

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

**COLABORAÇÃO PREMIADA: UM INSTITUTO QUESTIONÁVEL PARA A
PRODUÇÃO DE PROVAS.**

Autor: Edson Alves Bezerra

Orientador: Luiz Fernando Moraes de Mello

JUÍNA/2016

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO**

**COLABORAÇÃO PREMIADA: UM INSTITUTO QUESTIONÁVEL PARA A
PRODUÇÃO DE PROVAS.**

Autor: Edson Alves Bezerra

Orientador: Luiz Fernando Moraes de Mello

Monografia apresentada ao curso de Bacharelado em Direito, da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena como requisito parcial para a obtenção do título Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Luís Fernando Moraes de Mello

JUÍNA/2016

**AJES – FACULDADE DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS E ADMINISTRAÇÃO DO VALE
DO JURUENA**

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADOR: Prof. Ms. Luís Fernando de Mello

Prof. Ms. Pedro Jorge de Oliveira Rodrigues

Prof. Ms. Caio Fernando Gianini Leite

Dedico este trabalho aos meus pais Izaides Alves Pereira e Orcilio Carlos Bezerra (in memoria) pelo amor e incentivo durante toda minha vida. A minha esposa Patrícia Argenton e as minhas filhas Maria Vitória Argenton Bezerra e Ana Clara Argenton Bezerra.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus.

A minha esposa, Patrícia Argenton e as minhas filhas, Maria Vitória Argenton Bezerra e Ana Clara Argenton Bezerra que sempre me incentivaram e nunca duvidaram da minha capacidade.

Aos meus pais Izaides Alves Pereira e Orcilio Carlos Bezerra (in memoria), que sempre acreditaram em mim.

Ao meu Orientador Professor Mestre Luís Fernando de Mello pela atenção e paciência no decorrer deste trabalho.

“Quem não luta pelos seus direitos não é
digno deles.”

Ruy Barbosa

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade delinear o instituto da delação premiada inspirada na Itália e nos Estados Unidos, também conhecida como colaboração processual, visa contribuir para a obtenção de subsídios investigativos probantes, diante da não funcionalidade da apuração ordinária. É cediço que esse reforço probatório é conflitante no interesse na eficiência da justiça penal, bem como violam direitos e garantias fundamentais e, salubridade na dinâmica processual, sendo necessário refletir sobre o assunto a partir de requisitos concedidos pelos princípios constitucionais e pela proporcionalidade. Nesses aspectos, nos dias atuais, vislumbra-se uma latente tensão constitucional a respeito da colaboração premiada. Assim sendo, o problema maior no direito positivado está no feito da lei brasileira determinar uma quantidade mínima de resolução processual para a colaboração premiada, o que gera dificuldades, especialmente quanto ao procedimento a ser empregado, à maneira de gestão dos delatores, e à valoração probatória das informações dos corréus que cooperaram com a justiça. Trataremos nesta pesquisa, como a delação premiada afronta direito e garantias dos acusados.

Palavras – Chave: Delação Premiada, Colaboração, Garantias, Direitos, Violação, Direito Premial.

ABSTRACT

This paper aims to outline the Snitch Institute inspired by Italy and the United States, also known as procedural collaboration, aims to contribute to obtaining investigative testing truths, subsidies on non-functionality of the ordinary poll. Is this strengthening is probative musty conflict on interest in the efficiency of criminal justice, as well as violate fundamental rights and guarantees and wholesomeness in the dynamic procedure being necessary to reflect on the subject from granted by constitutional principles and requirements for proportionality. In these aspects, nowadays, there is a latent constitutional tension concerning the award-winning collaboration. Thus, the bigger problem in the right positivado this in brazilian law made not determine any procedural resolution to award-winning collaboration, which raises difficulties, especially with regard to the procedure to be employed, in the manner of management of snitches, and the evidentiary value of information from cooperating with justice corréus. Stands still, like the award-winning collaboration right and guarantees of the accused affront.

Keywords: Snitch, Collaboration, Warranties, Rights, Infringement, Law Premial.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DELAÇÃO PREMIADA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O CRIME ORGANIZADO.....	13
2.1 A delação premiada no contexto histórico.....	13
2.1.1 “Crown Witness”.....	15
2.1.2 A colaboração premial no direito americano.....	16
2.1.3 A delação premiada no direito italiano.....	16
2.1.4 No direito comparado espanhol.....	17
2.1.5 A colaboração premiada no direito alemão.....	17
2.1.6 No direito comparado colombiano.....	18
2.2 A delação premiada como forma de garantir a eficiência do direito de punir do Estado.....	18
2.3 Aspectos relevantes crime organizado no mundo.....	20
2.3.1 Anterioridade do crime organizado.....	22
2.4 Historia das Máfias	24
2.5. Crime organizado na América do Sul.....	33
2.5.1 Crime Organizado no Brasil.....	36
3. O DESCOMPASSO LEGISLATIVO A CERCA DA CONCESSÃO E O DIREITO DE PROVAR NA DELAÇÃO PREMIADA.....	40
3.1. Hipóteses de delação premiada na legislação brasileira.....	41
3.1.1 Evolução na noção de procedimento.....	46
3.1.2 A importância do procedimento como direito fundamental.....	42
3.1.3 Aspectos relevantes no procedimento da delação premiada.....	44
3.1.4 Fase preliminar de admissibilidade da colaboração.....	44
3.1.5 Atuação do parquet e do defensor.....	47

3.1.6 Efetivação da colaboração na fase investigativa.....	48
3.1.7 Pressupostos legais da colaboração premiada.....	53
3.1.8 Obrigações processuais do colaborador “Traidor”.....	57
3.1.9 O conflito da garantia aos colaboradores e da extensão dos benefícios.....	56
3.1.10 Delação processual e seu valor probatório como prova.....	57
3.1.11 Os limites constitucionais á intervenção penal.....	59
3.1.12 A expansão da interpretação constitucional do direito penal.....	61
3.1.13 Entendimentos favoráveis e contrários a delação premiada.....	62
4. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO DELATOR DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	65
4.1 Princípios constitucionais e a delação premiada.....	65
4.1.1 Alcance dos Direitos e Garantias Fundamentais.....	66
4.1.2 A delação premiada como forma de garantir a eficiência do direito de punir do estado.....	68
4.1.3 Entendimento jurisprudencial a respeito da delação premiada.....	73
4.1.4 Colaboração Premiada: medida legal antiética.....	78
4.1.5 Inversão na hierarquia do ordenamento jurídico.....	80
4.1.6 Renúncia ao direito de silenciar: inconstitucionalidade do art. 4º, paragrafo 14.....	81
4.1.7 O valor probatório da delação premiada (quando a delação premiada se torna prova ilícita).....	82
4.1.8 A coação como vício de consentimento na delação premiada (delação espontânea ou voluntária).....	85
4.1.9 Resultado objetivo da colaboração premiada.....	89
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS.....	95

1. INTRODUÇÃO

Diante dos meios ordinários de investigação ultrapassados sem atingir eficiência desejada perante os fenômenos delituosos contemporâneos denominados, crime organizado, que acontece de forma originária, do fato de serem mecanismos apuratórios modelados sob o panorama da antijuridicidade penal clássica, qualificado pela estrutura minuciosa da lesão, praticada por sujeito ativo de caráter individual a sujeito passivo também particularizado.

Nessa esteira, as complicações na *persecutio criminis* são sentidas, principalmente em países democráticos, no sentido de que mesmo em períodos de emergência, recorrer a mecanismos normativos ou métodos investigativos que não se tornam compatíveis de modo substancial com os princípios fundamentais de sustentação normativa do Estado de Direito, confirmados na Constituição Federal.

As dificuldades de efetividade na perseguição criminal predominam a partir da comprovação não exagerada de que o acontecimento das organizações criminosas, associada à criminalidade, é recorrente e difuso que em breve, passará a ser ponderado como a maneira típica de crime moderno, certamente sustentando-se assim no futuro. Dessa forma, parte-se de uma comprovação de princípio no sentido de que a alcançar resultados positivos no combate ao crime organizado, é necessário adotar métodos especiais de inteligência e investigação, inferência da qual surge à questão de maior interesse e complicação, no âmbito dessa pesquisa, que objetiva refletir de que maneira a lei, ou a sua ausência, interpretação judicial, poderão formar as pretensões a uma resposta institucional respeitável com a racionalidade técnica e, a integração constitucional.

É cediço nesse panorama fático-jurídico, no qual é impossível fixar um ponto de equilíbrio, de modo relativo e estável entre, numa visão o interesse social no esclarecimento do fato criminoso e de sua autoria e, por outro lado, a garantia da pessoa, que a delação processual se encaixa como pensamento de reforço e, aperfeiçoamento das técnicas de investigação, juntamente com instrumentos como o agente encoberto e a entrega vigiada.

Vislumbra-se que os dispositivos processuais que reconhecem a importância do conjunto probatório ao comportamento do autor pós-execução delituosa, tendo como marca da delação com a administração da justiça, na perseguição do crime. Tais medidas fundamentam-se em função de políticas criminais de reforço aos elementos de investigações

tradicionais, consideradas insuficientes para combater as novas práticas criminosas e, desenvolvidas estruturas com objetivos ilícitos.

Nesta ótica as técnicas premiais com objetivo de incentivar a delação processual, com a finalidade de melhorar o sistema judiciário punitivo, e uma resposta estatal célere no campo penal, por si só não é legítimo, pois tem o condão de surrupiar direitos e garantias fundamentais. É visto que encontramos problemas no bojo do instituto da colaboração premiada; tanto no seu plano fático como valorativo, por afetar princípios legitimamente do sistema penal e processual.

O instituto da colaboração premial, encontra-se em visível rota de colisão com os princípios constitucionais, dentre eles destaca-se a presunção de inocência, isonomia e a proporcionalidade, provocando custos da dinâmica do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de um entendimento de civilidade jurídica. Para combater o crime organizado é preciso técnicas investigativas modernas e eficientes, porém que não afrontem direitos e garantias fundamentais, sendo que o crime organizado surgiu por falhas do próprio estado.

Por outro lado, uma corrente de doutrinadores salienta que, as regras premiais integram a classe do arrependimento processual refuta se ao arrependimento substantivo, por não incluírem no campo da afronta ao bem jurídico, por trazerem representações de pragmatismo sobre a elucidação do fato, a identificação e prisão de seus autores, assim ostentando a colaboração premiada como uma maneira eficiente de enfrentar o crime organizado.

No meio jurídico, mesmo relativizando direitos e garantias constitucionais a quem defende que a perspectiva de benefícios ao colaborador não surge como contraprestação de um comportamento do individuo uma espécie de contra ofensiva do bem jurídico lesado, porém uma consequência positiva no processo penal, a partir da delação a autoridade policial e o Ministério Público terão uma consistência para continuar a apuração do fato delitivo.

Ademais, de forma ampla nesse mesmo sentido da colaboração premiada a simples desagregação da organização criminosa, pela renúncia do bando criminoso “societas sceleris”, com referência ao passo que conexas às conjecturas de delação premiada exteriorizada pela ajuda na coleta de componentes probatórios em relação aos crimes já praticados. Desta forma, o presente estudo, além de delinear as linhas gerais do instituto premial, é refletir especialmente o conjunto probatório obtido a partir de delação premiada é questionável e, ainda a legitimidade da previsão do prêmio pela colaboração processual, o que de modo igual

passa pela concretização da necessidade de desenvolvimento de técnica instrumental investigativa para lutar contra o crime organizado.

Assim sendo, o primeiro capítulo faz ponderações dogmáticas acerca do instituto da delação premiada, com a finalidade em linhas gerais fazer uma exposição de ordem descritiva; como a delação premiada no contexto histórico; princípios constitucionais e a delação premiada; a delação premiada como forma de garantir a eficiência do direito de punir do estado e a delação premiada frente ao crime organizado. Desse modo, algumas considerações serão feitas em relação direito anglo-americano e europeu continental. Visualiza-se que desde o seu princípio o instituto da colaboração premial sempre apresentou regras a beneficiar condutas típicas mesmo que violando normas constitucionais.

Nesse raciocínio, o segundo capítulo será dedicado a analisar o debate dos delatores “traidores”, da justiça na procura de um difícil equilíbrio entre o desejo de funcionalidade de repressão e o garantismo dos direitos fundamentais, como requisito de legitimidade vejamos; hipótese de colaboração premiada na legislação brasileira, requisitos da delação premiada, o que o estado quer com o delator, a recompensa: discricionariedade ou direito subjetivo do acusado; o controle de veracidade das informações, a incerteza da obtenção do prêmio e a proteção do acusado e de seus familiares. Este debate está embebido de fortes conceitos políticos e, de valoração ideológica e ética quanto à finalidade do direito penal. Vale ressaltar que é preciso examinar a legitimidade constitucional da colaboração premiada, visto as ofensas aos princípios consagrados em todos os tratados internacionais e convenções que versam sobre direito humanos.

Por fim, o terceiro capítulo, dedica-se sobre o valor probatório da delação premiada (quando a delação premiada torna prova ilícita); a renúncia ao direito de silenciar como condição de delação premiada; a coação como vício de consentimento na delação premiada (delação espontânea ou voluntária) e o problema ético da delação premiada: a efetividade da delação e a relativização das garantias. Esta parte contempla questões sensíveis de caráter processual do instituto da colaboração premiada atribuído com o magistrado, devido à insuficiência regulatória como procedimento apropriado na tomada de informações do acusado.

2. A ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DELAÇÃO PREMIADA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O CRIME ORGANIZADO

2.1 A delação premiada no contexto histórico

A Colaboração Premiada vinculada a um prêmio não é tema novo, entretanto, há mais de dois mil anos, o estrategista e general Sun-Tzu trouxe para o mundo o pensamento de que é moral o emprego de espões para se conhecer o inimigo por meio de delação, até mesmo com o pagamento de prêmios em dinheiro.

Segundo Estrêla¹ o general Sun-Tzu² considerava inteligentes os homens que utilizavam desse método para antecipar uma operação militar, denominando esta atitude de talento organizacional precioso para a liderança. Vislumbra historicamente, a colaboração com paga quando o discípulo Judas Iscariotes, mediante a troca de trinta moedas de prata, entregando Jesus Cristo aos príncipes dos sacerdotes dominante da época.

No sistema inquisitivo na idade média, utilizavam-se a colaboração do corréu, porém separavam a colaboração obtida sob tortura da obtida de maneira espontânea. O delator que apresentava espontaneamente tinha o condão de prejudicar outra suspeita, sendo assim, nesse período, a colaboração tinha valor probatório como indicio, pois havia suspeita que da boca do correu era mais fácil vir à mentira do que a verdade.

O iluminista Cesare Beccaria³ tratou da Colaboração Premiada,

De uma parte, as leis castigam a traição; de outro, autorizam-na. O legislador, com uma das mãos, aperta os laços de sangue e de amizade e, com a outra, dá o prêmio àquele que os rompe. Sempre em contradição com ele mesmo, ora tenta disseminar a confiança e encorajar os que duvidam, ora espalha a desconfiança em todos os corações. Para prevenir um crime, faz com que nasçam cem.

¹ ESTRÊLA, William Rodrigues Gonçalves. **Delação premiada: análise de sua constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033704.pdf>. Acesso em 15 de Agosto de 2016.

² Sun Tzu falava de guerra como poucos. Contemporâneo de Confúcio, viveu numa época em que a filosofia era munição poderosa para a arte das estratégias e táticas militares. Na China de 2,5 mil anos atrás, conflitos armados funcionavam como rituais genuínos e envolviam convenções impensáveis nos dias de hoje. Não se abatiam homens velhos durante a luta, por exemplo. Um governante de bom-senso não massacrava cidades inteiras e as ordens de um comandante, em larga medida, eram baseadas em presságios de adivinhos que ficavam no próprio campo de batalha. Entre magos e filósofos, muitos reis ficavam com a segunda opção e colocavam pensadores à frente de seus exércitos. Sun Tzu, ou Mestre Sun, era o mais famoso deles.

³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001.

