



ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

CRITICAL ANALYSIS OF PLEA BARGAINING IN COMBATING ORGANIZED CRIME

Ricardo Zanon Kuiawinski¹

RESUMO: Com o passar dos anos, o crime organizado aumentou de forma considerável, sendo que as técnicas de investigação para concretizar a verdade real, tais como: prova testemunhal, documental, pericial, busca e apreensão além da própria interceptação telefônica não foram suficientes para combater a criminalidade crescente. Assim sendo, o Estado optou por se aliar ao próprio delinquente para conseguir informações acerca de determinada organização criminosa, dando-lhe em troca de tais informações, prêmios, sendo estes a diminuição da reprimenda legal, além de dar-lhe tutela pois os outros delinquentes que foram entregues pelo seu comparsa iriam inevitavelmente se vingar do chamado “dedo-duro”. Salienta-se com isso para o fato de que a delação premiada além de ser usada no direito comparado, já era usada desde épocas remotas, como é o grande exemplo de Judas ter entregue Jesus em troca de céleres moedas.

Palavras-chave: Crime organizado. Delação premiada. Organização criminosa.

Abstract: Over the years , organized crime has increased considerably , and research techniques to realize the real truth , such as testimonial evidence , documentary , expert , search and seizure beyond the own telephone interception were not enough to combat rising crime . Therefore , the State has chosen to combine the very delinquent to get information about certain criminal organization , giving it in exchange for such information, awards , which are the reduction of the legal reprimand , and give you protection as other offenders which were delivered by his partner would inevitably take revenge of the " snitch " .Salienta up with this to the fact that the plea bargaining in addition to being used in comparative law , it was used since ancient times , as is the great

¹ Advogado sob a OAB/RS nº 101.187. Graduado pelo Centro Universitário Franciscano e pós graduado lato sensu em Ciências Penais pela Uniderp-Anhanguera. E-mail: zanonsmz@hotmail.com

example of Judas have delivered Jesus in exchange for speedier currencies.

Keywords:Organized crime.Plea bargaining.Criminal organization .

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A criminalidade se desenvolveu em âmbito nacional, crescendo de forma significativa, não somente na multiplicação da prática de infrações penais, as quais ofendem gravemente bens jurídicos importantes não somente das pessoas, conquanto bens jurídicos do próprio Estado. Além de bens jurídicos serem ofendidos de forma massiva, houve a proliferação de pessoas delinquentes que acabaram se unindo, formando grupos, constituindo assim autênticas organizações criminosas que estão se fortalecendo atualmente, ao passo que órgãos de combate à criminalidade estão ficando paulatinamente mais fracos, perdendo o poder que tiveram ao longo dos tempos.

Para combater a fragilidade do próprio Estado, buscou-se uma alternativa que é pouco recomendada que é o Instituto Jurídico da delação premiada, que é um Instituto que obriga o magistrado a conferir recompensa ao delincente que denuncia seu comparsa, quer diminuindo sua pena em eventual condenação, quer de maneira extrema, conferir-lhe o perdão judicial, extinguindo a punibilidade.

Diante desta realidade, pode-se concluir que o Estado se aliou ao criminoso com o fito de combater a criminalidade, tanto que o doutrinador Tourinho Filho citado por Júlio César Mossin(2016, p.30) afirma: *“a delação(traição) premiada revela a incompetência do Estado na luta contra o crime, na ineficiência do sistema de persecução criminal.Vale-se, então, da fraqueza de caráter de determinados indivíduos. A delação premiada é a institucionalização da traição.”*

A possibilidade de a delação premiada ser um instrumento eficaz no combate ao crime organizado é o que será discutido neste trabalho.

1 HISTÓRICO DA DELAÇÃO PREMIADA

O Instituto Jurídico da delação premiada é uma continuidade do que já ocorria na legislação reinal, notadamente no Código Filipino, conforme salienta

o doutrinador Júlio César Mossin(2016, p.30), que irá incidir como já está incidindo, na qualidade de “muleta” auxiliar do Ministério Público. Assim sendo, o Poder Judiciário deve ser bastante equilibrado e diligente para medir e sopesar a verdade real, a realidade e o alcance dessa “traição”, para não cometer erros judiciários.

Em relação ao surgimento da delação premiada no Direito estrangeiro, o Instituto em tela se notabiliza na Itália, a partir de 1970, em que se procurou criar mecanismos com a finalidade de combater o terrorismo e a extorsão mediante sequestro com finalidade terrorista, propiciando uma condenação menos severa a todos aqueles que cooperavam no combate a esse tipo de crime, tidos como “colaboradores da justiça”, desde que fosse cumpridos os requisitos em lei.

Nessa época a imprensa italiana criou o chamado “pentinismo”, com o fito de indicar a figura penal a qual se encontrava expressa no artigo 3º da Lei 304/82. Era assim a alcunha dada ao agente que, na vigência do processo criminal, confessa sua própria responsabilidade em termos de prática delitiva, assim como provia às autoridades notícias úteis objetivando a reconstituição de fatos delituosos aliados notadamente ao terrorismo e a individualização das pessoas que envolveram na respectiva prática delitiva.

Já na década de 1980, na Itália o instituto foi empregado e apelidado de “operação Mãos Limpas”, onde o objetivo era exterminar aquela máfia, sendo certo que em conformidade com a legislação desse país em tela, aquele que consente em colaborar com o desmantelamento de organizações criminosas possui como recompensa a redução da *sanctio legis*.

