



BREVES PONDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA DELAÇÃO (COLABORAÇÃO) PREMIADA APÓS A LEI Nº 12.850/2013

*Andreo Aleksandro Nobre Marques**

Este ligeiro apontamento não tem maiores pretensões. Buscará apenas divisar e discutir, quiçá mais divisar, algumas questões que estão relacionadas com o instituto da colaboração premiada no Direito brasileiro.

A colaboração premiada apareceu pela primeira vez entre nós por intermédio dos artigos 7º e 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90. O primeiro dos referidos dispositivos acrescentou o § 4º ao art. 159, do Código Penal, que tipifica o delito de extorsão mediante sequestro, enquanto o segundo deles, por sua vez, estabelecia, em relação ao crime que era denominado de quadrilha ou bando, descrito no art. 288, do Código Penal, o seguinte: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Inicialmente, portanto, a colaboração premiada somente podia ser aplicada ao delito de extorsão mediante sequestro cometida por quadrilha ou bando ou ao próprio delito de quadrilha ou bando, conferindo ao agente delator uma causa de diminuição da pena de um a dois terços em ambas as hipóteses, exigindo no primeiro caso que o agente denunciasse o crime à autoridade e que sua conduta facilitasse a libertação do sequestrado, enquanto, no segundo caso, requerendo que a delação possibilitasse o desmantelamento do bando ou quadrilha.

Outras hipóteses de colaboração premiada surgiram posteriormente, através, dentre outras, das leis 9.034/95, 9.080/95, 9.613/98, 9.807/99 e 11.343/06.

Foi o art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, referente aos crimes de lavagem de dinheiro ou de ocultação de bens, direitos e valores, que trouxe, pela primeira vez, a

* Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil e Processual Penal. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juiz de Direito.

possibilidade de perdão judicial em caso de colaboração do agente à persecução penal¹.

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que revogou a Lei nº 9.034/95 e teve um período de 45 (quarenta e cinco) dias de *vacatio legis* a partir de sua publicação oficial (ver os artigos 26 e 27 do referido diploma), trouxe algumas inovações ao instituto da colaboração premiada no que tange aos delitos cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos de reclusão, ou que sejam de caráter transnacional, cometidos em organização criminosa.

Porém, antes de tratar das inovações trazidas pela Lei nº 12.850/2013 ao instituto da colaboração premiada, convém tecer alguns comentários sobre sua legitimidade.

Realmente, uma primeira inquietação que surge com o tema colaboração premiada diz respeito a um suposto desprestígio do caráter ético do Direito Penal, por razões utilitaristas, ao se permitir a concessão de prêmios ao coautor ou partícipe de crime que resolva prestar informações elucidativas da atividade criminosa, em detrimento de seus comparsas².

Conforme ilustra Walter Nunes da Silva Júnior³, o tema não passou despercebido de Beccaria, que teria aproveitado a oportunidade para ilustrar que o prêmio prometido a quem denunciasse companheiros deveria ser regulado por lei e não simplesmente ficar ao crivo do juiz ou tribunal.

Realmente, o milanês Cesare Beccaria, em passagem de sua célebre obra *Dei delitti e delle pene*, nos brindou com as seguintes reflexões, que merecem ser transcritas, em especial porque deixou transparecer sua opinião de que, moralmente falando, a lei não deveria incentivar a traição:

Alguns tribunais prometem a impunidade ao cúmplice do delito grave que denuncie os seus companheiros. Um tal expediente tem os seus inconvenientes e as suas vantagens. Os inconvenientes são que a nação autoriza a traição, detestável mesmo entre os celerados, porque são menos funestos para uma nação os delitos de coragem do que os de cobardia, pois a primeira não é frequente, porque só espera uma força benéfica e diretora, que leve a conspirar pelo bem público, e a segunda é mais comum e contagiosa, e cada vez mais se concentra em si mesma. Além disso, o tribunal mostra a sua própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora a ajuda de quem a ofende. As vantagens são a prevenção de delitos importantes e que, sendo

1 Dispõe o art. 1º, *caput*, §§ 1º, 2º e 5º, da Lei nº 9.613/1998: “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros(...) § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, **facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la** ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.” (Destacou-se).