Durante muito tempo, colavam-se cartazes em locais públicos com intuito de angariar informações que contribuíssem para a prisão de suspeitos procurados, quem colaborasse era recompensado por um prêmio em dinheiro. Nos dias atuais, essa maneira de colaboração, com pagamento em dinheiro, ainda empregada, diferenciando daquela, os fatos de que as fotos são virtuais, e estão disponíveis nas paginas eletrônicas da rede internacional de computadores.

Ressalta Estrêla⁴ que os Estados Unidos da América, por meio do Serviço Federal de Investigação (FBI), utilizam-se desse mecanismo para localização de importantes criminosos. No Brasil, o mártir da inconfidência mineira, “Tiradentes”, foi traído por Joaquim Silvério dos Reis que em troca da colaboração recebeu o perdão da sua dívida contraída perante a fazenda real.

A Colaboração Premiada⁵ é um mecanismo pelo qual um dos suspeitos de praticar um crime, colabora de forma eficaz com informações relevantes a elucidação, identificando-os coautores, libertação de vítimas, ressarcimento ao erário, repatriação de dinheiro em troca da diminuição ou extinção da pena.

No contexto histórico ao passar do tempo, nitidamente as sociedades se modernizaram, estruturaram e evoluíram de forma cada vez mais organizada, sendo que nesse período, observou-se o desenvolvimento de projetos e, o alcance que outrora de metas inalcançáveis, objetivando satisfazer os anseios de uma população complexa e paulatinamente crescente. Nesta seara jurídica, os problemas aumentaram na mesma dimensão do desenvolvimento das sociedades, tornando-as vulnerável chegando ao ponto da organização da criminalidade, iniciando assim, o crime organizado.

Segundo Maierovitch⁶ com a profissionalização da atividade criminosa, obedecendo a hierarquia sigilosa e a participação de diversos componentes, em que essencialmente poucos conhecem os integrantes e, funcionamento da cúpula organização criminosa. Em regra a cúpula de uma organização criminosa, é formada por pessoas bem sucedidas e, com grande poder nas mãos, que dificilmente seriam descobertos pelos métodos investigatórios ordinários, o que se faz necessariamente o emprego da Colaboração Premiada, como maneira de estímulo ao esclarecimento e punição dos culpados.

⁴ CONSULTOR JURÍDICO: obra citada

⁵ Colaboração Premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

⁶ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **As Associações criminosas transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.57-76.

2.1.1 “Crown Witness”

A modalidade Crown Witness, literalmente denominado “testemunha da coroa”, mecanismo que teve advento na Inglaterra medieval, e que culminou com o surgimento da moderna legislação premial, dos países anglo-saxões. Este instrumento permitia às autoridades inglesas providenciar benefícios em dinheiros aqueles que se colocassem a disposição de ir perante o juízo em caráter de testemunhas, contra potenciais incriminadores. É cediço que este dispositivo evoluiu para uma regra de premiações com sanções menos graves ou leniência a corréus, daqueles que concordassem em prestar depoimentos contra seus comparsas.

De acordo com Pereira⁷ a Delação Premiada no direito pátrio remete às Ordenações Filipinas⁸, codificação jurídica que procedeu a reforma do código Manuelino, em consequência da autoridade castelhano “o rei da Espanha era o rei de Portugal” continuando vigente após a queda da Dinastia Filipina, com a elevação de Dom João IV, ao trono de Portugal. É visto que as Ordenações Filipinas, teve vigência do ano de 1603 até 1830 quando entrou em vigor o código criminal. Vislumbra-se em seu livro V, que refere a parte criminal, no título CXVI, que tratava exclusivamente da Delação Premiada, sob a ótica “como se perdoará aos malfetores, que derem outros à prisão”, premiando, com o perdão, os criminosos delatores.

É notório que instituto dessa natureza foi veemente repulsado pela tradição jurídica do Brasil. A partir dos anos 90, quando os prejuízos cometidos por organizações criminosas, integrada por políticos, empresários e funcionários públicos de alto escalão, começaram a ser percebidos pelo ente público, o qual teve que aplicar a reprimenda à altura. Sendo assim, ressurgia no Brasil a Colaboração Premiada, analisada como verdadeira traição institucionalizada.

⁷ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2013.

⁸ O sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, por último, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano. Ficaram prontas ainda durante o reinado de Filipe I, em 1595, mas entraram efetivamente em vigor em 1603, no período de governo de Filipe II.

2.1.2 A colaboração premial no direito americano

Nos Estados Unidos, como maneira de delação processual existe a presença do *plea bargaining*, no qual o Ministério Público negocia a pena com o suspeito delator. Nos Estados Unidos o Ministério Público, tem um poder de atuação amplo, sendo o titular para a propositura da ação, podendo inclusive conduzir investigações policiais.

Para Mendroni⁹ no ordenamento jurídico americano, o *plea bargaining*¹⁰, utilizado em todos os processos, mesmo quando o acusado cometeu o crime sozinho, sem coautoria ou coparticipação. Porém, não existe incompatibilidade para que esse instrumento seja empregado na colaboração de outros integrantes de uma organização criminosa. Dessa forma é comum nos Estados Unidos, o pagamento de prêmio para aqueles que contribuem para a elucidação de crimes, especialmente em se tratando de delitos complexos praticados por organizações evoluídas.

Nessa perspectiva, o suspeito confessa a sua participação no delito e presta informações relevantes que levem a prisão e, uma possível condenação dos demais componentes da organização criminosa. Após a colaboração o estado encontra para o delator uma saída branda, sendo excluída a absolvição, tratando-se da construção de um sistema de culpados. Entretanto, o colaborador obterá vantagens como uma pena leve e a exclusão de eventuais processos existentes.

2.1.3 A delação premiada no direito italiano

Na Itália, a delação processual é conhecida como “*Patteggiamento*”¹¹ que culminou com o desmantelamento da máfia italiana, ou chamado de pentitismo, sendo que este surgiu

⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. Ed. Juarez de Oliveira. São Paulo: 2002.

¹⁰ O *plea bargaining* é instituto de origem na *common law* e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente. Não há essa possibilidade no ordenamento jurídico pátrio.

¹¹ Este rito especial, também chamado de “barganha”, caracteriza-se pela realização de um acordo entre o acusado e o Ministério Público sobre a extensão da punição a ser imposta. Ele recompensa caráter, dada a redução da sua sentença para o réu para a extensão de um terço. Mais precisamente, na acepção do art.444 Código de Processo Penal do acusado e o Ministério Público pode solicitar ao tribunal que se aplicam: 1. sanção

com os (arrependidos), são aquelas pessoas, que saíram das organizações criminosas as qual pertenciam e passam a serem delatores, contribuindo com a justiça.

O pentitismo foi empregado para desarticular a máfia italiana, com objetivo de libertação de vítimas sequestradas com intenções terroristas ou de desestruturar a ordem democrática do estado. As vantagens obtidas com a colaboração estão a redução da pena condenatória, substituição de prisão perpétua por uma pena mais leve.

2.1.4 No direito comparado espanhol

A Colaboração processual na Espanha é tratada pelas regras processuais e penais, com intuito de combater as organizações ou associações dedicadas aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e contra a saúde pública, sendo tal instrumento denominado no cotidiano como *delincuente arrepentido* (delinquente arrependido).

De acordo com Maia¹² no ordenamento jurídico espanhol é exigido do colaborador arrependido que deixe voluntariamente as ações criminosas, confissão dos atos ilícitos, identificar e entregar para a justiça os demais indivíduos da organização criminosa, e se possível evitar que outros resultados criminosos se consumam.

Nesse sentido o legislador espanhol consagrou a Colaboração Premiada tanto repressiva quanto preventiva, exigindo que a delação seja eficaz para a concessão dos benefícios. E agindo dessa maneira, o arrependido poderá ter como benefício a pena atenuada ou remida, e ainda excluída.

2.1.5 A colaboração premiada no direito alemão

alternativa ou uma multa reduzida em até um terço; 2. de uma pena que, dadas as circunstâncias e reduzida a um terceiro, não exceda cinco anos. O código também prevê que o réu pode "eficácia Subordinem à concessão de pena suspensa" e que o juiz considera que a prisão preventiva não poderia ser concedido descarta o pedido.

¹² MAIA, Carlos Rodolfo F. Tigre. **O estado desorganizado contra o crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

O instituto de Colaboração Premiada na Alemanha é chamado de “*Kronzeugenregelung*”¹³ ou a regulação dos testemunhos” e acontece quando o colaborador voluntariamente impede que a organização criminosa tenha continuidade ou denuncia a organização à autoridade competente, evitando assim o cometimento de um delito de que se tenha ciência. Neste diapasão o agente não sofrerá sanções mesmo que o resultado não seja alcançado por ocorrências alheias à sua vontade.

Como vantagem pela delação processual é previsto para o indivíduo que a pena seja reduzida ou não aplicada, que os procedimentos em curso sejam arquivados. A intenção do legislador é evitar que novos delitos sejam cometidos, contribuindo para elucidação ou prisão dos demais envolvidos.

2.1.6 No direito comparado colombiano

O direito premial na Colômbia foi criado como maneira processual para enfrentar principalmente o narcotráfico. Para usufruir desse instituto o agente voluntariamente deve delatar os demais membros do crime organizado, apresentando provas de suas imputações, e que esse conjunto probatório de acordo com os termos firmados na delação. Dessa forma o agente recebe os prêmios da colaboração independentemente da confissão de seus delitos.

Segundo Maierovitch¹⁴ o colaborador que auxiliar a justiça entregando os demais componentes pode receber como vantagem a substituição da pena privativa de liberdade e, diminuição da pena e ser incluindo no programa de proteção a testemunhas e vítimas. E caso o colaborador confesse participação nos crimes a pena poderá ser reduzida em um terço.

2.2 A delação premiada frente o crime organizado

¹³ Na Alemanha, existe previsão legal para a diminuição ou até mesmo não aplicação da pena para aquele agente que voluntariamente denuncie ou impeça a prática de um crime por organizações criminosas. Neste caso, *okronzeugenregelung* (regulação dos testemunhos), diferentemente do *plea bargaining*, o poder é discricionário ao Juiz, e a vantagem pode ser concedida ainda que o resultado não tenha se materializado por circunstâncias alheias a vontade do agente.

¹⁴ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Cartéis colombianos**. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone. Panorama do crime organizado. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maff2.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016

É evidente que a colaboração premiada insere-se em um campo de conflito, entre dois aspectos tendencialmente diferentes que se podem reconhecer de um lado, com a eficiência do sistema penal, o qual o instrumento tem por objetivo a fortalecer, e, de outro lado legitimar o sistema penal na concordância a princípios e garantias constitucionais tais como; preservação dos direitos fundamentais de liberdade, proporcionalidade entre o fato criminoso e sanção e tratamento isonômico dos suspeitos, entre outros.

Para Gazzola¹⁵, extrai-se, o primeiro obstáculos no trato do assunto que é a de saber se argumentos de suposta eficiência, por consequência, político-criminais, possa, em violação aos princípios fundamentais do sistema penal, consentir moderações com o intuito de legitimar o recurso a colaboração premiada, ou seja, até que postura a tutela penal deve ser considerada a pretensão eficácia do sistema penal.

Conforme Pereira,

No desenrolar do problema tem-se reflexo das duas concepções ideologicamente distintas, referidas acima, no campo do sistema de persecução criminal. Entender o sistema judiciário penal tão somente como espaço de tutela das liberdades e garantias constitucionais dos acusados, quase a ponto de alijar dele necessidades de verificação e repressão de delitos, por certo que rejeitaria, a priori, qualquer tentativa de ponderação entre razões de eficiência garantia; posicionamento este sustentando de forma mais elaborada, em diversos trabalhos de Hassemer, que considera a funcionalidade como condição para a realização do objetivo do sistema processual somente em relação a proteção dos direitos individuais, sendo o processo penal, eminentemente, sede de tutela dos direitos de liberdade, estranho, portanto, a exigências de comprovação e repressão dos delitos os quais seriam tarefas de polícia.

Acredito que uma política criminal orientada e maneira progressiva e continua a respeito da liberdade e, de direitos constitucionais com a finalidade de ceder as reivindicações de um efetivo combate ao crime, essa modalidade colocaria em risco as conquistas do Estado Democrático de Direito, não considerando com que eficácia e, quem possa ou deva proclamá-la e defende-la.

Para Luiz Flavio Gomes¹⁶ esse entendimento do sistema não permite conceder a critérios de equilíbrio funcional e valorativo do processo, desta feita porque sequer pode-se considerar possível que se procure razões de eficiência no rito processual, levando em consideração que única possibilidade em relação existente seria de antagonismo e, seria

¹⁵ GAZZOLA, op. cit. p. 85

¹⁶ GOMES, Luiz Flavio. **Delação Premiada ponte de ouro e ponte de prata**. Disponível em <http://luizflaviogomes.com/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata/>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

incompatível, não de equilíbrio ou tensão, mas por compreender pela necessária preferência, em qualquer hipótese, dos postulados do ordenamento penal de garantia, como efeito de uma precedência absoluta.

2.3 Aspectos relevantes crime organizado no mundo

O crime apresenta-se de forma violenta ou de maneira desordenada, como resultado de manifestações isoladas ou individuais como é produto de ações coletivas, vinculadas ou predeterminadas, consolidadas para uma permanência criminosa, com objetivo de poder, lucratividade e outras buscas de expressão. É certa que uma das condições é a organização criminosa, que é uma maneira de determinar objetivos e de intensificar esses objetivos. Nesta toada quando vislumbra “associações ou organizações criminosas” para praticar crimes, resulta-se no termo denominado “crime organizado”.

De acordo com Orlando Soares¹⁷, o crime organizado tornou-se instrumento de uma profusão indominável pelas pesquisas e, de proclamações das mais variadas condutas a partir dos mais diversos pontos de vistas; socioeconômico, histórico-culturais, sócio filosófico, criminológico, politico-criminais e, simplesmente políticos.

Nesta esteira, concebe-se, nesta pesquisa o crime organizado como acontecimento, devido ao fato de transcorrer as distintas dimensões acima, como nas questões jurídica ou policial, sobretudo, levando em consideração questões de estabilidade econômica, sócio políticos e o próprio Estado Democrático de Direito.

Segundo Prado¹⁸,

A criminalidade organizada, amplamente considerada, não está ligada apenas a questão a criminalidade econômica em sentido estrito, mas manifesta-se também nas atividades políticas (nos esquemas de corrupção), no terrorismo, no tráfico de drogas e de pessoas. As formas de manifestação desse tipo de criminalidade sofrem variações também no espaço que desenvolvem, nas realidades nacionais em quem atuam. Na Itália, por exemplo, a criminalidade organizada e comumente identificada como a máfia ou outras organizações similares, em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro, na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e ilibada e reconhecida competência designados por ato de Ministro de Estado da Fazenda.

¹⁷ SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de dinheiro, crime organizado**. 3 ed.. rev. Atual e ampl. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2009. 352, 353.

E cediço que o crime organizado, fato crescente, de repercussão social significativa, espalha o medo e a insegurança na sociedade. Essa modalidade criminosas, não se limita fronteiras, ou a regime dos países, também não levam em consideração se o país é pobre ou rico, sem vítimas determinadas ou por vezes mascaradas, momento este de reflexão que enseja soluções e propostas diferentes.

Evidente que todos os países e cada época, em seu contexto histórico apresentaram algumas estruturas criminosas, formada para atacar o sistema econômico, nesse sentido pode colocar em risco, na expectativa individual, um dos direitos fundamentais da pessoa “a vida”. O crime organizado pode por em risco um sistema econômico, uma cidade, um estado e por fim um país.

De acordo com Ivan Luiz da Silva¹⁹ o desenvolvimento e as implicações da sociedade pós-industrial estimularam as relações notadamente após a Segunda Guerra Mundial, com a expansão científica e tecnológica, fazendo com que a comunicação e informação, conquistaram uma velocidade imediata a ponto de romper barreiras de espaço e tempo. Nos dias atuais visualiza-se um modelo sofisticado das organizações criminosas perpetrarem crimes, nestas perspectivas com o processo de globalização as práticas delituosas ficaram mais acentuadas.