Nos Estados Unidos, nos anos de 1960, o instituto jurídico da delação premiada foi introduzido mediante a chamada Lei Ricco, sendo certo que a delação em espécie funciona através de um acordo elaborado entre o membro do Parquet e o acusado no que tange à redução da pena quando houvesse condenação, que, posteriormente para que a delação premiada possua eficácia, deve ser homologado pelo magistrado, conforme menciona Júlio César Mossin(2016, p.33).

A exemplo do que se verifica na Itália, a delação premiada também teve sua inclinação voltada para o combate da máfia que, inevitavelmente, revela o crime organizado. Assim é que com a criação de um prêmio, que

consistia na redução da pena e seu cumprimento em estabelecimento penitenciário com regime especial, para aquele réu que delatasse seus companheiros de crime. Os resultados foram positivos, tendo em vista que se conseguiu levar à prisão muitos mafiosos. Diante deste quadro, esse modelo italiano foi usado como exemplo, o que justifica o fato de diversos países usarem.

Um exemplo de um país que utilizou o Instituto Jurídico da delação premiada, tendo a Itália como exemplo foi a Espanha, porque na legislação espanhola os artigos 376 e 579, n.3 possui previsão normativa em torno da delação premiada. Na Espanha, os juízes ou Tribunais pode impor pena inferior a um ano, sempre que o sujeito tenha abandonado voluntariamente suas atividades delitivas e tenha colaborado ativamente com as autoridades ou seus agentes, para impedir a produção de um crime, para obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou para impedir a atuação ou o desenvolvimento de organizações ou associações a que tenha pertencido ou colaborado.

É importante salientar que, o nascedouro da delação premiada, conforme menciona Renato Brasileiro(2015, p. 524), está desde os tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos, como é o exemplo que está na própria Bíblia onde Judas Iscariotes vendeu Jesus pelas céleres trinta moedas. Outro exemplo dado pelo doutrinador inframencionado é Joaquim Silvério dos Reis que denunciou Tiradentes, levando-o à forca.

A origem do instituto jurídico da delação premiada na legislação pátria conforme menciona Júlio César Mossin(2016, p.33) teve seu nascedouro nas Ordenações Filipinas, também chamado de Código Filipino, as últimas da legislação portuguesa, que preponderaram até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830.

Segundo o posicionamento do doutrinador Renato Brasileiro(2015, p.529) a delação premiada teve seu nascedouro no Brasil, após o reconhecimento explícito da ineficácia dos métodos tradicionais de investigação, e, conseqüentemente, da necessidade do Instituto Jurídico da Delação Premiada para a obtenção de informações relevantes para a persecução penal, está diretamente relacionada ao incremento da

criminalidade violenta, a partir da década de 90, voltada aos seguimentos sociais mais importantes e que, até o momento estavam imunes aos ataques mais agressivos tais como: sequestro, roubo a estabelecimentos bancários, sobretudo o crescimento do tráfico de entorpecentes. Assim sendo, várias leis especiais passaram a dispor, então acerca da delação premiada.

É importante salientar para o fato de que antes mesmo da década de 90, a a delação premiada já estava prevista no próprio Código Penal. De fato, sob o manto da atenuante da confissão espontânea, a qual está codificada no artigo 65, III, alínea “b”, do Código Penal, no qual se premia o criminoso que tenha buscado, de forma espontânea e eficaz, logo após o crime, evitar ou minorar as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano causado, institutos jurídicos conhecidos como arrependimento eficaz, previsto no artigo 15 do Código Penal e arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do Código Penal, conforme relata o doutrinador supramencionado.

Na legislação monarca não existia a denominação de delação premiada, mas sim de perdão, o qual na verdade surgiu nas legislações mais modernas, principalmente em nível de Europa e Estados Unidos da América.

Etimologicamente o termo delação possui sua origem no latim: delatio, de deferre, na sua acepção de denunciar, delator, acusar, deferir. Em um primeiro momento, a delação foi na linguagem forense mais propriamente para designar a denúncia de um delito, praticado por pessoa, sem que o denunciante(delator) se mostre parte interessada na sua repressão, feita perante autoridade judiciária ou policial, a quem compete a iniciativa de promover a verificação da denúncia e punição do criminoso. É considerada assim a delação em um sentido pejorativo, haja vista que, em regra, a consideram produto de vingança ou ódio ou qualquer outro sentimento, quando além do desejo do mal, não ocorre a intenção de se conseguirem proventos materiais, legais ou outros benefícios.

Ao lado dessa modalidade de delação, conforme relata Júlio César Mossin(2016, p.33), surgiu um outro seguido do adjetivo “premiado”, que é implicativa de recompensa. Disso resulta que essa modalidade de delação é usada por pessoa envolvida no delito e que possui o objetivo de conseguir o beneplácito de redução ou mesmo isenção das penas respectivas, na dependência de norma disciplinando acerca do assunto.

De uma forma geral, o réu que “entrega” seu comparsa, em determinada situação delituosa possui como prêmio a redução de sua reprimenda legal ou o perdão judicial, extinguindo a punibilidade nessa última hipótese. Guilherme de Souza Nucci, citado por Júlio César Mossin(2016, p.33), relata acerca da delação premiada: *“é um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um desses membros passa a se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade”*.