2 Nesse sentido, sustentam Alice Bianchine, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira, ao comentarem o art. 41, da Lei de Drogas, que: “Dogmaticamente é muito questionável que o agente culpado seja beneficiado com ‘prêmios penais’ em razão de condutas colaboradas pós-delituais. Razões de política-criminal utilitarista (razões utilitárias), entretanto, nos últimos tempos, estão preponderando sobre princípios éticos ou dogmáticos. A luta contra a criminalidade organizada, sobretudo, vem abrindo novos horizontes (que eram impensáveis no tempo do Direito penal liberal.” (GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coord.) **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 274).

3 SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal**: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 763.

patentes os seus efeitos e ocultos os seus autores, atemorizam o povo; além disso contribui-se para demonstrar que quem não é fiel às leis, isto é, ao público, é provável que não o seja ao privado. Parecer-me-ia que uma lei geral que promettesse a impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito seria preferível a uma declaração especial num caso particular, porque assim preveniria as uniões, com o temor que cada cúmplice teria de ser o único a expor-se; o tribunal não contribuiria para tornar audazes os celerados ao verem requerida a sua ajuda, num caso particular. Uma tal lei, todavia, deveria acompanhar a impunidade com a expulsão do delator... Mas em vão me atormento a mim próprio para apagar o remorso que sinto ao autorizar as sagradas leis – monumento da pública confiança, base da moral humana – à traição e à dissimulação.⁴

Estaria, assim, o Direito Penal, ao permitir a premiação do agente de crime que delata seus comparsas, incentivando ou apoiando no seio social a prática de condutas antiéticas? É possível falar em um Código de Ética dos criminosos ou mesmo é possível falar de uma ética que não seja universal? A proteção de bens jurídicos, um dos escopos do Direito Penal, autorizaria o desprestígio da ética no campo das relações humanas?

Perceba-se, em contraponto, que, para alguns, não haveria nenhuma pretensão de universalidade no dever imposto ao agente envolvido em uma ação delituosa de não denunciar seus parceiros, até porque uma ação dessa natureza estaria justamente voltada contra os bens jurídicos mais importantes da coletividade⁵.

Nem tanto ao céu, nem tanto à terra, penso.

Creio que seja possível falar sim em uma ética própria a qualquer grupo social, mesmo de pessoas que se envolvam casualmente ou se dediquem perenemente ao cometimento de delitos.

Ética, no léxico, do latim *ethica* e do grego *ethiké*, termo relacionado à filosofia, é o “estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto.”⁶

Há um entendimento generalizado que abomina a conduta daquele que, a despeito de fazer parte de um grupo, resolve informar condutas a uma pessoa externa ou superior que tenha o poder de infligir algum tipo de admoestação ou punição. Assim, ocorre, por exemplo, em uma sala de aula, quando um dos estudantes “entrega” um colega que cometeu alguma conduta desautorizada pelo regimento escolar ao professor, coordenador ou diretor, que, sem a delação, provavelmente não descobriria ou sequer suspeitaria da incursão na falta disciplinar. Igualmente, em um ambiente de trabalho, quando um dos colegas espreita os demais para, tendo

4 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. Cap. XXXVII, p. 147-148.

5 Nessa outra vertente, inquirindo se haveria uma “ética afastada de quaisquer considerações morais”, já que “a revelação da existência do crime é a revelação da existência de uma conduta evidentemente contrária à ética e ao Direito”, cf. PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 803-804.

6 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. pp. 848-849.

oportunidade, comunicar o fato ao chefe comum, seja por que motivos for.