Segundo Schelavin²⁰ o processo de globalização tem mudado a forma de vida das pessoas e do país, sendo assim, as fronteiras dos países estão permeáveis, e o trânsito de mercadorias, pessoas, recursos e serviços cada vez mais facilitados. O mesmo raciocínio que facilita a integração entre os povos e o comércio também implica em transformações radicais na dinâmica da violência e do crime. Os avanços tecnológicos advindas da internet são bem vindas, por outro lado se apresentam de modo hostil, essas tecnologias que permitem melhorias nas vidas das pessoas, também são empregadas por indivíduos que burlam as leis, praticam crimes e desafiam as autoridades judiciais.

De acordo com Beck²¹,

¹⁹ SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado: aspectos jurídicos e criminológicos**. (Lei nº 9.034/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

²⁰ SCHELAVIN, José Ivan. **Ações de Controle do Crime Organizado: Dimensões do Fenômeno e Desafios ao Sistema Penal Brasileiro**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94828/298512.pdf>? Acesso em 20 de Agosto de 2016.

²¹ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: Ibccrim, 2004. P. 21 e 22.

Especialmente nos anos finais do século XX e nos primeiros deste século XXI, o mundo passou a assistir a mudanças de tamanha e profundidade que acabaram por alterar os padrões até então vigentes, que vão desde o incremento tecnológico até as rupturas epistemológica e paradigmáticas em praticamente todos os campos do conhecimento humano. Esse fenômeno ficou conhecido pelo nome genérico de “globalização” consiste em um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social; da globalização dos sistemas produtivos e financeiros a revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação; da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais; das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas (como emigrantes, turistas e refugiados) ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.

Salienta Schelavin²² o entendimento dessa realidade merece uma observação complexa em relação à sociedade que a promove e que sofre implicações de perigo suplantadas pelo desenvolvimento tecnológico e científico. Os avanços tecnológicos possibilitam espontaneamente trafegar dados com mais celeridade, seja para comunicação via telefones celulares e internet, ou transferência on-line de valores com objetivo para lavar dinheiro.

Por outro lado, os Estados são morosos a se dar conta os riscos e, exclusivamente quando distintos fatos ocorrem, procuram dar respostas, atuando nos resultados, adotando políticas que visam à repressão, diante da ausência de uma política pública com capacidade de prevenção. É difícil determinar uma baliza para o crime organizado na esfera mundial, mas no contexto histórico, pode-se analisar que em algum grau, analisando a colonização histórica dos séculos XV e XVI, e de movimentos de mudanças sociais e políticas, nos séculos XVII e XVIII.

2.3.1 Anterioridade do crime organizado

Os Estados são pessoas jurídicas de direito público internacional, na forma em que participam a sociedade mundial. Os Estados são soberanos com a finalidade de diferenciar das outras pessoas jurídicas e, assim buscam tais reconhecimentos. Dessa forma cada país tem suas características históricas, religiosas, sociais e econômicas, que o distinguem em sua expressão e formação, com divisões nos aspectos da criminalidade.

²² SCHELAVIN, op. cit. p. 35

Salienta Ana Luiza Almeida Ferro²³ que as circunstâncias históricas admitem uma divisão social em classes, de maneira que as condições socioeconômicas integram uma dinâmica diversa. Sendo assim, as interações dos indivíduos, externamente e internamente dos Estados são indicadores de inclinação, em menor ou maior grau, para o cometimento de atos delituosos. Desde a antiguidade, houve condutas de subjugação de povos ou pessoas, através de guerras, exploração, escravidão, saques, pilhagens, contrabando, piratarias e outros.

De acordo com Durkheim²⁴, a evolução e civilizações das sociedades, a criminalidade na idade antiga, dividia-se em duas classes; os crimes individuais, por exemplo, homicídio, roubo, fraudes, violência e os crimes religiosos cometidos contra deuses, tradições e costumes. Durante a evolução histórica as sociedades evoluíram e profissionalizaram algumas formas de crimes, passaram a ser cometidos por uma coletividade, aumentando-se os crimes humanos e diminuindo os crimes religiosos. Desse modo, bandos, gangues e quadrilhas iniciaram a praticar crimes comuns em desfavor da sociedade.

Com objetivos econômicos e de poder as organizações criminosas recrutava ou recruta pessoas para fins de praticar condutas ilícitas, que se moldam as conjunturas de cada país ou região. Ao analisar a historicidade é mercante o traço comum das organizações criminosas aproveitarem da ausência do Estado, e colocando-a em prática a lei do mais forte.

Segundo Prado²⁵ não é fácil determinar um momento temporal do crime organizado na antiguidade, porém civilizações da mesopotâmia, pelas batalhas travadas, organizadas no espaço e tempo, certamente empregaram métodos organizados, para guerrear, cometer violações e subjugar o povo. É possível verificar a gênese das organizações criminosas surgiram no Japão Feudal e na China Feudal. Posteriormente com alargamentos das colonizações e, extensão marítima da Europa, nos continentes asiáticos, africano e americano, presenciou-se naquela época ações criminosas organizadas, perpetradas por piratas ingleses.

O despertar da cobiça e do lucro, globalmente fortaleceram o aparecimento de organizações criminosas, agindo de forma globalizada. Observa-se nos séculos XVI e XVII, por meio dos carregamentos de especiarias e metais preciosos das colônias para as grandes cidades, os piratas formados por grupos mercenários organizados aproveitando-se de embarcações, comercializavam cargas clandestinas de especiarias e metais, frutos de roubos.

²³ FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime Organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

²⁴ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002

²⁵ PRADO, op. cit. p. 138

No contexto histórico fica claro que a pirataria, apresenta-se como forma primitiva e original do crime organizado, esse aspecto negativo pode ser atribuído à coroa inglesa, no século XVII, a qual tinha objetivo de enfraquecer e hostilizar a Espanha. Numa disputa que britânicos e espanhóis reivindicavam o continente norte americano, da colonização recente, devido à imensidão de recursos naturais. Ademais os piratas tinham traços característicos como; hierarquia de cunho não ideológico, perpetuação, violência e selecionava seu integrante, na busca de lucros diante das atividades ilícitas.

Salienta Soares²⁶;

A expressão *societas sceleris*, em direito penal, a noção de companhia de malfeitores, bando ou associação secreta cujos membros se dedicam à prática do crime. Todavia, a expressão crime organizado, oriunda dos Estados Unidos, constitui objeto de estudos relativamente recente, caracterizando-se pela multiplicidade de ações criminosas, que se diversificam em vários campos, tráfico em geral, ou seja, de drogas, mulheres menores, escravos, assim como lenocínio, jogo, extorsão, assaltos, corrupção, manipulação de alimentos, medicamentos e outras práticas. Em resumo, o conceito de crime organizado pressupõe a noção elementar de associação de pessoas, com propósitos criminosos, através da execução de diversas práticas delituosas, visando principalmente à obtenção de proveitos patrimoniais. O crime organizado pode agrupar elementos humanos rústicos (bandoleiros, jagunços, pistoleiros de aluguel, cangaceiros, ladrões de gado etc), ou do meio urbano, seja criminosos de baixa condição econômica e nível estrutural inferior (ladrões, assaltantes, batedores de carteiras, receptadores) ou criminosos de alto coturno (os chamados crimes do colarinho branco) traficantes, estelionatários, sonegadores de gêneros alimentícios, contrabandistas, aliciadores e coatores de trabalhadores, manipuladores das finanças privadas, extorsionários.

Enfatiza Schelavin²⁷ o crime organizado no decorrer da historia certamente fundamentou em indicadores econômicos. Embasou também nos indicadores politico sociais, como as reivindicações que mudaram as estruturas sociais e maneira de produção, em destaque o sistema feudal para a monarquia, e a queda desta por meio de revoluções na França no século XVIII, e os movimentos industriais que de algum modo contribuiu para o crescimento das organizações criminosas.

Na concepção de Maierovitch²⁸, na Itália através do movimento social, surgiu o grupo mais representativo do crime organizado, pela sua relevância e longevidade no cenário da imensa criminalidade; por meio da máfia siciliana.

2.4 Historia das Máfias

²⁶ SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. P. 156 e 157

²⁷ SCHELAVIN, Op. Cit. p. 45

²⁸ MAIEROVITCH, op. cit.

a) Máfia Italiana

A estruturada organização criminosa chamada “máfia”²⁹ na Itália iniciou-se no ano de 1812 como movimento de obstinação contra o imperador de Nápoles, sendo que este baixou um decreto arruinou a antiga composição agrária da Sicília, cortando os privilégios feudais e, colocando limites nos poderes dos príncipes. Repudiando o decreto os camponeses contrataram “*uomini d’onore*” com objetivo de proteção das abordagens contra a região, neste momento passaram a estabelecer associações secretas chamadas máfias.

Para Mario Daniel Montoya³⁰ a temida máfia italiana, organização criminosa estruturada obedecendo à hierarquia, apresentando ramificações internacionais, e com fins lucrativos, seus componentes são selecionados através da iniciação ou da captação, recorrendo à corrupção, à violência e meios escusos de violência com intuito para obter o silêncio, e a subordinação de seus integrantes, para atingir objetivos econômicos e dessa forma garantindo os meios necessários para atuar.

De acordo com Rinaldi³¹ vale ressaltar que a *onorata societa* apresenta implicações perversas de uma reação defensiva dos camponeses sicilianos que por séculos foram explorados, em consequência a diversos fatores, entre os quais; a permanência dos grandes proprietários que não produziam e da opressão feudal, não introdução da reforma agrária, absoluta falta de presença do Estado, ausência de uma classe média e alta instabilidade política.

²⁹ É uma sociedade criminosa secreta que se desenvolveu na primeira metade do século XIX na Sicília, Itália. A Cosa Nostra também se desenvolveu na costa Leste dos Estados Unidos e na Austrália no final do século XIX, seguindo as ondas de imigrantes do sul da Itália. Segundo Paolo Pezzino. "a Máfia é um tipo de crime organizado não apenas ativo em vários campos ilegais, mas também com tendências a exercer funções soberanas - normalmente pertencentes a autoridades públicas - sobre um território específico." Alguns estudiosos veem a "máfia" como um conjunto de atributos, profundamente enraizados na cultura popular, como um "estilo de vida", como ilustrado pelo etnógrafo siciliano Giuseppe Pitre, no final do século XIX: "A máfia é a consciência do valor de alguém; o conceito exagerado de força individual como o juiz único de todos os conflitos de interesses ou ideias." Muitos sicilianos não consideram esses homens como criminosos, mas como modelos ou protetores, uma vez que o Estado foi incapaz de oferecer proteção aos fracos e pobres. Por volta da década de 1950, a inscrição fúnebre do lendário chefe de Villalba, Calogero Vizzini dizia que "sua máfia não foi criminosa, mas manteve o respeito à lei, à defesa de todos os direitos e à grandiosidade de caráter Era amor." Aqui, "máfia" significa algo como orgulho, honra, ou até mesmo responsabilidade social: uma atitude, não uma organização. Em 1925, o ex-primeiro-ministro italiano Vittorio Emanuele Orlando reportou ao Senado italiano que se sentia orgulhoso de ser um mafioso, uma vez que essa palavra significava honorável, nobre, generoso.

³⁰ MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e o crime organizado: aspectos legais.** Autoria mediata. Responsabilidade Penal das estruturas organizadas de poder. Atividades Criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

³¹ RINALDI, Stanislao. **Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: 1998, p 20

Com a aliança forçada da Itália e o fim da realeza no ano de 1865 os camponeses resistiram contra os invasores, buscando a independência da região, com essa atitude conquistaram a simpatia da população. Após a unificação da Itália apareceu à classe de meeiros que geriam propriedades ausentes e mantinha o controle dos camponeses agricultores. Os meeiros identificavam-se como representantes dos pobres, porém acabavam por cometer atos de exploração. A imigração expressa dos italianos para os Estados Unidos da América possibilitou a entrada no país de pessoas ligadas à máfia.

Para Silva³² nos Estados Unidos a máfia iniciou sua estruturação na década de 20, no entanto há indicativo que de sua atuação desde o final do século XIX. No ano de 1890 lhe foi atribuída em nova Orleans a morte de policiais. A organização criminosa americana perpetrou diversas atividades ilícitas como; contrabando, prostituição, tráfico de drogas, venda ilegal de bebidas tendo como o primeiro líder Guiseppe Masseria.

Nesse sentido, Guaracy Mingardi³³ as organizações criminosas, muitas vezes, buscaram ações governamentais de forma que mais a beneficiasse. O movimento *Prohibition*, impulsionou a máfia nos Estados Unidos, culminando no período que vigorou a “lei seca” entre 1920 e 1933, que tinha por finalidade a proibição e distribuição de bebidas com teor alcoólico, sendo que nesta época o crime organizado comandado por “Al Capone³⁴” angariou uma fortuna com seus cassinos e bares. O mafioso Al Capone montou uma rede de contatos, selecionando pessoas da sociedade civil e, notadamente corrompendo autoridades do Estado. Organizou uma rede para contrabandear bebidas destiladas e, quando as autoridades acordaram e tentaram desmontar o crime organizado, esporadicamente os mafiosos eram deportados como indesejáveis, retornavam para seu país de origem e matinha uma rede para cometimento de trafico de drogas, com seus comparsas nos Estados Unidos.

Argumenta Walter Fanganiello³⁵ que após a Segunda Guerra Mundial, a organização criminosa italiana desempenhou grande autoridade sobre comerciantes e camponeses tornando-se uma sociedade quase secreta, apresentando estrutura formal, mantinha uma agência executiva central, e seus integrantes colocavam respeito e medo. A fonte mais

³² SILVA, op. cit.

³³ MINGARDI, Guaracy. **Mesa redonda sobre crime organizado**. São Paulo: RBCC, nº 8, out-dez, 1994.

³⁴ Alphonse Gabriel Capone também conhecido como “Scarface” (cara cortada) foi um gangster e contrabandista estadunidense (seus pais eram italianos), e ficou famoso mundialmente como **Al Capone**. Capone nasceu em Nova York, no dia 17 de janeiro de 1899, e foi criado no Brooklyn, onde estudou até os nove anos. Abandonou os estudos para integrar as quadrilhas da cidade. Ingressou rapidamente na Five Points Gang, liderada por Johnny Torrio, gangster que, em 1909, foi para Chicago para trabalhar sob as ordens de Big Jim Colosimo.

³⁵ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Cartéis colombianos**. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone. Panorama do crime organizado. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maff2.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016

lucrativa da máfia baseava-se no narcotráfico. Iniciando com o contrabando de cigarros na década de 20 e, nos anos 70 continuou com o tráfico de drogas. Dessa forma, a máfia italiana deixou de ser uma organização provincial, atingindo nível internacional, buscando mercado no mundo inteiro, dando início ao crime de lavagem de dinheiro.

A máfia siciliana possuía habilidade de se misturar com a sociedade, pelo poder da violência e intimidação, devido ao grande número de membros e, estrutura criminal sedimentada, com capacidade diversificada de funções. É necessário frisar que a corrupção, a conexão funcional ou estrutural, envolvendo agentes do poder público, penetrando nas concorrências públicas, fatos estes enraizados nos maiores escândalos que envolveram a máfia siciliana.

De acordo com Montoya³⁶ para enfrentar o crime organizado, a Itália criou uma legislação especial com benefícios aos arrependidos que colaborasse com a justiça, embora essas denúncias poderiam resultar na morte de familiares, como aconteceu com a família do delator *Tommaso Buscetta*, que foram mortos pela máfia. Após o assassinato do general *Alberto Dalla Chiesa*, uma nova lei foi votada, modificando em delito a participação em organização criminosa, independente de outras ações delituosas com poderes especiais para magistrados e membros do Ministério Público, e ainda a busca de origem dos fundos disponibilizados aos suspeitos e seus familiares.

Em decorrência da morte dos juízes *Paolo Borsellino* e *Giovanni Falconi* a Itália declarou guerra à máfia dando início a operação (Operação Mãos Limpas³⁷) entre os anos de 1992 e 1995 é devido a vários fatores, sendo o primeiro deles um caso simples de corrupção praticado por um funcionário público, expandindo-se a investigação em desfavor a importantes políticos que no ano de 1994 deixaram o parlamento italiano.