Assim sendo, o legislador seguindo a orientação da legislação e outros países e do próprio Código Filipino, procurou um mecanismo legal de abrandamento da sanção penal ou perdão para combater os crimes coletivos(concurso necessário ou crime plurissubjetivo) ou cometidos por duas ou mais pessoas(concurso voluntário, eventual ou crimes monosubjetivos), conferindo àquele que delatar seu comparsa um abrandamento na sua sanção penal caso venha a ser condenado.

Segundo o posicionamento de Renato Brasileiro(2015, p.525), a delação premiada é uma técnica especial de investigação através do qual o coautor e/ou partícipe do delito, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações eficazes para concretizar um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Conforme o posicionamento doutrinário de Marcelo Mendroni(2015, p.131), a natureza da delação premiada decorre do princípio do consenso, que é uma variação do princípio da legalidade, pois permite que as partes entrem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do réu que, por qualquer razão, concorda com a imputação. No Brasil, pelo teor da legislação, esta aplicação do princípio do consenso pode atingir aquele que colaborou de forma eficaz com a administração da justiça.

A finalidade da delação premiada é tornar mais eficiente a aplicação da justiça, exatamente nos casos considerados mais graves, os quais ofendem de forma mais agressiva a ordem pública. Assim sendo, é lícito um abrandamento de uma punição pela facilitação da ação da justiça tendo por objetivo acabar com a continuidade ou majoração da prática criminosa de maior intensidade.

O instituto jurídico da delação premiada não configura ofensa ao princípio da proporcionalidade ou da igualdade, conforme salienta Marcelo Mendroni(2015, p.132), em face da aplicação diferenciada da punição contra dois réus que praticaram a mesma conduta, tendo em vista que existe o princípio da individualização da pena, pois cada réu possui sua situação, que são as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Por conseguinte, concomitantemente em que o réu confessa o crime, abrindo mão de seu direito constitucional de permanecer em silêncio, assume o compromisso de ser fonte de prova para a acusação sobre determinados fatos e/ou corréus. É importante salientar para o fato de que a delação premiada não se confunde com confissão, conforme menciona Renato Brasileiro(2015, p. 525), pois na delação premiada, o agente terá direito aos prêmios codificados nos dispositivos legais que tratam da delação premiada apenas quando admitir sua participação no delito e fornecer informações relevantes para a descoberta de fatos dos quais os órgãos incumbidos da persecução penal não possuíam conhecimento prévio, permitindo assim, a depender do fato concreto, a identificação dos demais coautores, localização do produto do crime. Entretanto, caso o acusado se limitar a confessar fatos já conhecidos, reforçando provas preexistentes nos autos do processo, terá direito somente a atenuante da confissão prevista no artigo 65, I, alínea “d”, do Código Penal.

Acrescenta-se a isto ainda para o fato de que a confissão é uma circunstância atenuante, incidindo na segunda fase da dosimetria da pena, ao passo que a delação premiada é uma causa de diminuição da pena, devendo ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena. Inclusive existem precedentes do STJ no sentido de que é possível ter aplicação concomitante desses benefícios legais, porque são de naturezas distintas:

HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N.º 9.807/99. APELAÇÃO. JULGAMENTO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. Ao contrário do que afirma o acórdão ora vergastado, não há impossibilidade de aplicação simultânea da atenuante da confissão, na 2.^a fase de individualização da pena, com a da delação premiada, na 3.^a etapa, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena.

2. Também ao contrário do que afirma o acórdão ora objurgado, preenchidos os requisitos da delação premiada, previstos no art. 14 da Lei n.º 9.807/99, sua incidência é obrigatória.

3. As premissas oferecidas pelo acórdão guerreado – inacumulabilidade da delação premiada com a confissão espontânea, discricionariedade do órgão julgador quanto à aplicação do referido benefício, bem assim necessidade da delação ser efetuada antes da prisão – não são aptas a subsidiar o indeferimento do benefício previsto no art. 14 da Lei n.º 9.807/99, razão pela qual, ante a impossibilidade de valorar os elementos colhidos durante a fase policial, bem como aqueles obtidos durante a instrução processual, na estreita via do habeas corpus, é o caso de se determinar seja procedida nova análise do pleito pelo Tribunal de Justiça estadual.

4. Ordem denegada. Habeas corpus concedido, de ofício, para, mantida a condenação, determinar seja re julgada a apelação defensiva, com a efetiva análise do pedido de aplicação do benefício previsto no art.14, da Lei n.º 9.807/99, afastados os óbices anteriormente levantados pela Corte estadual, decidindo como entender de direito.HC 84.609/SP.

2 A DELAÇÃO PREMIADA EM LEIS PENAIS ESPECIAIS

Partindo para a análise da delação premiada em leis penais extravagantes, é importante salientar que os crimes que se encontram estabelecidos na Lei 8137/90, que são denominados “Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e de outras providências”. De um modo geral, os crimes contra a ordem Tributária, se concentram na atividade de arrecadação da União, Estados e dos Municípios e de certas Autarquias.

Diante disso, em tutela dos interesses da Fazenda Pública, procurou o legislador estabelecer normas sancionatórias objetivando punir o sujeito que faz supressão ou redução de tributos, contribuição social, mediante condutas previamente estabelecidas, as quais dizem respeito à omissão ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias, conforme esta codificado no artigo 1º da lei 8137/90.

