Toledo**, v. 2. Presidente Prudente, p. 274, 2001.

terrorismo ou conexo. Não menos importante, refere-se a Lei de Drogas alemã, que possui cláusula premial específica.

Cumprir referir que atualmente, na Alemanha, a preocupação das denominadas polícias criminais se funda, primordialmente, na questão do terrorismo, sobretudo após os ataques de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, e do crime organizado.³⁰

Nesse contexto, verificou-se, por meio de informativos jurídicos alemães, alteração significativa no Código Processual Penal local, no ano de 2009, que passa a prever a delação para os crimes definidos no § 100, item 2, do supracitado diploma legal³¹, que traz um rol imenso das infrações consideradas graves.³²

1.2.4 Direito Espanhol (*arrepentimiento*)

Na Espanha, o benefício em comento é denominado *arrepentimiento*.

Segundo Bittar³³, a introdução do instituto no Direito Espanhol se deu com a Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio de 1988, que previu a redução parcial ou a extinção da pena no caso de haver a colaboração de participantes do crime de terrorismo com a justiça, o que se deu tanto devido a uma tendência dos países europeus em se preocupar com essa questão como também em razão dos ataques bascos.

Contudo, a previsão de cláusula premial não ficou restrita apenas ao terrorismo, estendendo-se também, com o novo Código Penal (L. O. nº 10, de 23 de novembro de 1995), para o delito de tráfico de drogas e relacionados, não se exigindo nesse caso a confissão dos fatos, mas o abandono voluntário das atividades delitivas e a colaboração ativa para impedir o resultado criminoso ou para obter provas que levem aos demais autores ou que impeçam a atividade ilícita.³⁴

2 A DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

³⁰ PFLIEGER, Klaus; STRIEWISCH, Armin. *Neue Kronzeugenregelung?* In: **Die Kriminal polizei**. Alemanha, n. 24, p. 96, mar. 2006.

³¹ ALEMANHA. *Strafprozeßordnung*. In: *dejure.org*. Disponível em: <dejure.org/gesetze/StPO/100a.html>. Acesso em: 15 maio 2012.

³² STIEBERT, Tom. *Die Kronzeugenregelung*. In: *JuraExamen.Info*. Disponível em: <www.juraexamen.info/die-kronzeugenregelung-nach-%C2%A7-46b-stgb>. Acesso em: 15 maio 2012.

³³ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 08.

³⁴ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 09-10.

Diferentemente de diversos países europeus, a delação premiada no Brasil atualmente está prevista para diversos crimes, se não todos com o advento da Lei nº 9.807/1999, discussão esta que será enfrentada mais adiante.

Outrossim, verifica-se que a ausência de uma regulamentação do procedimento, diferentemente do que ocorre na Itália, vem causando inúmeros problemas tanto para a defesa, que se vê em risco pessoal e sem garantias quanto à conquista do prêmio, como para a acusação, que observa, em muitos casos, na postulação da benesse, um meio de o acusado/réu protelar sua condenação.

A fim de melhor entender o contexto atual brasileiro que se utiliza da delação no combate ao crime, far-se-á uma breve explanação sobre os pontos mais relevantes do instituto, partindo de sua origem até à problemática de eficácia prática que é alvo de questionamento na presente pesquisa.

Veja-se.

2.2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A delação premiada no Brasil foi percebida em dois momentos da história: no Império, com o seu surgimento, que remonta às Ordenações Filipinas (1603-1830³⁵), e, atualmente, com o seu ressurgimento, que remete à promulgação da Lei nº 8.072/1990 (Crimes Hediondos).³⁶

Em razão da questionável ética envolvida, o benefício deixou de ser utilizado no período imperial, reaparecendo somente a partir de 1990, com a Lei supracitada.³⁷

Desde então, foram identificadas as seguintes previsões legislativas sobre o tema, no ordenamento jurídico brasileiro:

- a) Artigo 6º da Lei nº 9.034/1995 (Organizações Criminosas);
- b) Artigo 25, §2º, da Lei nº 7.492/1986 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional - inclusão com a Lei nº 9.080/1995);
- c) Artigos 1º ao 7º, da Lei nº 8.137/1990 (Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo - inclusão com a Lei nº 9.080/1995);
- d) Artigo. 159, §4º, do Código Penal (delito de extorsão mediante sequestro - inclusão com a Lei nº 9.269/1996);

³⁵ PENTEADO, Jaques Camargo. **Delação Premiada**. In: Faria Costa e Silva (Coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. São Paulo: *Quartier Latin*, 2006, p. 643.