Para Eduardo Araújo da Silva³⁸ entretanto, naquele momento criada uma condição de metodologia judicial para os suspeitos comuns e outra diversa para os acusados ligados a

³⁶ MONTROYA, Op. cit.

³⁷ A famosa operação Mãos Limpas, desencadeada em 1992 por Procuradores da Itália é o modelo que fascina colegas pelo mundo afora. A Mãos Limpas prendeu 2.993 pessoas, investigou mais de 6.000, durou 4 anos, o eixo era a delação, um delatava 5, 5 delatavam 10 e o processo gerava uma multiplicação geométrica de réus, delatados pelos réus anteriores. A operação investigou 872 empresários, 438 parlamentares e 4 Primeiros Ministros, liquidou com os QUATRO MAIORES partidos políticos do País - a Democracia Cristã, o Socialista, o Social Democrata e o Liberal -, deixando livres o partido fascista, Movimento Social Italiano e o Partido República. Provocou vários suicídios, inclusive do presidente da ENI, petroleira estatal que era o centro da economia italiana, Gabriele Caggiari e de um dos maiores empresários da Itália, Raul Gardini. Quase prendem o maior político italiano do pós guerra, o lendário Giulio Andreotti, nove vezes Primeiro Ministro.

³⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

estruturas criminosas e, sobretudo, uma intensa luta contra a corrupção política. Em Milão e depois no restante do país, em 1992 a justiça italiana investigou todas as contratações públicas suspeitas de subornos.

No campo penal, na Itália, em resumo, evidenciam-se alguns dos procedimentos incorporados; aumento generalizado de penas, confisco de bens, medidas de caráter pessoal, rigor repressivo na criação de novos tipos penais, prisão preventiva automática para os membros do crime organizado, valorização da colaboração premiada, fortalecer o inquérito policial e domínio penal mais rigoroso na circulação do dinheiro.

b) Máfia yakuza japonesa

O crime organizado japonês de repercussão mundial, a qual teve origem em movimentos políticos e sociais, denominada Yakuza³⁹ apresenta ramificações em vários países. A organização criminosa Yakusa remete-se o período do Japão feudal no século XVII, tendo sua origem com os samurais que tentaram derrubar o Imperador. A história nos mostra a possibilidade de raízes no ano de 1612, época em que 500 mil samurais ficaram desempregados, devido a transformações sofridas no Japão. No estilo Robin Hood, pequenos grupos japonês utilizando barcos começaram a saquear e furtar pequenas cidades, é visto que os membros eram diferentes no modo e vestir e corte de cabelo.

Para Montoya⁴⁰ os Yakusas modificaram-se no século XVIII as organizações criminosas, compostas por jogadores de futebol, camelôs e o gurentais. O significado da palavra Yakusa, vem dos números sequenciais do baralho 8, 9, e 3, compreendendo como sendo os perdedores do jogo de cartas conhecido como *Oicho Kabu*, este termo descrevia pessoas vistas sem valor.

³⁹ Yakuza é o nome da maior facção criminosa do Japão e do mundo, com mais de 100 mil membros, também conhecida como Gokudō. Para a polícia e imprensa, esta organização criminosa é chamada de Bōryokudan, cujo significado é “Grupo de Violência”, mas os membros costumam referir-se como Ninkyō dantai, que significa “Organização Cavalheiresca”. Acredita-se que a Yakuza tenha se originado em meados do Período Edo (1603 – 1868) e inicialmente eram classificados em dois grupos: Tekiya (os que vendiam bens ilícitos, roubados ou de má qualidade) e os Bakuto, os que se envolviam ou participavam de jogos de azar. Os Tekiya (mascates) e os Bakuto (apostadores ilegais) provinham das classes socioeconômicas mais baixas da sociedade japonesa e acredita-se que a maior parte dos membros tenham ascendência coreana ou de outros grupos étnicos como os Burakumin.

⁴⁰ MONTOYA, op. cit. p. 88

Segundo Beck⁴¹ a organização criminosa Yakusa as margens da incompetência estatal desenvolveu distintas atividades ilícitas como; “turismo envolvendo pornografia, tráfico de mulheres, cassinos, drogas e armas, prostíbulo e lavagem de dinheiro” e também com as atividades legais, agências de teatros, casas noturnas e, eventos esportivos com objetivo de publicidade às suas iniciativas. Durante o século XX o Japão iniciou rapidamente o desenvolvimento industrial, os integrantes da máfia passaram a proporcionar as chamadas “chantagens profissionais” assim conquistando lucros exorbitantes, ações de empresas, sob pena de repassar segredos relevantes aos concorrentes. Os membros da Yakusa sempre receberam vantagens dos costumes japoneses, consiste em que o cidadão quando se afigura como vítima sente-se envergonhado, e diante de graves ameaças por parte da máfia, as denúncias são inibidas.

De acordo com os historiadores a Yakusa possui um código que serve de orientação para seus membros, mesmo nos dias atuais, tendo como valores de justiça, o amor, a fraternidade, do dever, verifica-se um abandono no escopo da solidariedade social, mantendo os traços de rigorosa violência, colocando como meta a eficiência delitiva. A Yakusa demonstra similaridade com as máfias americanas e sicilianas, principalmente no ritual de iniciação, envolvendo o juramento de fidelidade para o chefe, incluindo a troca de taças de saquê, esta cerimonia deve ocorrer em um templo xintoísta, em referência a mais ancestral religião dos japoneses.

Salienta Pellegrini⁴² é cediço que a máfia japonesa é uma das mais poderosas do mundo, porém algumas regras sagradas devem ser seguidas; não envolver pessoalmente com drogas, em hipótese alguma revelar os segredos da máfia, não se apossar de dinheiro da organização, nunca macular a esposa ou os filhos de outros integrantes, não apelar à lei ou a policia e não falhar na obediência aos superiores.

O Japão apresenta uma taxa de criminalidade baixa, porém entre os países desenvolvidos, a organização criminosa japonesa foi significativa. Neste diapasão, a policia japonesa, agiu fortemente no combate das organizações criminosas. Acontece que a legislação japonesa, em 1992, os componentes das máfias não eram considerados ilegais e, não formavam um estigma social. De acordo com dados da policia japonesa, no ano de 2001 o país tinha 83.600 integrantes do *Boryokudan*, divididos em três grupos principais.

⁴¹ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: Ibccrim, 2004. P. 21 e 22.

⁴² PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Atlas, 2008.

Assim sendo, Montoya⁴³ relata que a Yakusa desenvolveu métodos sofisticados para o cometimento de seus crimes, em poucos momentos chamaram a atenção das forças policiais, pois estavam eliminando uns aos outros de forma discriminadas. No geral os membros dessa organização criminosa são discretos, aparentam serem homens de negócios com particularidades de materialização de grupos menores. É de salientar que no Japão, poucos crimes comuns, tendo em vista que a Yakusa, de forma brutal e cruel geralmente são mais rápida e efetiva do que os meios ordinários.

Relata Pellegrini⁴⁴ no ano de 1997 a máfia japonesa se envolveu com o tráfico de carros, os quais eram encomendados pela máfia russa, sendo que naquele país havia uma grande demanda por carros estrangeiros. Em contrapartida os russos forneciam alguns serviços como, bens roubados, prostituição, armas de fogo, metanfetaminas e lavagem de dinheiro. Devido ao abandono do Estado surgiu a organização criminosa Yakusa, a qual persiste até os dias atuais e com expansão internacional.

c) Máfia Russa

A máfia russa é uma das mais lucrativas do mundo fatura centenas de milhões de dólares por ano, e continua em plena expansão internacional desde a queda do comunismo soviético, é composta por três milhões de membros, constituindo 5.700 grupos, duzentos destes ostentam sofisticação e estrutura modernas que permitem contatos comerciais com 29 países. A máfia russa tem conexões internacionais especialmente com a máfia siciliana, carteis colombianos, Estados Unidos, Canadá e o crime organizado brasileiro.

Segundo Pacheco⁴⁵ no grupo das atividades ilícitas praticadas pela máfia russa aparece o tráfico de todas as espécies, como drogas, armas convencionais, armas nucleares, fraudes, prostituição, vendas de produtos adulterados e lavagem de dinheiro, tornando umas das mais ricas e poderosas organizações criminosas do mundo. No ano de 1991, foi criada na Rússia uma lei de propriedade, que tinha na essência a igualdade legal, no âmbito privado ou estatal. Por meio desta lei estudiosos afirmam que a planificação do Estado, originou vantagens

⁴³ MONTTOYA, op. cit. p. 118

⁴⁴ PELLEGRINI, op. cit.

⁴⁵ PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007.

econômicas e psicológicas para o crescimento do crime organizado, o que denominou “Máfia Vermelha”.

Para Maia⁴⁶ a ineficiência o Estado para prover todos, surgindo um mercado obscuro para suprir tal carência, especialmente em bens de consumo e serviços, na ocasião foi considerado necessidade e não um ato ilegal. Ainda que pese haver indícios do crime organizado no regime comunismo da antiga União Soviética, fato este que demonstra que o crime organizado pode prosperar em qualquer regime.

O crime organizado em todos os países criam laços com o Estado, essas características permitem a aproximação de políticos visando proteção de investigação policial e para a obtenção de lucros. Visualiza-se no contexto histórico que os líderes políticos enfrentam o crime organizado, porém no mesmo tempo admite a monopolização dessa ilegalidade, por meio dos funcionários de alto escalão do próprio Estado. Sendo que nestes aspectos matérias de jornais brasileiros mostraram a corrupção de servidores do governo russo para a liberação e credenciamento de exportações de produtos para aquele país. Aparecem como alguns chefes e integrantes da máfia russa eram pessoas ligadas ao governo, como exemplo, ex-funcionários da KGB⁴⁷ e ex-militares.

Salienta Pellegrini⁴⁸ após a queda do regime comunista, a máfia vem ganhando terreno, pela eficiência e alto grau de especialização, expandindo seus negócios para os Estados Unidos e Europa. Destaca-se no governo Yeltsin um percentual entre 70 e 80% dos comércios privados teve que pagar dinheiro aos russos, e que os negócios americanos na Rússia, em torno de 80% subornaram funcionários do governo daquele país. Ao que parece o

⁴⁶ MAIA, Carlos Rodolfo F. Tigre. **O estado desorganizado contra o crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

⁴⁷ KGB é a sigla em russo para Comitê de Segurança do Estado, o serviço secreto da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Órgão ligado ao Partido Comunista, a KGB foi criada em 1954, sendo um dos mais temidos e eficientes serviços secretos do mundo. Da sua criação até 1991, ela foi responsável pela espionagem internacional soviética e também cuidou da proteção dos líderes do país, da supervisão de tropas nas fronteiras e da vigilância da população. A KGB foi a agência de segurança soviética que teve a vida mais longa dentre todas as criadas pela União Soviética. De suas antecessoras ela herdou a experiência e métodos cruéis de eliminação de adversários. Antes da KGB, vieram a Cheka (sigla em russo para Comitê Extraordinário Russo para Combate à Contrarrevolução e Sabotagem); em 1922 surgiu a OGPU (sigla em russo para Administração Política do Estado Unificado). Nos anos 1930, a OGPU virou a NKVD (sigla em russo para Comissariado Popular de Assuntos Internos). A NKVD foi essencial para consolidação do poder de Stalin, mas após o assassinato de Trotsky, esta foi dividida e os assuntos relativos à espionagem ficaram a cargo do Ministério de Segurança do Estado, que comandou os serviços de espionagem e contraespionagem durante a Segunda Guerra Mundial. Com a morte de Stalin em 1953 e a ascensão de Nikita Khrushchev, o sistema de segurança soviético foi reformulado, com a liberação de milhões de prisioneiros políticos e a criação da KGB.

⁴⁸ PELLEGRINI, op. cit. p. 138.

problema na Rússia, não foram às reformas, mas a falta de estrutura legal para propiciar um novo ambiente e diminuir a corrupção.

Vislumbra Ferro⁴⁹ como outras organizações criminosas, a máfia russa, no mesmo entendimento, presta serviços assistenciais de maneira falsa, objetivando proeminência e respeitabilidade social para seus chefes, numa direção de controle da sociedade. No decorrer da história vários grupos criminosos desempenharam atividades ilícitas na Rússia, de modo rigidamente hierarquizado, sob o controle absoluto de um líder, com destaque para a organização dos antigos esportistas e a máfia chechene.

Nesse quadro fático abre uma discussão se o fenômeno russo pode ser considerado crime organizado, pelas suas circunstâncias, classifica-se como uma rede criminosa e estruturada, de atuação internacional, com princípios éticos, o que eles chamam de máfia russa, os traços peculiares do uso a corrupção, da continuidade de tempo, do recurso da violência, existência de uma estrutura organizada e, entrada nos negócios sofisticados e lícitos. Visualiza-se que a máfia russa, surgiu, principalmente, devido às mudanças acontecidas na modificação do regime político e os cometimentos de corrupção.

d) Máfia Americana

As máfias americanas⁵⁰ tem conexão com as principais organizações criminosas do mundo, máfia russa, italiana, yakusa, grupos africanos, tríades e outras. Nos Estados Unidos permanecem muitas gangues e quadrilhas, notadamente para distribuição de drogas. Os integrantes das gangues americanas, atualmente estão mais preparados e organizados, camuflam por trás de negócios legais e, mantém contatos com o crime organizado de outros continentes. Após a segunda guerra mundial, e o crescimento econômico dos Estados Unidos,

⁴⁹ FERRO, op. cit.p.89

⁵⁰ A Máfia americana é uma sociedade criminosa ítalo-americana. Semelhante à Máfia Siciliana, a máfia norte-americana é uma sociedade criminosa secreta sem um nome formal. Seus membros geralmente se referem a ele como *Cosa Nostra* ou pela sua tradução em inglês, "nossa coisa". A imprensa também cunhou o nome de "Sindicato do Crime Nacional" para se referir à totalidade do crime organizado dos EUA, incluindo a Máfia. A máfia surgiu no Lower East Side de Nova York e outras áreas da costa leste dos Estados Unidos durante o final do século 19 após ondas de imigração italiana, especialmente a partir da Sicília. Ele tem suas raízes na Máfia Siciliana, mas é uma organização separada nos Estados Unidos. Napolitana, Calabresa, e outros grupos criminosos italianos, assim como criminosos ítalo-americanos independentes, eventualmente, se fundiram com os sicilianos para criar a moderna Pan-Máfia Italiana na América do Norte.

a máfia italiana presente neste país atuou em várias frentes criminosas, especialmente no tráfico de heroína.

Para Maia⁵¹ é necessário destacar que o consumo de heroína⁵² nos Estados Unidos, pode ser visualizado, nas guerras enfrentadas. Nesse sentido a guerra do Vietnã, possibilitou a abertura de novas fronteiras para o tráfico de heroína, oriundas do Camboja, Tailândia e Laos. Essa abertura permitiu romper conexões que obrigavam os afro-americanos a comprar heroína dos traficantes brancos dos Estados Unidos, especialmente a Cosa Nostra.

Vislumbra que criminosos americanos, com apoio de militares das forças armadas dos Estados Unidos, carregavam heroína dentro do crânio de soldados mortos. A integração de servidores do Estado com as organizações criminosas, em relação ao tráfico internacional de substâncias entorpecente, fica evidente no filme o “Gangster”, produzido em 2007. O citado filme, fundamentado em fatos reais, nessa observação um terço das tropas americanas usaram heroína ou ópio, em locais de descanso na Tailândia, Vietnã e Bangkok.

De acordo com dados das Organizações das Nações Unidas, os Estados Unidos, ocupa o primeiro lugar no consumo de entorpecentes e, por outro lado, é o país que mais investe no combate as drogas principalmente na América o Sul.