Em relação aos crimes contra a ordem econômica há uma multiplicidade de condutas que são incriminadas pelo legislador tais como: abuso do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante ajuste, acordo, aquisição de acervos, coalização, incorporação, fusão ou integração de empresas; concentração de ações, títulos, cotas ou direitos; concessão parcial ou total das atividades da

empresa; impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente; formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes; discriminar preços de bens ou de prestação de serviços ou de prestação de serviços por ajustes ou acordos de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio ou eliminar total ou parcialmente, a concorrência; provocar a oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por qualquer meio fraudulento; vender mercadoria com preço abaixo do custo, com o fim de impedir a concorrência; elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado, conforme está tipificado no artigo 4º da lei 8137/90.

Acrescenta-se a isto ainda para o fato de que o legislador deixou expresso o seguinte comando normativo: *“Artigo 16 - Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”*

É importante salientar que o instituto jurídico da delação premiada seguindo outras previsões legais semelhantes pode compreender crime contra a ordem tributária praticado por quadrilha ou bando ou coautoria(concurso eventual de agentes).

Assevera-se com isto que um dos requisitos para a espécie da delação premiada pressupõe a “confissão espontânea”, ou seja, aquela confissão feita sem nenhum ato coativo, sem o acusado ser “forçado” a nada. Delmanto citado por Júlio César Mossin (2016, p.54) afirma:

A confissão deve ser espontânea, isto é, aquela cuja voluntariedade não se encontra maculada. o agente, por sua livre vontade, sem coação e tampouco induzimento em erro essencial, decide espontaneamente confessar. é irrelevante à configuração da delação o motivo – mais ou menos nobre – que teria levado o agente a confessar. não se exige, pois, que a confissão seja fruto de arrependimento.

Por conseguinte, caso a confissão do coautor ou partícipe, indicando indivíduos que tenham ligação com o delito contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo, for conseguida mediante qualquer meio coativo ou por intermédio de qualquer outro expediente que venha

descaracterizar a voluntariedade, independentemente do resultado conseguido, não terá nenhum efeito, pois toda confissão que não é espontânea, sendo conseguido através de meios coativos é prova ilícita, devendo ser desentranhada do processo, conforme está codificado no artigo 157 do Código de Processo Penal: *“São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais”*.

3 DELAÇÃO PREMIADA NA LEI DE TÓXICOS

É importante salientar para o fato de que a delação premiada também está codificada na lei 11.343/06, em seu artigo 41, no qual relata que, caso o investigado ou réu auxiliar na identificação de outros coautores ou partícipes do crime, bem como ajudar na recuperação parcial ou total do produto, terá sua pena diminuída de 1/3 a 2/3.

A delação premiada poderá se dar tanto em fase inquisitorial, que é a fase onde não existe contraditório e ampla defesa, sendo o agente um objeto de investigação, ou poderá se dar em fase acusatória, com direito ao contraditório e ampla defesa, além do agente ser um sujeito de direitos.

Mister se faz salientar para o fato de que para o investigado ou acusado ter esse prêmio de diminuição da reprimenda legal, deve fornecer elementos que conduzam a autoridade encarregada das investigações ou o próprio Ministério Público, quer no decorrer da fase policial ou no curso da ação penal, elementos estes que são a identificação de outros coautores ou partícipes do delito.

Do ponto de vista léxico, conforme menciona Júlio César Mossin(2016, p. 68), identificar é apontar, assinalar. Para isto, o delator deve identificar que realmente aqueles que foram citados pelo delator, possuam responsabilidade criminal. Esse comportamento deve ser exigido, para evitar falsas delações, pois estes que cometem falsas delações estão utilizando o instituto jurídico da delação premiada única e exclusivamente para conseguir os benelácitos da diminuição da pena. Tanto que a jurisprudência é neste sentido:

MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS - DOSIMETRIA DA PENA - DELAÇÃO PREMIADA - INAPLICÁVEL - APLICABILIDADE DO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Autoria e a materialidade do delito não foram objeto de recurso e restaram bem demonstradas pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/04), pelos Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 05) e Autos de Apresentação Complementares (fls. 30 e 33), pelos Bilhetes Aéreos (fls. 06), pelo Laudo Preliminar de Constatação (fls. 09/11), pelo Laudo de Perícia Criminal (fls. 74/78), pelo depoimento prestado e pelo próprio interrogatório do apelante (mídia de fls. 135). 2. Reconhecida a circunstância atenuante decorrente da confissão, a pena restou mantida em 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias multa, não se podendo falar em diminuição nessa fase, eis que as circunstâncias atenuantes não integram a estrutura do tipo penal, não se podendo falar na diminuição da pena a patamar abaixo do mínimo legal, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. 3. A aplicação do artigo 41, da Lei 11.343/06 requer a efetividade da delação. No caso, embora o réu tenha fornecido alguns nomes de pessoas que supostamente estariam envolvidas com o tráfico, não logrou provar que tais informações são verdadeiras, até porque não possibilitaram às Autoridades identificar, de forma efetiva, os outros integrantes da associação criminosa. 4 - Depreende-se do contexto probatório trazido aos autos que o réu não registra antecedentes criminais e não há notícias nos autos de que ele integre uma organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, pois, o que se deflui do seu interrogatório prestado em juízo é que ele, de fato, é uma traficante de "primeira viagem", tendo agido de modo individual e ocasional, na função de transportador, não tendo a atividade criminosa como meio de vida. 5 - Assim sendo, deve ser avaliada, caso a caso, a interpretação que entende cabível a aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 aos meros transportadores do tráfico internacional de drogas, e neste caso concreto, não trouxe o Ministério Público Federal provas suficientes a testar a sua participação ativa e reiterada em uma organização criminosa, nela atuando de forma estável e habitual, sendo, pois, merecedor do benefício de redução da pena previsto no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. 6 - Majorante prevista no artigo 40, inciso I da Lei nº 11.343/06, aplica-se ao tráfico com o exterior, seja quando o tóxico venha para o Brasil, seja quando esteja em vias de ser exportado. Portanto, é evidente, in casu, a tipificação do tráfico internacional de entorpecentes, já que o recorrente foi preso no momento em que se preparava para embarcar rumo a Dakar/Senegal. 7 - Reconhecida a internacionalidade do delito, verifico que a simples distância entre países não justifica a aplicação dessa causa de aumento em patamar acima do mínimo, admitindo-se apenas nos casos em que a droga deixe o território nacional para ser distribuída em mais de um país no exterior. 8 - O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve permanecer como o fechado, nos termos do § 3º do artigo 33, do Código Penal, considerando a lesividade da conduta praticada pelo apelante, que aceitou colaborar para o transporte internacional e posterior distribuição de razoável quantidade de substância entorpecente de elevado potencial lesivo (732 gramas de cocaína). Pelas mesmas razões, verifico que a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra suficiente no caso concreto, nos termos do inciso III, do artigo 44, do Código Penal, sendo certo, ademais, que o apelante, tendo em vista o quantum da condenação, não preenche os requisitos objetivos do inciso I, do mesmo artigo 44 do Código Penal. 9 - No que se refere ao

pedido de liberdade provisória, verifico que os motivos que decretaram a prisão preventiva do apelante para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal permanecem hígidos, considerando a ausência de vínculos do réu com o distrito da culpa, e a existência de vínculos, ainda que tênues (eis que se trata de mero transportador), com organização criminosa voltada para a prática de tráfico internacional de entorpecentes. 10 - Recurso da defesa parcialmente provido. ACR – Apelação Criminal – 52299. Processo nº: 0010297-45.2012.4.03.6105 . TRF 3ª Região.

Outro elemento que está no bojo do artigo 41 da lei 11.343/06 é a “recuperação total ou parcial do produto do crime”. Deve-se ter muita cautela para compreender que o legislador quis dizer com o termo “produto do crime”.

No campo da medida cautelar real, produto do crime é a “coisa conseguida” diretamente com a prática do crime, como é o exemplo de dinheiro furtado ou automóvel furtado. Não se pode confundir “produto do crime” com “proveito do crime”, o qual se constitui qualquer coisa ou bem adquirido com recurso proveniente da prática do delito, como é o exemplo de a venda da substância entorpecente ser usada para comprar um imóvel valioso. Neste caso, o objeto da recuperação é o referido imóvel.

Em relação ao “produto do crime” ou “proveito do crime”, o artigo 60 da lei 11.343/06 possui expresso:

artigo 60 – O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionada aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos do crime previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

É importante afirmar para o fato de que na Lei 11.343/06, o termo “droga” é exatamente o que o legislador quer dizer como sendo “produto do crime”, ou seja: a substância entorpecente que é vendida pelo traficante. Guilherme de Souza Nucci, citado por Júlio César Mossin(2016, p.72) afirma: *“menciona a norma do artigo 41 o produto do crime. Logo, é a substância entorpecente, que necessita ser recuperado, total ou parcialmente. Não deixa de ser uma previsão positiva, pois confere maior credibilidade ao delator, afinal, ele indica aos comparsas, mas também onde pode ser encontrada a droga”*.

Assevera-se com isto para o fato de que o artigo 41 da lei 11.343/06 exige para que sejam concedidos os benefícios da delação premiada além de

indicar coautores e partícipes, exige também a recuperação parcial ou total do produto, o que deu ensejo a discussão doutrinária para averiguar se tais requisitos seriam alternativos ou cumulativos.

Nesta linha de raciocínio, a doutrina majoritária possui a posição no sentido de ser requisito alternativo, pois exigir cumulatividade seria exigência acentuada, tendo como consequência uma diminuição considerável da colaboração pretendida pelo legislador, o que prejudicaria os interesses sociais no combate aos crimes da lei 11.343/06. Celso Delmanto citado por Júlio César Mossin(2016, p.72) afirma: *“Entendemos, outrossim, que a colaboração exigida tem limites, não sendo indispensável que com ela sejam identificados todos os coautores ou partícipes, bem como recuperado, total ou parcialmente, o produto do crime. Isto porque pode o delator saber quem são os coautores ou partícipes, mas não onde ou com quem se encontra o produto do delito, ou vice-versa.”*

Acrescenta-se a isto, a posição adotada pelo doutrinador Renato Brasileiro(2015, p.525), pois este afirma que a existência da partícula “e” no artigo 41 da Lei 11.343/06 é de que não é indispensável a identificação dos demais coautores e partícipes e também a recuperação parcial ou total do produto do crime, tendo em vista que geralmente o tráfico de drogas constitui uma organização criminosa hierárquica e com divisão de tarefas, sendo que geralmente o acusado não conhece o líder da organização criminosa.