³⁶ DOTTI, René Ariel. **A delação e o martírio**: infâmia e glória. *Gazeta do Povo*, 21 abr. 2005.

³⁷ JESUS, Damásio de. Estágio Atual da “Delação Premiada” no Direito Penal Brasileiro. In: **Revista Magister**. Porto Alegre, n. 07, p. 99, ago./set. 2005.

- e) Artigos 1º e 5º da Lei nº 9.613/ 1998 (“Lavagem” de Capitais);
- f) Artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/1999 (Proteção a Testemunha);
- g) Artigo 35-B da Lei nº 8.884/1994 (Infrações contra a Ordem Econômica/CADE - inclusão com a Lei nº 10.149/2000);
- h) Artigo 32, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Importante mencionar que a evolução legislativa acima exposta é um reflexo da crescente preocupação com o avanço da criminalidade considerada mais lesiva, o que leva a crer que a delação prevista na Lei nº 9.807/1999 não se aplica a todos os delitos, mas só aqueles considerados mais graves. É esse o entendimento que deve prevalecer, considerando que, apesar de tal previsão não especificar os delitos abrangidos, o artigo 13, parágrafo único, traz em seu bojo a necessária consideração da gravidade do fato criminoso para a concessão da figura premial. Logo, estará o juiz, portanto, vinculado a essa observância, dentre outras, *ex vi* do Princípio da Legalidade.

Todavia, em relação ao prêmio do artigo 14, que trata da redução da pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços), compreende-se que, em que pese o intuito notável do legislador em premiar colaboradores de crimes mais lesivos, aplicável a todos os delitos, em favor da interpretação mais benéfica ao acusado/réu na ausência de qualquer restrição legal.

2.3 OS BENEFÍCIOS LEGAIS

Consoante observa Bittar³⁸, quatro são os possíveis benefícios previstos para o delator: a não aplicação da pena; a diminuição de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da pena; cumprimento inicial da pena em regime aberto; e, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O autor ressalta que, em face da inexistência de regulamentação para graduar a benesse a ser concedida, deve-se utilizar como parâmetro os aspectos previstos no artigo 13, parágrafo único, da Lei nº 9.807/1999 (Proteção a Testemunhas), que são: personalidade favorável à obtenção do prêmio, além da primariedade, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.³⁹

2.4 A AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO LEGAL

³⁸ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 167.

³⁹ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 167.

Diferentemente do *pentitismo*, a delação no molde brasileiro carece de previsão acerca de seu procedimento, deixando para a doutrina e a jurisprudência essa difícil missão.

É nessa seara de incertezas que alguns problemas surgem, como bem observa a Procuradora Regional da República Carla Veríssimo de Carli, ao narrar que, em vista disso, soluções diversas podem ser dadas para um mesmo caso, a depender do juiz. Como exemplos, a autora traz os seguintes questionamentos práticos acerca da modalidade premial: quem poderá propô-la? Necessária a concordância do Ministério Público? Até quando poderá ser realizada? Como deve ser feito o controle do acordo? Dentre várias outras dúvidas percebidas na práxis⁴⁰.

Frente a isso, a jurisprudência age na tentativa de solucionar tais questões.

Observa-se.

2.5 A CONSTRUÇÃO DE “REGRAS PROCEDIMENTAIS” PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em vista desse cenário, os juízes e os Tribunais se vêem obrigados a decidir no decorrer do processo de que forma conduzir a delação premiada. Assim, a jurisprudência passa a criar “regras procedimentais” para o benefício ora analisado. Isso porque, em que pese os julgadores de primeira instância e até mesmo os Tribunais de segundo grau julguem de forma diversa a mesma questão, a tendência é uma padronização quando a apreciação se dá nas Instâncias Superiores.

3 CRÍTICAS À AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO LEGAL PENSADAS A PARTIR DO EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Propõe-se nesse tópico a realização de críticas à inexistência de legislação brasileira que institua regras procedimentais para a concessão da delação premiada.