Nesse contexto Maierovitch⁵³, a história mostra que os Estados Unidos, foi o primeiro país a combater o crime organizado impondo duras medidas. No ano de 1970 foi sancionada uma lei dura⁵⁴ que passou a considerar crime a colaboração para as tarefas gerais e o lucro da máfia. Esta lei expande a atividade do Promotor de Justiça, consentindo que no mesmo processo fosse alcançada uma multiplicidade de réus, membros do crime organizado. A nova lei reprimiu padrões de diferentes condutas particularidades do crime organizado, inclusive apreendendo os produtos ilegais.

⁵¹ MAIA, Carlos Rodolfo F. Tigre. **Lavagem de dinheiro** – lavagem de ativos proveniente de crime. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵² Heroína é uma droga derivada da papoula, sintetizada a partir da morfina: substância bastante utilizada no século XIX pelas suas propriedades analgésicas e antidiarreicas. Como outras drogas originárias desta planta, a heroína atua sobre receptores cerebrais específicos, provocando um funcionamento mais brando do sistema nervoso e respiratório. Descoberta sua potencialidade em causar dependência química e psíquica de forma bastante rápida, sua comercialização foi proibida na década de vinte. Entretanto, principalmente no sudeste asiático e Europa, essa substância é produzida e distribuída para todo o mundo clandestinamente.

⁵³ MAIEROVITCH, Op. cit.

⁵⁴ **“Lei das Organizações sob a influencia de Extorsão e Corrupção”**. O arcabouço legal americano conta com leis muito duras que podem ser utilizadas para qualquer ação na qual a conduta esteja tipificada, independentemente de que sejam praticadas por integrantes de organizações criminosas, o que se ficar provado, pode agravar em muito a pena do delinquente. Quanto à definição legal de crime organizado nos EUA .

2.5 Crime organizado na América do Sul

Nos países da América do Sul e central, também se identificam a presença do crime organizado, no Brasil, Peru, Venezuela, Panamá e Jamaica, todos são produtores e distribuidores de drogas ilícitas, especialmente, a cocaína para Europa e Estados Unidos. Entre os maiores produtores de cocaína destaca países da América do Sul. Tendo em vista falhas estatais nas políticas públicas e de segurança proporcionaram oportunidades para o crescimento do crime organizado, com investimento e produção de coca em larga escala, e fomentando o narcotráfico internacional. Na produção de cocaína a Colômbia ocupa lugar de destaque no tocante as organizações criminosas direcionadas precisamente para o negócio de drogas ilícitas, certas regiões são monopolizadas pelos cartéis.

Nesse Sentido Schelavin⁵⁵ relata que os cartéis de Medellín⁵⁶ e Cali, localizados na Colômbia são os mais conhecidos, dispõe de centenas de integrantes, e uma rígida estrutura do tipo de pirâmide, dessa forma distingue de outras organizações desde o início, pois se dedicam as drogas como função motriz. Inicialmente a maconha e depois a cocaína, gerenciando todo o ciclo, desde a produção até a distribuição para o mundo. Os objetivos dos cartéis são unicamente a maximização das funções e dos lucros. Os cartéis colombianos no plano internacional tem conexão com as máfias americanas, sicilianas, yakusa e as tríades.

Na década de 80 houve uma grande expansão dos cartéis colombianos principalmente com o tráfico de cocaína, para os Estados Unidos. Até os dias atuais o Brasil continua sendo rota, do tráfico de drogas, desse modo fortalecendo os cartéis latinos americanos. O Brasil além de ser rota do tráfico e o segundo país no mundo em consumo de drogas.

Segundo Mendroni⁵⁷ os traficantes colombianos, como os mexicanos, são os maiores fornecedores de drogas ilícitas para os Estados Unidos. Para comercializar o entorpecente

⁵⁵ SCHELAVIN, op. cit. p. 65

⁵⁶ O **Cartel de Medellín** foi uma rede de traficantes de drogas muito bem organizada, originária da cidade de Medellín, na Colômbia. O cartel de drogas operou na Colômbia, Bolívia, Peru, Honduras, Estados Unidos, bem como no Canadá e na Europa durante a década de 1970 e a década de 1980. Estima-se que o cartel chegou a faturar cerca de 60 milhões de dólares por dia e tinha cerca de 28 bilhões no total. O Cartel de Medellín foi fundado e dirigido pelos irmãos Ochoa Vázquez, Jorge Luis, Juan David, e Fabio, juntamente com Pablo Escobar. Era responsável pela maior parte das exportações de drogas para o México, Porto Rico e República Dominicana. Outras figuras notáveis envolvidas ou conectadas ao cartel incluem a família Ochoa, Carlos Lehder e George Jung. Havia um conflito permanente com o Cartel de Cali e, a partir da década de 1980, com o governo colombiano. O cartel perdeu muito de sua força e influência após a captura e morte de muitos de seus líderes, o que o levou a desaparecer enquanto entidade unificada, mas muitos de seus associados sobreviventes e antigos membros ainda continuam ativos no mundo das drogas.

⁵⁷ MENDRONI, op. cit.

utilizam países da América Central, transformando em um corredor controlado por mexicanos e colombianos. Também como rota de dinheiro e droga, os cartéis usam como rotas países como Haiti, Cuba e República Dominicana, abertos para todo o mundo, recebendo ajuda de Estados inoperantes com legislação ineficiente, semelhança encontra-se nas ilhas holandesa do Caribe, americanas e inglesas, destaca-se outras rotas como Suriname, Guiné e Venezuela.

De acordo com Maia⁵⁸ para lavar o dinheiro oriundo do narcotráfico o Panamá é considerado um paraíso. Percebe-se que desde os anos 70, que os traficantes colombianos utilizam este país, para Honduras, Nicarágua, Guatemala, com o objetivo de chegar ao México, no qual estão fixado pontos de distribuição. Assim sendo, criou-se no Panamá um paraíso fiscal internacional, autorizando o sistema bancário e, protegendo o anonimato das operações por meio do sigilo bancário. Para Maierovitch, existiam cerca de 2.000 sociedades anônimas, transformando o Panamá na Suíça da América Central. O general Noriega aliado de traficantes colombianos, por exemplo, Pablo Escobar e Jorge Ocho, permitiu que estes instalassem no Panamá um laboratório químico.

Por muito tempo, atuaram na Colômbia os cartéis de Medellín e Cali, o primeiro ligado ao poderoso narcotraficante Pablo Escobar⁵⁹, naquela época considerada a maior e, mais estruturada organização criminosa da América do Sul, efetivamente enfrentou o Estado, no início praticava, roubo a bancos, furtos e outros crimes, com esse dinheiro fizeram investimento no tráfico de drogas. A partir do momento que o Estado começou a combater os narcotraficantes, Pablo Escobar e outros chefes mandaram executar 25 juizes e mais de 200 policiais a partir do ano de 1987. O Império de Escobar passou a desmoronar quando ordenou o assassinato de pessoas importantes, foi preso, fugiu da cadeia, sendo morto no ano de 1993.

A origem das máfias e, com características de uma organização hierarquizada, secreta, fortemente armada, distingue-se do surgimento do Cartel de Medellín. Apesar de comandada por familiares o Cartel de Pablo Escobar, permitia investimento de qualquer pessoa que

⁵⁸ MAIA, Carlos Rodolfo F. Tigre. **Lavagem de dinheiro** – lavagem de ativos proveniente de crime. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵⁹ **Pablo Emilio Escobar Gaviria**, colombiano conhecido no mundo todo pelo seu primeiro e terceiro nome, foi um mito do narcoterrorismo e um dos homens mais ricos do mundo nos anos 90. Apelidado carinhosamente de “Don Pablito” ou “El Patron”, chefiava o Cartel de Medellín, traficando bilhões de dólares em cocaína com sua dócil política chamada “plata o plomo” (prata ou chumbo). Inteligente, o criminoso ajudava a população carente da Colômbia e utilizava a ideologia antiimperialista para camuflar suas ações ilegais, ganhando apoio da maioria dos colombianos. Por exemplo, Escobar construía estádios de futebol e financiava alguns times da cidade, dizia tirar dos ricos para dar aos pobres, criando uma imagem de Robin Hood. Com isso, o povo de Medellín acobertava-o, escondendo informações e fazendo o possível para protegê-lo das autoridades. Ele teve uma infância pobre, nasceu em um barraco na cidade de Rionegro, em Antioquia. Foi o terceiro a ver o mundo entre seus seis irmãos e recebeu educação de um camponês, seu pai Abel de Jesus Escobar e de uma professora do ensino fundamental.

tivesse interesse. Dessa forma o Cartel de Medellín, fornecia 80% da cocaína consumida no mundo. Igualmente, diplomatas, banqueiros, policiais, militares, proprietários de terras e, outras pessoas do povo fizeram investimento no referido cartel.

Para Maierovitch os narcotraficantes colombianos estão organizados de maneira dinâmica, com semelhança a cooperativa. A junção dos cartéis somaram em 1999 quase 37 mil mortes, registrando um homicídio a cada quinze minutos. A Fragilidade da Colômbia restou evidenciada pela falta de controle em várias áreas do país, o que favoreceu o crescimento de uma força paralela. O referido cartel contava com distintos departamentos e funcionava como uma empresa moderna, com pessoas responsáveis para importação e exportação e, setores de distribuição e comunicação.

Para Ferro⁶⁰, a concretização do tráfico de drogas ilícitas como forma do crime organizado, especialmente em relação a entorpecente e sua venda, demonstra uma vertente complexa e perigosa mencionando-se às conexões com lavagem de dinheiro e outras atividades ilícitas. Nos dias atuais, o México aparece no cenário mundial como um dos países mais violentos do continente americano, em decorrência da disputa do tráfico de entorpecente, e o combate com polícia.

2.5.1 Crime Organizado no Brasil

A realidade brasileira, no tocante ao crime organizado ultrapassa questões policiais ou jurídicas, é visto como um problema sócio-político, que repercute na economia e no Estado Democrático de Direito. Diante das características de cada país, o crime tem se manifestado de maneira através de facções ou organizações criminosas, às vezes, parecido com os cartéis e as máfias.

Para Luiz Flavio Gomes⁶¹ o Brasil apresenta precariedade no desenvolvimento de pesquisas, emprega investigação empírica para enfrentar o crime organizado, tornando um terreno pedregoso a ser seguido. Atualmente observando as notícias divulgada pela imprensa, pela polícia, Ministério Público e judiciário, não se pode negar neste momento o convívio com organizações criminosas no Brasil. Desse modo, afirmam-se algumas particularidades

⁶⁰ FERRO, op. cit. 58

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **O crime organizado e a realidade brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 83.

das organizações criminosas são mantidas usando os critérios das máfias clássicas, porém diferenciando as características temporal e espacial.

No Brasil Maierovitch⁶² destaca que as principais organizações criminosas, denominadas facções, tiveram origem principalmente, nos presídios, as mais conhecidas são; Comando Vermelho⁶³, Terceiro Comando, Amigos dos Amigos e Milícias (Rio de Janeiro), Primeiro Comando da Capital (São Paulo). Neste contexto há outras organizações criminosas, que se especializam no ramo de negócios e mercadológico, mesmo não tendo ligações a facções criminosas, sobretudo se amoldam às especialidades traçadas pela doutrina estrangeira e nacional.

É visto na história brasileira que os grupos surgiram no meio de movimentos sociais, entre eles destaca o bando lendário e cangaceiros, chefiados por Virgulino Ferreira da Silva⁶⁴ (Lampião), aparece também às pessoas que seguiam Antônio Vicente Mendes Maciel (Antônio Conselheiro), os dois presentes no imaginário da população, chamados de heróis, líderes ou paladino da justiça, outros entendem como criminosos ou anti-heróis, que desafiaram a ordem estatal. O lendário Lampião e seu grupo, oriundos da região nordeste, obedeciam a hierarquia determinada, com o passar do tempo começaram a agir em diversas frentes, dedicando a saquear fazendas e vilas, bem como a extorsão de dinheiro empregando grave ameaça. Mesmo praticando atrocidades Lampião e seu grupo, relacionavam-se com políticos, fazendeiros e contavam com a participação de policiais corruptos, recebendo destes, armas e munições.

⁶² MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Cartéis colombianos**. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone. Panorama do crime organizado. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maff2.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

⁶³ Rio de Janeiro. Foi criada em 1979 na prisão Cândido Mendes, na Ilha Grande, Rio de Janeiro, como um conjunto de presos comuns e presos políticos membros da Falange Vermelha, que lutaram contra a ditadura militar. Durante toda a década de 1990, o Comando Vermelho é uma das organizações criminosas mais poderosas do Rio de Janeiro, mas atualmente, a maioria dos seus membros líderes estão presos ou mortos. Comando Vermelho ainda controla vários pontos de drogas e comum em favelas e morros controlada pela facção encontrar ruas e muros pichados com as letras "CV". Os principais grupos rivais são o (TCP) e (ADA) Amigos dos Amigos. O TCP surgiu a partir de luta por poder entre os líderes do CV em meados da década de 1980.

⁶⁴ Virgulino Ferreira da Silva foi o mais famoso cangaceiro do Brasil. Proveniente de Serra Talhada, no Pernambuco, não se sabe ao certo a data de nascimento de Virgulino Ferreira da Silva. Pesquisadores apontam datas diferentes em função de fontes diversas, no entanto, a mais aceita corresponde ao dia 4 de julho de 1898. De toda forma, ele era filho do casal José Ferreira da Silva e Maria Lopes de Oliveira. Apesar das dificuldades da época, Virgulino foi alfabetizado e precisou usar óculos para suas leituras. Ele era um sujeito atípico na realidade do sertão, trabalhou até os 21 anos de idade como artesão e recebeu seu famoso apelido supostamente por sua habilidade que o fez modificar um fuzil permitindo-o mais rapidez. Esta versão diz que o cano do fuzil aquecia tanto que lembrava o brilho de um lampião.

a) Operação Lava Jato

A origem da operação “Lava Jato”, surgiu em decorrência da utilização de uma rede de postos que comercializam combustíveis e lavado jato de automóveis, que tinha a finalidade de movimentar dinheiro ilícito de uma organização criminosa primeiramente investigada. Tendo em vista que a investigação tenha progredido para outras organizações criminosas, consagrou-se o nome inicial.

No âmbito investigativo no combate a corrupção e lavagem de dinheiro a operação Lava Jato, aparece como a maior do Brasil. Nesse sentido, calcula-se que os recursos desviados, da maior estatal do país (Petrobrás), compreende a casa de bilhões de reais. Trata-se de suspeitos de expressão política e econômica, que entraram no esquema de corrupção para dilapidar o patrimônio da estatal.

Na fase inicial da investigação, ocorrida em março de 2014, diante da Justiça Federal em Curitiba, quatro organizações criminosas foram investigadas e processadas, as quais eram lideradas por doleiros, que tinha a função de operar o mercado paralelo de câmbio. A partir das investigações iniciais o Ministério Público Federal juntou provas de um grande projeto criminoso de corrupção englobando a Petrobrás.

Nesse projeto criminoso, com duração de dez anos, as maiores empreiteiras do país se organizaram em cartel e, pagavam propina aos diretores da Petrobrás e outros agentes públicos. Sendo que o valor da propina tinha variação de 1% a 5% do montante dos superfaturados contratos bilionários. É certo que o dinheiro era disseminado através de operadores financeiros pertencente à organização criminosa, incluindo os doleiros.

No processo licitatório as empreiteiras em um panorama normal concorriam entre si, com objetivo de conseguir os contratos da estatal, dessa forma a Petrobrás contratava a empreiteira que fizesse a obra pelo menor preço. Nesse aspecto, as empresas montavam um cartel, com o intuito de substituir uma concorrência verdadeira por uma concorrência ilusória. Desse modo, os preços apresentados a estatal eram ajustados e calculados em reuniões secretas, onde eram definidos os preços e quem ganharia o contrato, essas manobras esdrúxulas somente em benefícios privado, causou enorme prejuízo aos cofres da Petrobrás. Esta organização criminosa tinha um regulamento, que assemelhava as regras de um campeonato de futebol, as quais definiam como as obras seriam divididas.