Assevera-se com isto para o fato de que a delação é um ato imoral, é uma grande quebra de personalidade do chamado “dedo-duro”, sendo uma enorme ferramenta para que se possa dismantelar as organizações criminosas, devido a fraqueza do Estado em combater a macrocriminalidade. Diante disso, o aproveitamento da delação deve ser o mais amplo possível.

Em relação ao prêmio ofertado ao delator, o regramento legal estabelece que a redução da reprimenda legal gravita entre 1/3 e o máximo 2/3. Entretanto, a norma em voga é lacônica, porque não estabelece os requisitos que devem ser considerados para o magistrado aplicar o decréscimo previsto em lei. O melhor critério o qual deve ser levado em consideração pelo órgão aplicador da norma é o nível de colaboração emprestado pelo delator, a efetividade de sua cooperação, porque é exatamente ela que se constitui suporte, a causa determinante da premiação legislativa. Segundo o doutrinador

Júlio César Mossin(2016, p.76), nada mais plausível e evidente pela interpretação lógica do preceito em análise, que a quantidade de efetividade do resultado da delação deverá ser o instrumento a ser empregado para fixar o valor do prêmio dado ao delator, que possui a alcunha “dedo-duro”.

3 APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NA LEI 9807/99

Urge salientar para o fato de que a Lei 9.807/99 também conhecida como “Lei de Proteção às testemunhas” possui aplicação aos delatores. Pois no bojo do artigo 13 da Lei 9.807/99 está expresso o fato de que o magistrado poderá, de ofício, ou a requerimento das partes, tendo em vista a personalidade do delator e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, conceder o perdão judicial e conseqüentemente extinguindo a punibilidade ao réu pela prática de qualquer delito que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo penal, contando que dessa colaboração tenha resultado a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa ou a localização da vítima com sua integridade física preservada ou a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Discute-se na doutrina se a aplicação do artigo 13 da Lei 9807/99 está subordinada à presença cumulativa de todos os requisitos elencados. O posicionamento da doutrina sobre se os requisitos são cumulativos ou alternativos é majoritário no sentido de que são alternativos, da mesma forma que o artigo 41 da Lei 11.343/06 possui requisitos e a doutrina é majoritária no sentido de que os requisitos são alternativos. Por conseguinte, existe a prevalência, conforme o doutrinador Renato Brasileiro(2015, p.533) afirma de uma cumulatividade temperada condicionada ao tipo penal, ou seja, é necessária a satisfação dos requisitos possíveis no mundo fático, quais quer que sejam eles, de acordo com a natureza do delito praticado.

Acrescenta-se assim a posição de Marcelo Mendroni(2015, p. 137) para o fato de que o artigo 13 da Lei 9807/99 é aplicável aos delatores, podendo ser concedido perdão judicial desde que estejam preenchidos os requisitos previstos. As condições estabelecidas são objetivas, mas sua concessão é facultativa.

4 APLICAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA NA LEI 12.850/13

A delação premiada está prevista também na nova lei de organização criminosa que é a lei 12.850/13 em seu artigo 4º, no qual faz previsão de que o delator poderá ter direito aos prêmios que estão listados na lei 12.850/13, desde 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 listados.

A inserção da conjunção alternativa “ou” no caput do artigo 4º da lei 12.850/13 deixa claro que não existe necessidade da consecução de todos os resultados, não existindo assim discussão acerca se os resultados são cumulativos ou não. Um dos resultados que estão tipificados na lei 12.850/13 é a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, porque um dos elementos necessários para a caracterização da organização criminosa é a existência de uma associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas. Assim sendo, houve preocupação por parte do legislador em ter informações capazes de revelar a hierarquia da organização, apontando-se as tarefas atribuídas a cada um de seus integrantes.

Segundo a posição de Renato Brasileiro(2015, p. 535), a concretização desse resultado deve ser analisada com certo temperamento, já que nem sempre o delator terá conhecimento de todos os integrantes do grupo. Outro requisito é a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa. Neste requisito, o produto da infração é o resultado imediato da operação delinquencial, enfim, os bens que chegam às mãos do criminoso como resultado direto do crime, como é o exemplo de objeto roubado ou dinheiro obtido com a prática da corrupção passiva. Ao passo que proveito da infração é o resultado mediato do crime, ou seja, trata-se do proveito obtido pelo criminoso como resultado da transformação, utilização econômica do produto direto do crime, como é o exemplo de dinheiro ser obtido com a venda do objeto roubado. Como pode ser percebido, a recuperação do produto de forma direta ou indireta, mesmo que parcial, é capaz de beneficiar o colaborador.

Urge salientar para um ponto importante o qual foi suscitado por Flávio

Martins (2013, p. 211), se o rol dos requisitos da delação premiada é um rol taxativo ou exemplificativo. Segundo o posicionamento do doutrinador supramencionado, o rol é exemplificativo, porque podem ser obtidos outros efeitos concretos com a delação, não previstos na lei.