Em vista disso, necessário então passar ao exame de todas as decisões das Instâncias Superiores relacionadas ao instituto, para, após elencá-las, identificar quais são as decisões que remetem à falta de procedimento legal ora criticada.

⁴⁰ CARLI, Carla Veríssimo de. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 17-18, nov., 2009.

É o que se pretende a partir de então.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em pesquisa exaustiva à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, identificaram-se as seguintes insurgências relacionadas ao instituto:

- a) Alegação de imparcialidade do julgador que participou da delação não aceita, eis que taxativas as hipóteses do artigo 252 do Código de Processo Penal;⁴¹
- b) Obrigatoriedade do exame do grau de relevância da delação pelo julgador para fins de diminuição de pena;⁴²
- c) Inadmissão da oitiva de corréu como testemunha ou informante, a exceção do corréu colaborador;⁴³
- d) Possível a oitiva de corréus colaboradores, porém na qualidade de informantes, e não testemunhas, bem como para ter valor probante necessita corroborar outras provas contidas nos autos;⁴⁴
- e) Necessária a preservação do sigilo, acesso restrito às informações, com o fim de proteger coautores e partícipes que se oferecerem para fazer a delação;⁴⁵
- f) Pedido negado para ter acesso ao acordo, porém reconhecido o direito de saber quais os membros participaram da delação, em vista de fundadas suspeitas de impedimentos dos membros do Ministério Público (Caso Banestado);⁴⁶
- g) Negado o pedido de rejeição da denúncia por ter sido a delação questionada à luz do Princípio da indivisibilidade da ação penal (Caso “Mensalão”);⁴⁷
- h) Impossibilidade de extensão da delação para o corréu delatado.⁴⁸

3.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

⁴¹ STF, HC 97553 / PR.

⁴² STF, HC 99736 / DF.

⁴³ STF, AP 470 AgR-sétimo / MG.

⁴⁴ STF, AP 470 QO3 / MG.

⁴⁵ STF, HC 90321 / SP.

⁴⁶ STF, HC 90688 / PR.

⁴⁷ STF, Inq 2245 / MG.

⁴⁸ STF, HC 85176 / PE.

Também em pesquisa exaustiva à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verificaram-se os seguintes questionamentos relacionados à modalidade premial em apreço:

- a) Ausência de prova quando delação for o único meio incriminador e delator é opositor político;⁴⁹
- b) Fração da delação deve vir fundamentada quando não aplicada a máxima redução, além de não poder servir como único meio de prova para o decreto condenatório;⁵⁰
- c) Não concessão da delação por irrelevância das informações prestadas;
- d) Possibilidade de aplicar simultaneamente a atenuante da confissão (2ª fase de fixação da pena) e a minorante da delação (3ª fase de fixação da pena), pois aplicação se dá em momentos distintos, bem como a colaboração poderá ocorrer após a prisão;⁵¹
- e) Delação negada por ausência de contribuição para a revelação de coautores e partícipes, bem como em razão de o pretense delator se dedicar à atividade criminosa;⁵²
- f) Inexistência de nulidade quando delator e delatado possuem a mesma defesa. O conflito existirá apenas se a culpa de um excluir a do outro;⁵³
- g) Fazer *jus* ao benefício implica que réu deve ter participado do mesmo delito dos coautores ou partícipes delatados;⁵⁴
- h) Delação pressupõe que pretense delator perpetre conduta em concurso de pessoas;⁵⁵
- i) No crime de extorsão mediante seqüestro (artigo 159, § 4º, do Código Penal), a delação deverá influenciar na soltura da vítima;⁵⁶
- j) A delação da Lei dos Crimes Hediondos demanda a existência e o desmantelamento de quadrilha ou bando;⁵⁷
- k) Cerceamento de defesa inexistente pela presença de pedido subsidiário de delação em relação à negativa de autoria;⁵⁸

⁴⁹ STJ, QO na APn 514 / PR.

⁵⁰ STJ, HC 97509 / MG.

⁵¹ STJ, HC 84609 / SP.

⁵² STJ, HC 84609 / SP.

⁵³ STJ, HC 124037 / MS.

⁵⁴ STJ, HC 123380 / DF.

⁵⁵ STJ, HC 99422 / PR.

⁵⁶ STJ, HC 107916 / RJ.