Vislumbra-se que os funcionários da Petrobrás tinham por função assegurar que as empreiteiras, que fizessem parte do cartel fossem comunicadas para participar das licitações. Sendo assim, era preciso ter agentes públicos no esquema criminoso. Os funcionários públicos eram coniventes e omitiam no tocante ao cartel e, ainda restringiam a participação de outras empresas, em um jogo de cartas marcadas. De acordo com dados do Ministério Público Federal, foram feitas negociações injustificadas, bem como a celebração de aditivos desnecessários, e com preços exagerados, dentre outras irregularidades vazavam informações sigilosa e aceleravam contratações com a eliminação de etapas.

Os operadores financeiros tinham a incumbência de intermediar o pagamento da propina e, notadamente entregar o recurso ilícito disfarçado de dinheiro limpo aos favorecidos. O primeiro passo, o dinheiro ia das empresas até o agente financeiro. Esse artifício acontecia em espécie, através de movimentação no exterior, utilizando contratos simulados com empreiteiras de fachada. O segundo passo, o recurso ilícito ia do operador financeiro até o favorecido em espécie, através de transferência feita no exterior ou por meio de pagamento de bens.

Em outra linha de investigação aparecem os agentes políticos, o Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal apresentou 28 petições com o pedido de abertura de inquéritos criminais designados a investigar fatos conferidos a 55 pessoas, sendo que 49 são detentores de foro privilegiado. São pessoas que integram diversos partidos políticos e, foram responsáveis por indicar diretores da estatal. Esse agentes políticos foram citados em delação premiada realizadas na primeira instância.

3. O DESCOMPASSO LEGISLATIVO A CERCA DA CONCESSÃO E O DIREITO DE PROVAR NA DELAÇÃO PREMIADA

3.1 Hipóteses de delação premiada na legislação brasileira

No ordenamento jurídico brasileiro, vários dispositivos legais constituíram a possibilidade de aproveitamento jurídico das declarações do delator, incluído no processo penal como elemento de prova. Nesta esteira, torna-se indiscutível a intenção do legislador de concordar com sua utilização, percebe-se que a legislação, é extremamente desordenada e lacônica em relação ao tema. A legislação pecava, especialmente pela carência de sistematicidade na previsão legal das vantagens pela colaboração dos arrependidos.

Segundo Ferreira⁶⁵, até a vigência da lei 12850/13 apresentava dificuldade no procedimento a ser visualizado, sob o prisma da perspectiva processual, o pecado não era de harmonia, mas de inutilidade. O legislador pátrio não tinha se preocupada em estabelecer regramento no tocante aos procedimentos, para a colaboração premiada, o que acarretava dificuldades e incertezas, notadamente na resolução de questões da práxis, como a ordem procedimental a ser empregado na coleta da colaboração, bem como a valoração dos meios de provas angariada aos autos pelo colaborador.

Nesse sentido, a insegurança direcionava para o Judiciário e Ministério Público, pela necessidade de completar na prática os espaços da legislação, para o individuo que pretendesse a delação, não existia previsão do procedimento adotado, para tomar as declarações e consequentemente os benefícios, outrossim, levavam para o correu a denominada responsabilidade, pois não tinha certeza, do tratamento valoração das provas reveladas pelo delator.

Segundo Masson e Marçal⁶⁶ é certo que a lei 12850/13, revogou expressamente a lei 9034/95, trazendo inovações importantes no âmbito material, na tipificação de condutas em relação ao fenômeno do crime organizado, haja vista a questão processual, pela incorporação disciplinar utilizando instrumentos especiais de investigação e de prova, regulamentou a interceptação ambiental, infiltração de agentes, ação controlada e delação premiada.

⁶⁵ PEREIRA, op. cit. p. 65

⁶⁶ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 113

No tocante a colaboração processual de coautor de crimes relativos a organizações criminosas, superando-se as críticas à deficiência regulatória quanto a aspectos processuais relevantes como o procedimento apropriado para tomar as declarações do delator, os critérios formais de coleta desse mecanismo de prova no processo penal, determinou sigilo nas colaborações, respeitar a garantias e balizas na efetivação da colaboração premiada.

Os fundamentos contidos na lei 12850/13, apresentam imprecisões e lacunas, todavia nessa ótica, é indispensável o trabalho da jurisprudência e da doutrina na interpretação desse instituto e, mesmo complementação na disciplina dos delatores, o que é intrínseco a qualquer legislação, ressalta em aspectos de manifestas complexidades e tensão como o que engloba a aplicação dessa forma especial de investigação.

3.1.1 Evolução na Noção de procedimento

A partir do entendimento do procedimento em que os atos estão vinculados na relação causa-consequência, construindo atos de condições sucessivas e consequências procedentes, com a mesma finalidade, sendo assim explicando a unidade do procedimento como constituição sucessiva determinada previamente. O novo instituto tem previsão de uma coordenação, entre os atos e procedimento que decorre da prévia ordenação procedimental, interligando cada ato como complementação do outro, com o objetivo de completar o procedimento no ato final, agrupando-se todos os atos pela finalidade do procedimento.

Segundo Frederico Valdez Ferreira, o procedimento aparece como verdadeira garantia tanto na forma como na ordem pelas quais se desenvolve o processo. Desse modo, o procedimento abrange diante de várias normas, cada uma delas regulam condutas determinadas, porém manifesta como pressuposto da sua incidência, a realização de uma atividade orientada por outra norma com esse entendimento alcançando a norma reguladora acrescido de um ato final.

Assim sendo, Choukr⁶⁷ explica que o processo é regulado de maneira que dele participem os interessados cujo seara jurídica, no qual se destina a produzir efeito se a participação é absorvida de tal forma que as partes no ato final, compreendendo o plano simétrico, de analogia, então o procedimento engloba o contraditório aparecendo-se complexo

⁶⁷ CHOUKR. Fausi Hassan. **Garantias constitucionais da investigação criminal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

e articulado, extrai do gênero (procedimento), sendo a espécie (processo). Tendo em vista que o procedimento como uma base jurídica de constituição sucessiva, cuja nota distingue-se é a coordenação, por seus atos, entendendo como ato como consequência anterior e condicionante do seguinte, legalmente preestabelecidos e destinados ao mesmo fim.

3.1.2 A importância do procedimento como direito fundamental

Haja vista que a evolução magistral da noção de procedimento incorporada ao aprofundamento na pesquisa em relação a “teoria constitucional dos direitos fundamentais” admitiu que atingisse o estágio presente em que o procedimento é ponderado, para além de verdadeiro aspecto legitimador da ação do Estado, um direito fundamental. Por outro lado a doutrina constitucional progrediu a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que se manifesta as regras sobre procedimento e organização, carregam particular importância na presente reflexão, as luzes da existência dos direitos constitucionais por dependência, por sua natureza, por opção legislativa ou constitucional, na imposição jurídica, por necessidade de fato, de um procedimento de modo prévio e regulado.

Para Ferreira⁶⁸,

O que deve ficar destacado como principal inferência do exposto quanto a relação entre procedimento e direitos fundamentais é a ideia de que o procedimento deve estar disciplinado, legalmente de modo tal que se possa considerar, com suficiente probabilidade, que o resultado alcançado pelo seu cumprimento atenderá aos direitos fundamentais em questão. Assim é que ao se reconhecer a existência de um campo de tensão latente entre técnicas legislativa de reforço da investigação, como é o caso da colaboração, como é o caso da colaboração processual, e direitos fundamentais de liberdade do indivíduo, os quais limitam as próprias situações fáticas de validade do recurso ao instituto é de particular relevância o estabelecimento de normas procedimentais disciplinados minimamente a forma e o modo de introdução válida das declarações de colaborador como meio de prova no processo penal.

Para Mossin⁶⁹, o exercício teórico para medição dos critérios de compatibilização com a Constituição Federal, no tocante a delação processual, nesta esteira, não encerra os problemas de conciliação entre a colaboração premiada e os direitos fundamentais que podem ser restringidos pelo instrumento investigatório. Os meios de produção de provas trazem

⁶⁸ PEREIRA, Op. cit. p. 116 e 117

⁶⁹ MOSSIN, op. cit. p. 159

vários pontos de conflitos com garantias constituição do processo, que determina criteriosos estudos no âmbito do contraditório, da eficácia do conjunto probatório de provas colhidas nas declarações e a extensão dos benefícios ao arrependido.

Argumenta Lopes Junior⁷⁰ que se preocupa com o procedimento de obtenção de provas por meio da deleção premiada apresenta contornos diretamente relacionados com a tutela defensiva dos suspeitos, a disciplina da legalidade das singulares espécies de prova, de acordo com o determinado nas leis processuais, tem valor de tutela das decisões judiciais. É necessário recordar que os efeitos provenientes de uma garantia fundamental que é um requisito, através da presunção de não culpabilidade, de que a produção de provas que responsabiliza os réus, além da eficiência em sua essência, deva ser ordenada em estrita obediência aos ditames procedimentais de legalidade e formação. Ademais as formas de provas no processo, às normas e as proibições probatórias são recolhidas, não tanto para amenizar o estudo da realidade, mas para determinar uma verdade que respeite um método pelo qual preservam os direitos constitucionais dos suspeitos.

Segundo Ferreira⁷¹,

A disciplina do procedimento padrão de produção da colaboração processual, inserida pela lei 12850/13, agrega na preservação de garantias e interesses conflitantes envolvidos no tema, e qualifica o controle quanto à observância de formalidades legais que se destinam a conferir, uma última análise, proteção aos acusados, por configurar critérios de lisura do juízo.

Nesta seara Gazzola⁷² enfatiza a estrutura de legalidade no processo penal, fixando procedimentos e instituindo formalmente a concretização os meios de provas, admite o progresso racional do processo e, observância do controle efetivo dessas formalidades legais, a respeito disso, a disciplinar os passos a serem observados na colaboração premiada, apesar de identificar imperfeições amplia a fiscalização formal e, por derradeiro a proteção dos acusados.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁷¹ FERREIRA, op. cit. p. 117

⁷² GAZZOLA, op. cit.

3.1.3 Aspectos relevantes no procedimento da delação premiada

O anterior espaço ou vazio normativo em referencia aos critérios sensíveis de ordem do instrumento da colaboração premial fazia com que o crescimento tivesse uma expectativa de ordem propositiva direcionada a preencher a omissão legislativa, tendo como apelo ao legislador, para que suprisse o vácuo disciplinador procedimental. Esta situação agora esta modificada, sendo a regulação contida na lei 12850/13.

De acordo com Luiz Flavio Gomes⁷³ percebe-se uma tarefa difícil especialmente a gestão dos colaboradores da justiça, em relação aos temas difusos e intrincados, precisamente pela necessidade de regramento a maneira como todas as garantias e princípios em tensão, deverá ser concretizada efetivamente no movimento processual. A previsão de procedimentos é um passo importante na superação de diversos problemas até então constatados na pratica, e autoriza progresso na direção de interpretar ou questionar opções normativas escolhas normativas adotadas.

Busca-se igualmente pontos de balizamento no direito comparado, procedendo ao cotejo com a disciplina intrínseca na legislação brasileira. É imperioso levar em consideração o pensamento de que a previsão da lei 9807/99 de forma geral permitia que fosse aplicada subsidiariamente, reconhecendo ao menos em tese, sua aplicabilidade para qualquer crime.

3.1.4 Fase preliminar de admissibilidade da colaboração

O instrumento de regência vai além do instituto premiado, consiste em uma técnica inovadora de investigação e meio para obtenção de provas no processo. A lei das organizações criminosas 12850/13, entretanto não se pode reivindicar dos órgãos de repressão que aguardem a espontaneidade do suspeito para examinarem a possibilidade do emprego dessa importante técnica investigativa.

Nesta perspectiva, a lei 9034/95, tinha por objetivo a repressão ao crime organizado, utilizando o termo espontaneidade, que indicava a necessidade do pensamento de cooperar

⁷³ GOMES, Luiz Flavio. **Delação Premiada ponte de ouro e ponte de prata**. Disponível em <http://luizflaviogomes.com/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata/>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

com a justiça aparece no próprio investigado. Há probabilidade que tal locução tenha derivado da incapacidade legislativa, do que de opção consistente de proporcionar o uso do instrumento ao impulso do investigado.

A lei 12850/13 traz em rol no art. 4º a exigência para colaboração premiada de forma voluntária com a investigação e com o processo nesse sentido foi dirimido a controvérsia relacionada a opção do legislador, conformidade com a natureza do instituto. O mecanismo da voluntariedade na opção colaborativa do indivíduo é das exigências mais relevantes no tratamento do instituto, nesse sentido os legislador procurou preservar a liberdade de opção do colaborador, regulamentou a matéria de forma a amenizar os riscos de constrangimento ou coerção com a persecução penal.

Salienta Ferreira⁷⁴,

O juiz deve fiscalizar a voluntariedade do acordo de colaboração antes de sua homologação, podendo inclusive, ouvir sigilosamente o colaborador, da mesma forma que a presença de defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração visa a preservar a facultatividade na decisão de colaborar. Ainda a previsão do parágrafo 13 do art. 4 de gravação dos atos de colaboração, além de importante mecanismo de reforço da fidelidade das revelações feitas, presta-se a acentuar o controle da voluntariedade da opção feita.

Desse modo, a constatação que o requisito legal da cobrança de espontaneidade é uma das consequências da carência de operatividade do instituto premial, nesse sentido a jurisprudência espanhola procurou no código penal a ocorrência de características atenuante genérica quando se tratar de tráfico de drogas para favorecer condutas pós-delitiva do delator.

Para Masson e Marçal⁷⁵ de qualquer forma, desde o advento da lei 9807/99, que tem por finalidade a proteção de vítimas e testemunhas, parece dirimir controvérsias a respeito da desnecessidade de a iniciativa de cooperação com persecução penal ter que partir no próprio postulante aos prêmios. Tanto o Ministério Público quanto a autoridade policial pode alertar o indivíduo da possibilidade, de redução da pena, por meio da colaboração eficaz do acusado ou indiciado. O que naturalmente alega a necessidade em concreto, dos órgãos investigativos recorrem ao mecanismo de reforço na investigação analisando situações e emergência ou bloqueio investigatório pelos meios tradicionais.

Não há legitimidade nem sentido em oferecer a colaboração premiada quando não estiver presente os requisitos, pelas particularidades do caso, sendo uma ocorrência de

⁷⁴ FERREIRA, op. cit. p. 119 e 120

⁷⁵ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 145

indisponibilidade do recurso à colaboração premial. Assim sendo, não há como concordar com a situação analisada algumas vezes na prática, do acusado ou investigado, em momento adiantado do procedimento de apuração, e posteriormente do trabalho investigativo ter angariado provas necessárias ao esclarecimento de responsabilidades, que objetiva alcançar os benefícios do arrependimento por meio de admissão culpa e a entrega de outros envolvidos nas práticas delituosas. Se houver dispensa da espontaneidade não significa conferir ao indivíduo investigado ou acusado o juízo de valor em relação da precisão do recurso ao meio investigativo, principalmente quando adiada a escolha colaborativa.

A lei 12850/13 no paragrafo 2º do art. 10 possibilita o emprego da técnica de infiltração de policiais somente na hipótese em que a prova não possa ser alcançada por outros meios. Nesse aspecto o pedido deve ser fundamentado demonstrando a necessidade da medida para a obtenção de provas. Nesta toada, reconhece-se que o atual instituto legal da colaboração premiada como celebração de acordo entre as partes.

Segundo Ferreira⁷⁶,

É importante valorar o aspecto revelativo do instituto como efetivo reforço na investigação em situações de comprovada necessidade, afastando apenas as colaborações que advenha de coação ou ameaça física ou psicológica ao investigado, ou então, quando o delator não tinha sido devidamente informado de todos os efeitos e consequências advindas da opção colaborativa ou tenha induzido em erro por qualquer forma de esclarecimento errôneo ou mal-intencionado o que importa é que a cooperação decorra da manifestação de vontade livre, esclarecida e consciente, expressando-se como renúncia do direito constitucional ao silêncio, independente de ser espontânea ou não. Afora isso, exigir que o sujeito tome a iniciativa de procurar as autoridades judiciais reduziria sobremaneira as possibilidades de recurso ao instituto.