Após a contatação da delação premiada, o magistrado pode conceder o perdão judicial, extinguindo assim a punibilidade, pode reduzir a pena do acusado em até 2/3 e pode substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, as quais estão expressas no artigo 43 do Código Penal.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci(2015, p.59), a opção dos benefícios a serem concedidos ao delator deve levar em consideração o grau de cooperação do delator, pois quanto mais amplo e benéfico aos interesses do Estado, maior deve ser o seu prêmio.

Em relação ao procedimento da delação premiada na Lei 12.850/13, ela pode se dar da mesma maneira das delações previstas em outras leis: tanto na fase inquisitorial, como na fase acusatória. Caso a delação se der na fase policial, a autoridade policial, com a manifestação do Ministério Público representa pela aplicação do prêmio máximo, que é o perdão judicial. Caso o Ministério Público não concorde em requerer o perdão judicial, deve o juiz aplicar o artigo 28 do Código de Processo Penal, invocando a intervenção do Procurador Geral de Justiça que, se entender cabível o perdão judicial, deverá delegar a outro promotor a postulação do perdão. Se o Procurador Geral de Justiça achar que não deve ser concedido o perdão judicial, não deverá ser concedido o perdão judicial, porque o magistrado não pode conceder o perdão judicial de ofício.

Segundo o posicionamento de Marcelo Mendroni(2015, p.154), o melhor momento processual para ser aplicado o instituto jurídico da delação premiada é antes do oferecimento da denúncia do Ministério Público, quando será possível averiguar sua real eficácia e tornar viável a retribuição da diminuição da pena, pois durante o processo, estando já na fase acusatória, a averiguação da eficácia se torna mais difícil. Como consequência, após a sentença penal condenatória será mais difícil ainda.

Insta salientar, segundo a posição adotada por Guilherme de Souza Nucci(2015, p.62) que durante a investigação penal, é possível que o delator

dependa de mais dados ou informações, até que possa ser solicitado ao magistrado o prêmio. Por isso, é permitida a suspensão por seis meses prorrogáveis por outros seis meses o prazo para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Esse período de suspensão é variável de seis meses a um ano, conforme está codificado no artigo 4º, §3º da Lei 12.850/13. Acrescenta-se a isto, para o fato de que o prazo prescricional também é suspenso durante esse período.

Outra questão interessante é o que está previsto no artigo 4º §4º da Lei 12.850/13, o qual prevê que o membro do Parquet poderá deixar de oferecer denúncia caso o delator não seja o líder da organização criminosa e também for o primeiro a prestar a delação.

Urge salientar para uma importante questão suscitada por Guilherme de Souza Nucci(2015, p.63), que é o fato de que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia, porém não será concedido nenhum prêmio ao delator. Assim sendo, deixar de oferecer a denúncia e arquivar o inquérito policial significa deixar o delator em total desproteção, tendo em vista que o arquivamento não fornece nenhuma segurança ao delator, pois é possível acontecer o desarquivamento do inquérito policial pelo órgão ministerial, desde que tenham surgido novas provas e o crime não estiver prescrito. Diante desta situação, o doutrinador inframencionado possui o posicionamento no sentido de que todo defensor constituído deve aconselhar seu patrocinado a jamais fornecer informações como delator sem o acordo devidamente assinado.

A negociação é realizada entre a autoridade policial, o investigado e o seu defensor, contando com a manifestação do Ministério Público neste caso, pois é ele o titular exclusivo da ação penal pública, além de realizar a fiscalização externa da polícia ou é realizada entre o órgão ministerial, o investigado e seu defensor.

Após ser efetivado o acordo, lavra-se o termo por escrito, conforme está tipificado no artigo 6º da Lei 12.850/13, devendo ser encaminhado ao magistrado para homologação, devidamente acompanhado das declarações do delator e da cópia da investigação. Deve o termo ser autuado em apartado, como um incidente do inquérito ou do processo, para que possa de forma sigilosa ser distribuído a um juiz, nos termos do artigo 7º da Lei 12.850/13. Contudo, só se distribui esse incidente se o inquérito ou processo não possuir

juiz certo. Caso possua juiz certo, deverá ser respeitado pela regra da prevenção, o juiz competente, dirigindo-lhe o pedido de homologação de acordo.

Conforme se depreende da combinação destes dispositivos em tela, sempre existirá a necessidade de participação de membros da defesa técnica junto com o investigado ou réu. Poderá partir este pedido da autoridade policial, do Ministério Público e do próprio réu.

Acrescenta-se a isto para o fato de que o juiz não pode participar das negociações realizadas entre as partes, porque se trata de uma manifestação do sistema acusatório, onde existe uma divisão nas tarefas de defender, acusar e julgar. No caso, o magistrado é imparcial e para não ferir a imparcialidade do juiz, este deve ser afastado enquanto as partes ainda não chegaram a um consenso, conforme salienta Flávio Martins(2013, p. 211).

A Lei 12.850/13 trouxe em seu bojo inúmeros prêmios legais que podem ser concedidos ao delator, estimulando o réu ou o investigado a realizar a delação premiada. Dentre os prêmios previstos está a diminuição da pena privativa de liberdade, conforme está tipificada no artigo 4º, caput da Lei 12.850/13. Neste caso, o juiz pode reduzir a pena privativa de liberdade em até 2/3.