⁵⁷ STJ, HC 41758 / SP.

⁵⁸ STJ, HC 40157 / RJ.

- l) Com o advento da Lei nº 9.269/96, tornou-se despicendo, para a incidência da redução prevista no artigo 159, §4º, do Código Penal, que o delito tenha sido praticado por quadrilha ou bando, bastando, para tanto, que o crime tenha sido cometido em concurso, observados, porém, os demais requisitos legais exigidos para a configuração da delação premiada;⁵⁹
- m) A minorante da denominada delação premiada, por ser circunstância, e não elementar, é incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas;⁶⁰
- n) Apenas aqueles que celebraram os acordos de delação premiada – ou seja, os colaboradores e o Ministério Público Federal detêm legitimidade para questionar os seus termos, caso contrário a impugnação só poderá se realizar nos autos das ações penais em que estes, porventura, tiverem sido utilizados como provas.⁶¹

3.3 A OMISSÃO LEGISLATIVA E A PROBLEMÁTICA VERIFICADA NA CONSTRUÇÃO DE “REGRAS PROCEDIMENTAIS” PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em face da omissão legislativa acerca dos meios de realização da delação, vários questionamentos são levados aos Tribunais Superiores na tentativa de evitar prejuízos decorrentes de possíveis erros cometidos por juízes e pelos Tribunais. Ver-se-á que até mesmo as decisões das Cortes mencionadas, à luz dos princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, são equivocadas. Daí a urgente necessidade de uma mínima vinculação procedimental pelo Princípio da Legalidade.

Inicialmente, entende-se que embora a tendência seja a uniformização de entendimento pelas Instâncias Superiores, nem sempre isso ocorre, o que dá margem a uma total insegurança jurídica.

Que garantias o delator terá, por exemplo, ao revelar o conhecimento da coautoria ou da materialidade de determinado crime? É o que se observou acima, a não concessão da delação por ter sido ela considerada ineficaz. Mas o que seria satisfatório? A Lei nº 8.072/1990 (Crimes Hediondos) traz em seu bojo a exigência de

⁵⁹ STJ, HC 33803 / RJ.

⁶⁰ STJ, HC 33833 / PE e REsp 418341 / AC.

⁶¹ STJ, HC 195797/PR.

desmantelamento da quadrilha ou bando, assim como o delito previsto no artigo 159, §4º, do Código Penal (extorsão mediante seqüestro) exige que a colaboração resulte na soltura da vítima, porém como ficam àquelas legislações que silenciam quanto à matéria? O que o juiz deve considerar revelador? Eis o problema.

De mesmo modo, que garantia a acusação terá de que tal revelação será útil e não meramente protelatória?

Os colaboradores devem ser ouvidos como testemunhas ou informantes? Alguns julgadores fazem essa distinção, outros não, conforme exposto no item anterior. E a igualdade de tratamento dada pelo Poder Judiciário ao delatado? Em que pese acreditar que a separação pelo juiz das declarações em ambos os casos seja complicada, entende-se que oportuna a observação por não poder ele fundamentar uma condenação com base nas alegações de um mero informante.

Outro ponto extremamente interessante é o que remete ao julgado nº HC 124037/MS, do STJ, que considera não existir nulidade quando a defesa do delator e do delatado é a mesma, desde que coerentes. Ora, entende-se, nesse caso, pela impossibilidade de tal situação, em face da presumida violação do Princípio do Devido Processo Legal, prevista no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Além do caso acima, seria imperiosa previsão legal acerca da motivação da decisão que aplica a mínima fração da redução premial? Acredita-se que em ambos os casos não, pois decorrentes de princípios constitucionais norteadores, embora o próprio Superior Tribunal decida contrariamente, consoante se extrai da decisão supracitada. Quanto a este último, a disposição do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna se mostra clara.

Que situações então demandariam uma regulamentação? Como defini-las? Justamente em vista desse questionamento é que se acredita fortemente que imperioso se faz um estudo do tema pelos juristas e recomendações para o legislador ordinário, na tentativa de identificar as carências do Processo Penal.

Crê-se que a indagação sobre que partes podem ter acesso ao acordo é primordial para quem está sendo delatado e para o delator, que se vê em risco por denunciar o coautor e evidenciar a materialidade do delito. Logo, conclui-se que esse é um dos aspectos que clama por uma mínima padronização, a fim de se evitar qualquer violação de direitos.