É visto que órgãos estatais, quando oferecer os termos de possíveis prêmios decorrentes da delação, deve alertar o investigado de seu direito constitucional ao silêncio e, que o agente deverá renunciar a esse direito, pela necessidade do agente delatar sua participação nos crimes investigados, conforme esta expressa no art. 14 da lei 12850/13. Também é necessário que os organismos de repressão deixe claro ao investigado que sua declaração deve ser verossímil, na comparação com outros meios indiciários existentes, pelo contrário as informações prestadas pelo agente não terão eficácia no plano premial.

⁷⁶ FERREIRA, op. cit. p. 122

3.1.5 Atuação do parquet e do defensor

Certo que o Ministério Público previamente deve ser informado pela autoridade policial, a respeito da possibilidade e, se concretizar a delação processual e manter contato com o acusado para confirmar a voluntariedade das informações e, da ciência das consequências para efetivar o benefício. Primeiramente atuará como *custo legis* da atividade policial e, por conseguinte dos direitos fundamentais do acusado. Além disso, cabe ao representante do parquet à legitimidade exclusiva para propor o acordo de colaboração premiada, podendo ser realizada de forma isolada, ou em conjunto com o acusado ou investigado.

A lei 12850/13, é clara e não deixa dúvida, que iniciada a ação penal o Ministério Público tem legitimidade para o oferecimento da proposta premial. Por outro lado, quando se tratar da fase pré-processual, os parágrafos 2º⁷⁷ e 6º⁷⁸ do art. 4º indica que a autoridade policial teria legitimidade para oferecer o acordo premial, nesta esteira caberia ainda até mesmo representar pelo perdão judicial do delator.

Segundo Mossin⁷⁹ é necessário uma interpretação conjunta dos citados dispositivos como o art. 4º caput, que traz expresso em conferir as partes, Ministério Público e acusado, a possibilidade de requerer a efetivação da colaboração premiada. Com essa interpretação, de acordo com parte da doutrina no sentido que as normas são inconstitucionais, tendo em vista que a ação penal é exclusiva do Ministério Público, art. 129, I⁸⁰ da Constituição Federal de modo que somente ele, em acordo com o investigado e seu advogado, poderia dispor parcialmente ou total da persecução penal.

Com esse entendimento, é incontestável concluir que na realidade o delegado de polícia apenas poderá iniciar os acordos direcionados a averiguar o interesse na colaboração, e na sequencia informar ao membro do Ministério Público para conduzir e formalizar o acordo,

⁷⁷ § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

⁷⁸ § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

⁷⁹ MOSSIN, op. cit. p. 125

⁸⁰ São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

e posteriormente encaminhe a proposta isolada ou conjuntamente com a delação, ao juiz com finalidade de homologação, mesmo que o acordo tenha sido formalizado na fase de inquérito policial.

Após o primeiro contato com o investigado imediatamente que demonstre interesse verdadeiro na colaboração, é essencial que lhe assegure um defensor de sua confiança, para acompanhar na efetivação do acordo, apenas poderia dispensar o advogado se houvesse manifestação expressa do acusado, mas a lei parece não admitir essa hipótese. Salienta Pereira⁸¹, com a decretação do sigilo em relação ao procedimento de colaboração premiada, o agente será esclarecido de que apenas o defensor constituído terá acesso ao procedimento, para garantir a segurança do postulante a benesse e a eficácia da investigação. A lei impõe ao defensor e colaborador o compromisso manterem os sigilos das revelações importantes aos fins da persecução penal.

Cabe destacar que as distorções vivenciadas na prática com amplos vazamentos precipitados de elementos informados por colaborações de pretendentes aos benefícios não viciam a natureza e relevância o instituto. Por outro lado os responsáveis por conduzir as investigações deve manter o estrito sigilo para assegurar à eficácia do instituto, os direitos fundamentais, a segurança do acusado, das pessoas denunciadas pelo pretendente ao prêmio antes que concretize a delação processual e se confirmem as informações noticiadas pelo agente.

3.1.6 Efetivação da colaboração na fase investigativa

Quando do momento da efetivação da delação premiada precisamente de ser realizada na fase investigativa, pré-processual conforme arts. 13⁸² e 14⁸³ da Lei 9807/99, tendo por objetivo proteção de vítimas e testemunhas, já realçava a probabilidade de a revelação ser

⁸¹ PEREIRA, op. cit. p. 148

⁸² Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

⁸³ O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

eficaz, antes ou após o recebimento denuncia, tendo em vista as expressões acusados e indiciados, que nos sentido da norma significa colaborar com a investigação policial e persecução penal.

Há alguma concordância no diploma legal os dispositivos referidos, no art. 13 a previsão, do benefício máximo sendo o perdão judicial, e neste aspecto refere apenas ao acusado, de forma acertada, que apenas se poderá cogitar a extinção da punibilidade pela delação premiada em casos que o instituto for empregado como conjunto probatório de provas no processo penal; em comparação o art. 14 do mesmo diploma legal, traz diferença entre acusado e indiciado, sobretudo, com a concretização do benefício na fase preliminar, dessa forma somente permite a redução da pena imposta.

Outra ponderação que pode ser feita em relação ao art. 14 da lei 9807/99, de modo aparente a imposição de condição ao reconhecido do prêmio a delação do agente no processo criminal. Assim, chega a conclusão de que apenas haveria colaboração premiada quando o indivíduo fosse a juízo testemunhar contra os demais partícipes e coautores do crime.

De acordo com Masson e Marçal⁸⁴ a regulamentação do instituto na revoga lei de combate às organizações criminosas, não exigia no art. 6º a atuação do agente delator no processo pena, compreende-se que não poderia ser diferente, não pode exigir do colaborador o comparecimento em juízo para testemunhar contra integrantes do crime organizado, para ter direito algum prêmio legal de redução de pena. A lei 12850/13 que trata das organizações criminosas deixa claro, a possibilidade de efetivação da colaboração premiada na fase de inquérito policial, processual e de execução de pena, de acordo com o parágrafos 2º e 4º, consentiu a concessão do perdão judicial em qualquer tempo, com a possibilidade em sede de inquérito policial.

Para Gazzola⁸⁵ visualiza-se que o tratamento do tema parece superado, em relação à natureza da delação premiada, com preponderância determinante do procedimento que será seguido, e que deveria entender se o instituto tratava da hipótese de redução da sanção, a ser reconhecido na fase final do julgamento do processo penal, ou se mostrava a natureza de acordo entre suspeito e acusado e o Ministério Público. Esta hipótese restou confirmada na lei 12850/13, e conformidade com os parágrafos 6º e seguintes do art. 4º.

⁸⁴ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 103

⁸⁵ GAZZOLA, op. cit. p. 96

Desse modo, o progresso era importante para se definir o momento em que a delação premiada poderia ser efetivada, antes ou após a denúncia, outrossim, os atos de cooperação poderiam se resumir a informações que auxiliassem na elucidação da investigação, ou se o delator deveria de modo obrigatório aparecer como meio de prova frente aos outros agentes investigados. A questão relacionada a natureza jurídica do instituto adaptava as demais, se considerasse apenas a colaboração premial, com mera hipótese de redução da penalidade, a ser aplicada no final do processo, isso levaria a crer que o delator deveria ser denunciado e, nessa ótica a atitude cooperativa não se resume em cooperar somente com a investigação, porém deveria ir em juízo prestar declarações, na forma de testemunha impropria do Ministério Público.

Para Pereira⁸⁶ nos dias atuais todas as controvérsias foram superadas, acerca do procedimento de delação premiada, a baila da lei 12850/13, o instituto regula como verdadeiro o acordo entre as partes, podendo ser firmado antes do início do processo penal, posteriormente será submetido ao judiciário para fins de legalidade e homologação, inclusive os atos de colaboração premiada pode se resumir a informações na fase de investigação, sem obrigar o agente a prestar o compromisso de testemunhar no processo.

As distintas formas de provas e meios de investigação e, de inteligência, não costuma ser debatidas pela doutrina brasileira, porém é um tema conhecido e discutido no direito anglo-americano e germânico. Tal controvérsia surge por parte da distinção entre o levantamento de revelações em forma de provas, que indica os meios provas, todavia as medidas designadas a angariar provas que no julgamento da ação penal possam ser valoradas, e por outro lado o levantamento operacional, que refere os meios de inteligência, por consequência trata-se de um meio para obtenção de informações que para auxiliar as tomadas de decisões no campo de políticas criminais.

O tema abordado a respeito do emprego da colaboração processual somente na fase de investigação, como método de apuração que encerra os efeitos no campo à ação penal, somente similitude com a diferença mostrada acima, tendo em vista que a atividade de inteligência desenvolve papel estratégico no âmbito estatal, não se destina a agentes específicos, dispensa causa provável para sua concretização e costuma postergar-se no tempo. Esta distinção se faz necessária como referencia inicial da reflexão, nesse entendimento demonstra a necessidade de atuação da polícia judiciária, no enfretamento do crime

⁸⁶ PEREIRA, op. cit. p. 180

organizado, não se limitando a recorrer ao instrumento dos delatores apenas com objetivo de servir os meios de provas na futura ação penal.

Nesta conjuntura, as informações prestadas pelo indiciado pode não estar direcionada a produzir provas no processo, no entanto contribuir de qualquer forma, aos interesses investigatórios, parecendo uma técnica de inteligência policial. A diferença é tratada de maneira precisa pela doutrina italiana, partir das mudanças processuais na legislação entre meios e fontes de provas na investigação. Ao manter tais contributos do delator no processo de apuração, estariam desprezados aos limites de fontes de prova não garantindo a condição probatória.

Salienta Masson e Marçal⁸⁷ em certas situações o trabalho de investigação contra as organizações criminosas, pode postergar-se no tempo e depender de outras fontes que permitem aos investigadores, iniciarem uma nova linha de pesquisa e, superando as etapas primárias do conhecimento do fato, possibilitando o aprofundamento das investigações, com a tendência de produzir provas na futura ação penal. Destaca-se entre as maiores dificuldades enfrentadas na concretização da colaboração de investigados, envolvem a questão de proteção do delator e seus familiares, países como o Brasil com poucos investimentos nas políticas de proteção são vulneráveis.

Desse modo, compreende não ser preciso que se confirmando uma organização criminosa, o investigado tenha que membro, para postular os benefícios, a lei não cobra a “dissociação” como consta no direito italiano de emergência de combate a máfia, e tampouco reivindica o abandono das atividades criminosas, o que consta atualmente na legislação espanhola. Neste caso há permissão para a utilização do instituto a pequenos colaboradores não pertencentes ao crime organizado ou associação criminosa, tratando, por exemplo, de um traficante casual praticado o crime de tráfico de drogas no caso determinado objeto de investigação e, que forneça a autoridade policial elementos importantes sobre o conhecimento que detém dos membros e funcionamento da organização criminosa.

Provavelmente e, diante de um quadro fático de abandono estatal na área de segurança pública, condicionar o método investigativo centrado em delatores com a justiça somente nos casos em que o agente delator compareça no juízo penal para testemunhar contra integrantes do crime organizado, reduziria o emprego desse instituto. Enfatiza Mossin⁸⁸ por constatar que,

⁸⁷ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 145

⁸⁸ MOSSIN, op. cit. p. 136

notadamente para situações envolvendo agentes de escalão inferior na pirâmide da organização criminosa, ou nunca teve participação na associação, atuando em ilícitos isolados é, compreensível a efetivação do benefício pela colaboração somente na fase de investigação, como instrumento de reforço ao trabalho de inteligência policial.

A aceitação da delação processual na fase de inquérito policial, concedendo-se o prêmio ao delator antes da persecução penal para constatar a responsabilidade criminal, acontece porque no processo penal pátrio é mais um instrumento que viola os princípios, que até pouco tempo regulava pela indivisibilidade ou obrigatoriedade da ação penal, criando assim uma situação em que o princípio balizador será o da oportunidade regradada ou regulada. Acerca desse tema, ao afirmar o princípio da obrigatoriedade consagra na sua integridade para a autoridade policial. Claus Roxin⁸⁹ distingue quatro grupos de crimes no tocante aos procedimentos penais poderiam ser sustados, incluindo as hipóteses em que o princípio são diferentes interesses do Estado, como no caso de não aplicação da pena ou atenuação aos delatores da justiça.

A doutrina brasileira faz muitas críticas em relação ao prêmio aos arrependidos, estavam ligadas a previa da natureza de acordo referente ao instituto, quando feito na fase de inquérito policial. Considerando a simples hipótese de redução de pena, a ser reconhecida no julgamento do processo criminal, dessa forma diminuía a eficácia de delação como espécie de investigação e, retiravam as constitucionais do agente, por exemplo, o direito ao silêncio.

De acordo com Pereira⁹⁰ em resumo a colaboração premiada pode se efetivar tanto no processo penal e no inquérito policial, ou na fase de execução da pena. É cediço que o instituto pode ser meramente investigatório, para que os organismos de repressão sejam supridos com um conjunto probatório para o aprofundamento das apurações destinadas a dismantelar organizações criminosas, podendo ser acordado para servir como provas no processo penal, em desfavor dos demais integrantes da associação criminosa.

Tendo em vista a colaboração probatória, a ser empregada como meio de prova pelo Ministério Público no processo penal, nesse sentido o procedimento frente ao colaborador

⁸⁹ É um jurista alemão. É um dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão, tendo conquistado reputação nacional e internacional neste ramo. É detentor de doutorados honorários conferidos por 17 universidades no mundo. Claus Roxin foi o introdutor do Princípio da bagatela, em 1964, no sistema penal. Claus Roxin foi o desenvolvedor do Princípio da Alteridade ou Transcendentalidade no Direito Penal. Segundo tal princípio, se proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente, e que, por essa razão, se revela incapaz de lesionar o bem jurídico. Ninguém pode ser punido por ter feito a si mesmo.

⁹⁰ PEREIRA, op. cit. p. 172

pelo entendimento deveria ficar suspenso, em conformidade com autorização legal, até confirmar suas declarações em sede judicial. É certo que as declarações do delator deve ser reproduzidas em juízo, sob a observância do contraditório assegurando aos colaboradores, e apenas neste caso o arrependido cogitará os prêmio máximo sendo o perdão judicial, que será analisado pelo juiz sentenciante.

3.1.7 Pressupostos legais da colaboração premiada

A Lei 12850/13 que tem por finalidade o combate ao crime organizado determina como critério para validade da delação voluntaria e a eficácia do instituto de acordo com o art. 4 e seus incisos. Em relação aos resultados que necessitam construir da colaboração, não precisa ser cumulativos basta a ocorrência de um deles.

Para Mossin⁹¹ a interpretação do inciso I, art. 4º não deve ser modo restrito com referência a concessão do prêmio, ao não revelar todos os membros da organização criminosa bem como delatar todos os crimes praticados. É necessário que agente faça revelação dos partícipes que tenha conhecimento, e crimes dos quais está envolvido, não seria razoável imaginar que todas as pessoas que fazem parte da organização criminosa, detenham conhecimento de todos os membros e dos crimes já cometidos. Tendo em vista que as revelações realizadas necessitam ser detalhadas e concisas devendo ignorar meras suposições ou narrativas vagas.

A relevância da inclusão na regra da manifesta referência aos efeitos efetivos que devem aparecer das revelações do delator, além de mostrar que meras ilações não é suficiente, para fins de concretização desse método especial de investigação, a simples informações de fatos acessórios ou de pequena significância na execução das atividades criminosas, que tiveram ínfima contribuição na investigação do funcionamento da organização criminosa ou identificação de seus membros. É essencial que as declarações sejam concretas no âmbito da persecução penal, e que resultados positivos cobrados pelo legislador apresentam consistência e magnitude na investigação dos fatos, com efetivação persecutória.

⁹¹ MOSSIN, op. cit. p. 165

Para Masson e Marçal⁹² há divergência de alguns autores que conferem significados distintos à locução do art. 4º da lei 12850/13, no trato da colaboração efetiva, considerando além da eficácia da colaboração, o que direciona com os efeitos verdadeiros da cooperação. Ademais a exigência de efetividade nessa seara significaria que o delator deve ajudar as autoridades de maneira permanente, ficando integralmente a disposição para o esclarecimento dos fatos, sempre que solicitado devendo comparecer e acompanhar as diligências necessárias.