Será que não podemos falar em ética nessas hipóteses, pelo menos no sentido da ética específica que se espera dos componentes dos variados agrupamentos menores do corpo social? Será que a conduta daquele que funciona como um alcaguete ou dedo-duro não é em geral desprezada pela maioria das pessoas? E será, então, que não há uma pretensão de universalidade no sentimento de desaprovação da conduta daqueles que resolvem delatar seus iguais?

Para qualquer grupo, inclusive para aquele cuja finalidade seja a prática de crimes, a delação feita por um comparsa nada mais é que uma traição, logo um comportamento reprovável e não esperado por aqueles que o compõe.

Assim, a questão primordial não reside em discutir se há ou não um comportamento antiético na conduta daquele que delata companheiros de crime, mas sim se não é legítima a iniciativa estatal de conceder prêmios a quem assim atue, uma vez que a organização estatal prima pela boa convivência da coletividade como um todo, mesmo que às custas das regras do bom viver dos agrupamentos menores nela existentes.

Vê-se, então, que há um interesse prevalecente, de um número maior de pessoas, relacionado à repressão e prevenção de condutas atentatórias dos bens jurídicos eleitos como os mais expressivos da coletividade em geral que não pode ser desprestigiado apenas porque, para seu conveniente atendimento, será necessário que se incentive o descumprimento de códigos de ética ou de conduta de agrupamentos menores da sociedade.

Por outro lado, nota-se também que mesmo que o comportamento do delator agrida, como se acredita que agride, o código de conduta de seu grupo, o fato de ter tomado parte da empreitada autoriza que, querendo, fale tudo o que sabe, seja porque intimamente arrependido, seja porque acredite em uma redenção perante o agrupamento social maior, e isso, repita-se, pelo simples fato de estar envolvido, por também lhe dizer respeito.

Nessa toada, é de se ter em vista que na delação o prêmio pode ser encarado como algo bom pelo indivíduo envolvido com uma ação criminosa, de maneira que, em que pese corresponda a uma atitude reprovável na ótica dos comparsas, pode ser compreendida como abrangida pelo direito à ampla defesa⁷, cujos fundamentos residem em nossa própria Constituição.

Perceba-se que o dever de depor imposto à generalidade de pessoas somente se justifica nos casos em que o depoente não esteja envolvido no delito, até porque, por razões históricas, fundadas principalmente no princípio de humanidade, é garantido o direito ao silêncio e à não incriminação a qualquer pessoa que esteja sendo investigada ou processada criminalmente.

Logo é possível concluir que a conduta do agente envolvido na prática delituosa de entregar seus comparsas é antiética do ponto de vista do grupo criminoso, em que pese não o

7 Compartilhando do mesmo entendimento, afirmando que a “colaboração serve de defesa indireta”, Walter Nunes da Silva Júnior acrescenta o seguinte: “No instante em que o acusado está cooperando, ele está, igualmente, defendendo-se, pois a efetividade e eficiência da defesa não se confundem com a tese de exculpação ou de negativa de autoria, podendo, em muitos casos, ser exercida apenas no sentido de que, na condenação, o juiz leve em consideração circunstâncias determinantes para a aplicação de pena menos grave (reconhecimento de circunstâncias judiciais, atenuantes e de causas de diminuição de pena, de concurso formal ou de crime continuado, etc.), de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou de aplicação do perdão judicial.” (**Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 766).

seja do ponto de vista da coletividade, de maneira que é legítima a iniciativa do grupo social de agraciar com certos prêmios o delator corresponsável pelo delito, a fim de, com isso, possibilitar a reprovação e também a prevenção de condutas atentatórias dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Parece que a legitimidade da premiação da colaboração deveria ser afastada nos casos em que a lei concedesse a completa impunidade do colaborador. Nada parece justificar que aquele que atuou no crime possa se ver livre completamente de punições apenas porque desbaratou um esquema e informou todos os envolvidos que eventualmente poderiam não ser descobertos pela atuação estatal regular.