Além disso, até que ponto o magistrado que realiza a delação teria condições de julgar o delator ou o delatado? O entendimento do STF pouco diz ao negar o reconhecimento de suposta imparcialidade com fulcro na sustentada taxatividade do

artigo 252 do CPP (HC nº 97553 / PR). Isso porque é sabido que tal dispositivo obstaculiza uma justa prestação da atividade jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propôs-se, a partir do exposto, uma reflexão crítica acerca ausência de procedimento legal na delação premiada pensada a partir dos problemas observados nos julgamentos das Instâncias Superiores.

Com este objetivo, a abordagem inicial do direito comparado se deu com o intuito de se identificar a eficácia das legislações de outros países no que tange à aplicação da delação premiada, merecendo destaque a Itália, por possuir um amplo aparato de leis que disciplinam o instituto, o que, como visto, em muito contribui para o sucesso na resolução de crimes.

Por meio da explanação dos principais aspectos dessa colaboração no direito brasileiro foi possível contextualizá-la e melhor compreendê-la, de modo que as críticas decorrentes da falta de regras procedimentais fossem facilmente realizadas e embasadas.

Por último, a partir da análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores, identificaram-se os principais pontos de divergência acerca de *modus operandi* da delação premiada, o que, por conseguinte, permitiu a realização de um juízo crítico acerca da lacuna legislativa atualmente existente.

A partir de toda a exposição, concluiu-se que, apesar do esforço do Poder Judiciário na tentativa de resolver as peculiaridades práticas do processamento do instituto em exame, imprescindível se faz uma regulamentação legal sobre o tema, com vistas a assegurar à defesa e à acusação o regular prosseguimento do feito e o resguardo da segurança jurídica, tão fundamental no Estado democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *StrafprozeBordnung*. In: *dejure.org*. Disponível em: <dejure.org/gesetze/StPO/100a.html>. Acesso em: 15 maio 2012.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, 264 p.

CARLI, Carla Veríssimo de. Delação premiada no Brasil: do quê exatamente estamos falando? *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 16-18, nov., 2009.

DOTTI, René Ariel. **A delação e o martírio:** infâmia e glória. *Gazeta do Povo*, 21 abr. 2005.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A delação Premiada em sede de Execução Penal.** Disponível em: <www.lfg.com.br>.

GOMES, Luiz Flávio. Corrupção Política e Delação Premiada. *In: Revista Magister*. Porto Alegre, p. 108-109, n. 07, ago./set. 2005.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação Premiada:** no combate ao crime organizado. Franca/SP: Lemos e Cruz, 2006, 204 p.

JESUS, Damásio de. Estágio Atual da “Delação Premiada” no Direito Penal Brasileiro. *In: Revista Magister*. Porto Alegre, p. 98-102, n. 07, ago./set. 2005.

LARSON, Aaron. **How does plea bargaining work?** Disponível em: <www.expertlaw.com>.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado Desorganizado contra o Crime Organizado:** anotações à lei 9.034/1995 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1997, 152 p.

OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. O Direito Premial Brasileiro: breve excursus acerca dos seus aspectos dogmáticos. Presidente Prudente. *In: Intertemas Revista do Curso de Mestrado em Direito da Associação Educacional Toledo*, v. 2. Presidente Prudente, 2001.

PENTEADO, Jaques Camargo. **Delação Premiada.** *In: Faria Costa e Silva (Coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais.* São Paulo: *Quartier Latin*, 2006.

SALAS, Luis R. J. “*El arrepentimiento colaborador de la justicia. Una figura perversa*”. Disponível em: <www.mpd.gov.ar/General/Trabajos>. Acesso em: 15 maio 2012.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime Organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, 179 p.

STIEBERT, Tom. *Die Kronzeugenregelung*. In: **JuraExamen.Info**. Disponível em: www.juraexamen.info/die-kronzeugenregelung-nach-%C2%A7-46b-stgb/. Acesso em: 15 maio 2012.

SOUZA, José Alberto Sartório de. *Plea bargaining*: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. In: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, fasc. 2. Belo Horizonte, dez. 1998.