Acrescenta-se a isto ainda para o fato de que, como a delação premiada poderá ocorrer a qualquer momento da persecução penal, conforme salienta Renato Brasileiro(2015, p.540), portanto caso a delação premiada ocorra antes da sentença penal condenatória, a redução será de 2/3 e se ocorrer após a sentença penal condenatória, a redução será de 1/2, conforme está previsto no artigo 4º, §5º da Lei 12.850/13.

Outro prêmio que poderá ser concedido é a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, a qual também está estabelecida no artigo 4º, caput, da Lei 12.850/13.

Um prêmio de importância considerável é a progressão de regimes, porque com a finalidade de incentivar a delação premiada, a Lei 12.850/13 passou a prever que, na hipótese de existir delação premiada em qualquer momento da persecução penal, será admitida a progressão de regime ainda que não estando presente os requisitos objetivos. Além disso, esse benefício de progressão de regime, mesmo que ausente os requisitos objetivos, poderá

ocorrer mesmo em crimes que não são considerados organizações criminosas, conforme o posicionamento de Renato Brasileiro(2015, p. 542).

Além disso, o delator possui direitos que estão codificados na Lei 12.850/13, pois de nada adiantaria o interesse do Estado na obtenção de informações privilegiadas fornecidas por um dos integrantes a organização criminosa sem oferecer ao delator, em contrapartida, uma série de direitos capazes de diminuir os riscos inerentes à traição praticada por ele.

Um dos direitos do delator é a preservação de seu nome, da qualificação da imagem e de outras informações pessoais do delator, conforme está salientado no artigo 5º, II da Lei 12.850/13. Pois visando a proteção da incolumidade física do delator e, por consequência de seus familiares, devem ser adotadas precauções com o fito de preservar seu nome, qualificação e também a imagem do delator, tanto que a conduta de revelar a identidade, fotografar ou filmar o delator, sem sua prévia autorização por escrito, passa a tipificar o crime do artigo 18 da Lei 12.850/13, a qual comina uma pena de reclusão de 1(um) a 3(três anos) e multa. No entanto, se for necessária a oitiva do delator no curso do processo judicial, a identidade deve ser mantida em sigilo, conseqüentemente deverá ser ouvido como testemunha anônima, conforme o posicionamento de Renato Brasileiro(2015, p. 549).

Outro direito do delator o qual está codificado no artigo 5º, III da Lei 12.850/13 é o direito de ser conduzido em juízo separadamente dos demais coautores e partícipes, uma vez que a integridade física do delator deve ser resguardada. Acrescenta-se a isto outro direito do delator que é a participação em audiências sem contato visual com outros réus. Por um lado o acusado possui o direito de participar das audiências para olhar a colheita da prova feita contra ele, o chamado direito ao confronto. Entretanto, este direito não é absoluto, porque outro direito fundamental é o direito do delator à vida, segurança, intimidade e liberdade de declarar, sendo que estes direitos são de interesse público e cuja proteção é indiscutível dever do Estado.

O dispositivo em tela possui semelhança com o artigo 217 do Código de Processo Penal, que prevê que, na hipótese de o magistrado verificar que a presença do acusado poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha da vítima, de uma maneira que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, só na

impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do acusado.

Outro direito do delator, que está previsto no artigo 5º, VI da Lei 12.850/13 é o direito de cumprir pena em estabelecimento penitenciário diverso dos demais coautores e partícipes, tendo em vista que manter o delator no mesmo estabelecimento penitenciário dos demais equivaleria a instituir, do ponto de vista prático, verdadeira pena de morte. O delator poderá cumprir pena em estabelecimento diverso dos demais não somente após a sentença penal condenatória, ms também em sede de prisão preventiva, prisão temporária ou flagrante delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como finalidade verificar de forma crítica se o instituto jurídico da delação premiada é uma ferramenta, um meio de prova eficaz no combate ao crime organizado. Diante do que foi exposto, pode-se concluir que a delação premiada é um meio de prova forte para combater a impunidade mundial.

Pois além dos meios genéricos de prova os quais estão previstos no Código de Processo Penal, dentre eles a prova testemunhal, documental, pericial além da interceptação telefônica que está prevista na Lei 92.96/96, estas provas não foram eficazes para combater a macrocriminalidade. Assim sendo, o Estado teve de se unir ao réu, prometendo a este que, caso indique coautores ou partícipes, além das recuperações do produto oriundo do crime, teria prêmios na proporção das informações dadas por ele.

Conforme foi exposto no decorrer deste trabalho, a delação premiada também beneficia quem auxilia o Estado, tendo incidência inclusive para os delatores a Lei 9807/99, conhecida como “Lei de proteção às testemunhas”, pois de nada adiantaria exigir informações do delator, sem se preocupar com sua integridade física, além dos familiares do delator.

REFERÊNCIAS

JÚNIOR, Flávio Martins. DEZEM, Guilherme Madeira. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. VANZOLINI, Patricia. FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Leis**

Penais Especiais. 2ª ed. Editora: Revista dos Tribunais. Cidade: São Paulo.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 3ªed. Editora: Juspodium. Cidade: Salvador.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado.** 5ªed. Editora: Atlas cidade: São Paulo.

MOSSIN, Júlio César.MOSSIN, Heráclito Antônio. **Delação Premiada.** Editora: Jhmizuno cidade: Jardim.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa.** 2ª ed. Editora: Forense cidade: Rio de Janeiro.