Não obstante a afirmação feita no parágrafo anterior, a possibilidade de perdão judicial àquele que colabora com a investigação e com o processo criminal é amplamente aceita como uma medida que não colide com a Constituição, é dizer, pelo menos o Supremo Tribunal Federal não inquinou de inconstitucional a opção do legislador pela premiação do delator ou colaborador, inclusive com o alcance de causa extintiva da punibilidade⁸.

Ocorre que, agora, isto é, desde a vigência da Lei nº 12.850/2013, foi criada pelo legislador uma espécie de “perdão ministerial”. De fato, o § 4º, do art. 4º, do referido diploma legal, diz o seguinte: “§ 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

Será que é possível juridicamente este perdão ministerial?

Não deve passar despercebido que a sistemática prevista pelo art. 4º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 12.850/2013, exige que o juiz homologue o acordo de colaboração. Mas o que garante que o delator realmente continuará colaborando com a Justiça, após a homologação do acordo, sabendo que sua punibilidade está extinta e que não poderá mais ser processado?

Diga-se que, até hoje, embora a Constituição da República tenha concedido ao Ministério Público a titularidade da ação penal, não conferiu ao *Parquet* o poder de escolha entre denunciar ou não, até porque o interesse que está em jogo quando se está diante de um crime é sempre de conotação pública, e, como tal, na maior parte das vezes, com exceções justificadas em outros pressupostos, indisponível.

Parece-me que a decisão final sobre a extinção da punibilidade deve sempre ficar a cargo da autoridade jurisdicional competente, que inclusive deverá avaliar se a colaboração prestada realmente foi com uma tal intensidade que justifique a isenção de pena, ou, em caso contrário, se em menor grau, com algum dos outros prêmios não tão benéficos ao agente delator, como a diminuição da pena ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Só ao final do processo, portanto, é que seria possível avaliar, por exemplo, se houve 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

8 Cf., no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 480, o julgamento do HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

criminosa”, a “prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa” ou a “recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”.

Atente-se que, nos termos do § 1º, do mencionado dispositivo, a concessão do benefício, **em qualquer caso**, levará em conta “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”

Será que é possível avaliar todos esses dados antes do decurso de todo o processo, quando se sabe que, na maioria das vezes, nem mesmo a inteira tramitação de um processo criminal fornece os referidos elementos? Como conceder a isenção de pena em um crime cometido por organização criminosa cujo produto ou proveito recuperado foi ínfimo? Será que a gravidade e a repercussão social do fato criminoso não são coisas praticamente impossíveis de verificação antes de que a maioria dos comparsas sejam denunciados, processados e julgados? E quanto à eficácia da colaboração, considerando esses mesmos fatores?

Impende, portanto, que o controle sobre a impunidade do delator seja feita por terceira pessoa, imparcial, a fim de que sejam protegidos de uma forma mais ampla o interesse de toda a sociedade, nunca sendo demais lembrar que a premiação da delação é uma medida de cunho utilitarista, em detrimento de certos valores éticos, em que pese justificada por interesses sobranceiros da sociedade.

Realmente, só o juiz teria a isenção suficiente para premiar com a medida mais adequada, inclusive porque estaria afastado do calor das negociações, não havendo porque se deixar influenciar, por exemplo, com o desejo, que seria escuso, de obter alguma promoção pessoal. E mais, o transcorrer de todo o processo é que permitiria ao juiz descobrir a justa medida em relação à delação que houvesse sido feita. Apenas assim seria possível proteger, concomitantemente, o interesse geral de elucidação, repressão e prevenção de crimes, e o interesse do delator.

Para concluir, gostaríamos de ressaltar que essas são inquietações iniciais de quem somente agora começou a se debruçar sobre o tema, certamente passíveis de inúmeras críticas, mas que servem para demonstrar que ainda há muito a ser discutido e desenvolvido acerca da colaboração premiada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coord.) **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.