Trata-se de uma posição bem vista, todavia o mais apropriado aos fins pretendidos pela lei que deve estar expressamente nos termos firmados de colaboração premiada os compromissos assumidos pelo colaborador, dentre eles ficar a disposição da autoridade quando se fizer necessário para esclarecimentos dos fatos investigados, o não cumprimento acarretará na revogação do acordo conforme inciso II do art. 6º da lei 12850.

3.1.8 Obrigações processuais do colaborador “Traidor”

Destaca-se desde a fase de inquérito policial, faz-se necessário garantir a utilidade da delação, comprometendo o agente a revelar as informações que tenha ciência, mantendo a contra conduta em eventual processo judicial, que tem por objetivo a condenação dos demais membros da organização criminosa. O delator terá que receber garantias que após a conclusão das revelações em juízo, receberá o prêmio de acordo com os termos firmados no acordo.

Para Ferreira⁹³,

A delimitação pelo sistema processual de balizas orientadas de conduta do colaborador com justiça tem a finalidade de assegurar que, uma vez assumida a postura colaborativa com a autoridade judiciária, assegure-se sua seriedade e a manutenção dessa via ao longo do procedimento persecutório disciplina indispensável não apenas para conferir responsabilidade ao sujeito que decidiu prévia e livremente, depois de ser advertido das obrigações ressaltantes, de contribuir com a apuração dos fatos, confessando sua atuação e acusando outros partícipes de atuação nos delitos investigados, mas também, para, além disso, como forma de tutelar a confiabilidade do MP na manutenção da estratégia processual que irá desenvolver na persecução da organização criminosa. É importante que a legislação tenha, ao menos, a preocupação de buscar reduzir as possibilidades de o coimputado acusador modificar sucessivamente sua postura ao longo do procedimento, fazendo-o reconhecer a gravidade da opção frente as posições processuais dos outros delatados e da própria acusação.

⁹² MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 182

⁹³ FERREIRA, op. cit. p. 134

Há vista que tal escopo, a legislação italiana, por exemplo, estabeleceu obrigações ao delator, que pode considerar como consequência de uma forma de contratação. Sendo que para ter direito a medidas especiais de proteção determinadas pela lei, e aos prêmios penais, o cooperador e a justiça deverão firmar um conjunto de compromissos dentre eles a submissão a interrogatórios, ou qualquer outra forma de investigação, o não cumprimento importará na revogação do regime de proteção em que o delator estiver inserido.

Argumentam Masson e Marçal⁹⁴ que na fase de investigação é preciso garantir a utilidade da colaboração, o indiciado assumindo o compromisso de revelar todos os fatos que tenha conhecimento e manter a mesma postura na fase processual, buscando a condenação dos demais integrantes da organização criminosa. É relevante também conceder algumas garantias ao delator que após concluir suas informações em juízo, será contemplado com os prêmios referidos anteriormente na fase de investigação.

O diploma legal 12850/13 apresenta semelhança com a legislação italiana, traz a baila uma espécie de documentos antecipados contendo as revelações os compromissos firmados pelo delator, e as formas especiais que lhe são garantidos enquanto mantém a cooperação, o que tem previsão expressa do acordo entre as partes, a qual deve constar todas as responsabilidades do delator.

Dessa forma considera-se que a admissão da delação premial dependia do reconhecimento da natureza do compromisso ou acordo firmado entre o Ministério Público e agente, enfatizando uma situação em que o princípio balizador será da oportunidade regrada ou regulada na estratégia a seguir na busca de dismantelar a organização criminosa. É perceptível os avanços na legislação premial, ao determinar todos os lindes aos quais a responsabilidade do delator e as hipóteses de prêmio devem ser firmados de modo normativo as obrigações mínimas do colaborador e suas garantias, mantendo a atitude no decorrer do processo penal, as garantias e o compromisso, legalmente disciplinados nos parâmetros mínimos, atingirão no caso concreto em relação ao ajuste de origem entre delator e Ministério Público.

Assim a legislação italiana, notadamente a partir das reformas de 2001, procurou superar os conflitos e regulamentando o verbete ilustrativo de forma a determinar antecipadamente obrigações ao colaborador e garantias mínimas especificadas a garantir o tratamento do prêmio, progresso constatado na legislação brasileira com o advento da lei

⁹⁴ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 105

12850/13. No tocante as imposições ao acusado, a mais importante é a cobrança de que o conteúdo de sua delação seja conclusivo, informando as autoridades estatais as revelações importantes que possibilite a reconstrução dos acontecimentos e à individualização e captura dos membros.

3.1.9 O conflito da garantia aos colaboradores e da extensão dos benefícios

De qualquer forma, para salvaguardar o colaborador não pretende colocar condições ao reconhecimento dos prêmios da delação premial, ao resultado concreto de condenação de partícipes ou coautores bem como apreensão dos produtos do delito. Pelo contrario o acusado colaborador não teria as mínimas garantias para manifestar o comportamento ativo de informações estando condicionados a elementos externos futuros, que não são garantidas no momento de contraditar, tanto no ministério público como na polícia no procedimento pré-processual, como o juiz de primeiro grau, não há possibilidade de confirmar a condenação futura de partícipes e coautores.

Segundo Mossin⁹⁵ é de ressaltar que uma vez reconhecida no caso concreto o preenchimento das exigências da colaboração, a autoridade policial ou órgão ministerial, tendo com subsidio o depoimento do agente, examinados os resultados na expectativa da investigação dos acontecimentos, cumprindo o delator com as responsabilidades assumidas anteriormente, o acusado passa a ter direito subjetivo à permissão para usufruir dos prêmios não podendo haver discricionariedade do juiz do ministério público.

A renúncia ao silêncio como condição indispensável para firmar o acordo de colaboração premiada, não há como negar o benefício ao agente, o qual terá analisado sua proporcionalidade definida no caso concreto, sendo possível até recurso para instâncias superiores, se houver descontentamento de uma das partes.

Para Masson e Marçal⁹⁶, a homologação judicial do acordo preliminar não implica a concessão do benefício antecipado ao delator, porém significa que satisfeitos os seus termos, tendo o acusado cumprindo com suas incumbências e ônus compromissados no acerto, o qual é condicional, porém ligado seu conteúdo. Dessa forma, a delação processual não pode ser vista senão como um mecanismo jurídico, por onde o delator renuncia o seu privilégio de não

⁹⁵ MOSSIN, op. cit. p. 168

⁹⁶ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 145

contribuir com o ministério público em face dos prêmios no âmbito da sanção. Esses efeitos devem caminhar lado a lado, são correlatos, o que distancia a possibilidade de fragmentação ou aplicação proporcional. Assim sendo, empregando-se dos contributos do delator para atingir a desejada eficácia concreta na

3.1.10 Delação processual e seu valor probatório como prova

Segundo Aury Lopes Junior⁹⁷, as provas são formas probatórias que por meio delas, fará a reconstrução do fato ocorrido. Ademais, a finalidade da prova é de modo inegável é o fato, procurando formar a convicção do juiz em relação aos indícios indispensáveis para decisão do processo.

Nesta esteira, compõem o objeto da prova os acontecimentos que possam gerar dúvida, assim sendo, exijam uma comprovação. No ordenamento normativo pátrio, é assegurado o devido processo legal, inserido no contexto fático probatório, interligando a pessoa ao direito de defesa e ação. Seria inútil se autor e réu ao trazer suas demandas ao judiciário, não lhes fossem garantidos a oportunidade para demonstrar suas alegações.

A relevância da prova no processo penal contempla o direito a apuração, o direito de peticionar requerendo provas, o direito de aceitação das provas requeridas ou indicadas, o direito de não aceitação de provas ilícitas e ilegais, o direito de participação das partes nas diligências para obtenção de provas e o direito a análise das provas.

Por outro lado, Fernando Capez⁹⁸, explica que a prova é o mecanismo pelo qual se forma a convicção do juiz no que se refere ao acontecimento ou não dos fatos. Enfatiza ainda o direito ao contraditório não objetiva somente a defesa compreendida em sentido negativo, como resistência ou oposição, mas notadamente, a defesa vista em sua extensão positiva, ou como direito de ocorrer ativamente pelo incremento e o resultado do processo.

Salienta Guilherme Nucci⁹⁹, que o princípio do contraditório esta prevista na Constituição Federal, de maneira que não pode admitir singelamente a asseveração, mesmo que viole garantias constitucionais, a delação premiada tem sido acolhida pelos tribunais.

⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Entende-se que qualquer violação a garantias constitucionais não poderia ser aceito pelo ordenamento jurídico pátrio.

Preleciona Adalberto Aranha¹⁰⁰, mesmo que os tribunais proferem decisões reiteradas admitindo as teses de constitucionalidade de caráter duvidoso, por exemplo, acolhendo declaração do corréu, sem consentir as partes na obtenção desse depoimento e, a utilização de confissões extrajudiciais, como meio probatório muito questionável, indo a posição contrária do devido processo legal¹⁰¹ não deve continuar como se encontra o atual cenário.

Para Tourinho Filho¹⁰², se a Constituição Federal constituiu o contraditório à classe de dogma de fé, o devido processo inserido no contraditório o mesmo ocorre com a ampla defesa, a delação do corréu não pode ser compreendida como prova, mas um fato que necessita passar pelo contraditório, sob pena de imprestabilidade.

Analizando essa ótica, se o princípio do contraditório tem por finalidade assegurar, às partes, colocar em dúvida a ocorrência do fato, nesse sentido a homologação do acordo, pelo juiz, que lhe convence sobre a coautoria e participação do colaborador, no cometimento de crime, desarraiga qualquer probabilidade de desenvolvimento contraditório que trate do delito e, do acusado delator.

De acordo com Auri Lopes Junior¹⁰³, com a homologação do acordo, e como um possível cumprimento da pena, seria impossível ao delatado, por em dúvida através de meios probatórios, os fatos delatados, sendo que, o juiz considerou antecipadamente, como verdadeiros.

Nesta toada, coloca-se em dúvida a constitucionalidade da delação premiada. É visível uma grave transgressão ao princípio do devido processo legal. É necessário para confirmar o acordo que tenha um processo, “somente dele pode virá a pena”, admitido após o contraditório. Na colaboração premiada, observa-se que não há processo, porque foi surripiado o contraditório, nesse ponto vislumbra também inconstitucionalidade, ferindo a isonomia constitucional, o direito penal evapora no Estado de Direito.

¹⁰⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. **Da prova no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

¹⁰¹ O **devido processo legal** (em inglês: due process of law) é uma princípio **legal** proveniente do direito anglo-saxão (e, portanto, de um sistema diferente das tradições romanas ou romano-germanas), no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas ..

¹⁰² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰³ LOPES JUNIOR, Aury. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>; acesso em 20 de Setembro 2016.

É visto nessa seara que os acordos são firmados de forma sigilosa, porém seria natural, constitucional e legal, a parte contestar diante dos meios de provas adequados. Contudo, o embasamento dos acordos são secretos, não permitindo aos suspeitos, incriminados em suas defesas, constatar a legalidade do ato. Destaca-se que a obrigatoriedade e indisponibilidade esta sendo interpretada erroneamente e equivocada, assim ferindo o devido processo legal.

A colaboração premiada ocorre com a confissão, que em regra, acontece no interrogatório, embora seja um ato personalíssimo, quanto à pessoa do réu, acaba sendo concretizado com respaldo constitucional que clama ao crivo do contraditório. De acordo com Nucci¹⁰⁴, quando um corréu delata os demais membros, o juiz deve permitir as partes que façam perguntas e esclarecimentos de duvidas. Entretanto, do contrário é uma prova inquisitiva, que produzirá danos para quem não participou.

É preciso constatar-se os limites constitucionais que de forma alguma pode ser extrapolados, precisamente na luta contra o crime de todas as espécies. O Estado Democrático de Direito apresenta uma barreira intransponível que envolve toda politica criminal. É evidente que o devido processo penal é consolidado, não deve permitir retrocesso à custa de políticas criminais ineficientes. No tocante a rigidez do processo penal o legislador ordinário tem que ampliá-lo para melhor proteção dos direitos fundamentais.

Luiz Flavio Gomes¹⁰⁵, explica que o Estado perdeu a capacidade investigativa e, punição dos criminosos, é a falência estatal declarada sem nenhum escrúpulo. Percebe-se que o Estado esta compelido a desobedecer aos mais relevantes princípios éticos. Roberto Romano fala com propriedade que a delação premiada enterra o direito e a justiça.

3.1.11 Os limites constitucionais á intervenção penal.

Uma análise rápida da Constituição Cidadã já permite concluir que o legislador constituinte determinou um grande número de dispositivos assegurando no desempenho do aparelho repressivo, procurando como isso a conformidade do direito processual penal aos princípios democráticos almejados na Carta Magna.

¹⁰⁴ NUCCI, op. cit. Conjur.

¹⁰⁵ GOMES, op. cit

Segundo Beck¹⁰⁶, a Constituição Federal ao determinar a República Federativa do Brasil na configuração de um Estado Democrático, e buscando a ele harmonizar o sistema legislativo ordinário, foram instituídos corretamente os princípios, garantias e direitos processuais e penais. O parágrafo segundo do art. 5º como não bastasse, incluído rol dos direitos e garantias fundamentais, encontrado no capítulo dos direitos individuais e coletivos, reconheceu a fórmula de cumprimento dos direitos e garantias implícitas consequentes do regime e das regras por ela adotada.

Destaca Luiz Roberto Barroso¹⁰⁷ que a Carta Magna do Brasil não pretende ser restrita e exaustiva no seu bojo expresso. É certo de que no rol que todos os direitos, mesmo que de maneira implícita, surgem dos ensinamentos que a constituição encerra. Desse modo incluem também os direitos contidos nos tratados internacionais do qual o Brasil seja parte livremente da intermediação interna de uma atitude de força legislativa.

Salienta Pedro Lenza¹⁰⁸ no tocante ao rol dos princípios fundamentais e de modo expresso e protegido pela Constituição Federal, no que se refere ao direito penal, cabe ser destacado *ab initio*, o mais importante de todos; art. 5º inciso XXXIX da Constituição Federal trata-se do princípio da legalidade. Na sequência o inciso XL do mesmo diploma legal define o princípio da irretroatividade da lei penal, seguido pelo inciso XLV que versa sobre a responsabilidade pessoal e, por último o inciso XLVI também do mesmo diploma que faz referência à individualização da pena.

Segundo Beck¹⁰⁹,

Como princípios penais fundamentais “não formalizados” na Constituição decorrentes dos princípios formalizados e amparados no Estado Democrático de Direito cita; a) princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (também denominado princípio da ofensividade ou da lesividade); b) princípios da intervenção mínima da subsidiariedade e da fragmentariedade; c) princípio da efetividade, eficácia ou idoneidade; d) princípio da proporcionalidade. Na esfera dos princípios constitucionais, o debate deve ser iniciado, necessariamente, pelo princípio do devido processo legal, expressamente previsto no art. 5º, inciso LIV do texto constitucional.

O princípio do devido processo legal tem uma compreensão vasta, dele se deduzindo diversos outros princípios de especialidade processual, como do juiz natural, da presunção de

¹⁰⁶ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: Ibccrim, 2004. P. 21 e 22.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁰⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁰⁹ BECK, op. cit. p. 115

inocência, da publicidade dos atos processuais, contraditório, ampla defesa, in dubio pro reo e a obrigatoriedade de motivação em todas as decisões judiciais, duplo grau de jurisdição e o direito ao silêncio.

Juntando se a esses princípios pela relevância no assunto, a norma da inadmissibilidade das provas ilícitas, com previsão implícita no texto constitucional. São essas normas, garantias e princípios que freiam a atividade repressiva estatal, garantindo ao acusado de qualquer crime exercer esses direitos. O acusado deve ter assegurado a proteção contra eminentes ameaças ou lesões à sua defesa ou julgamento, com a finalidade de proteger um dos mais importantes bens jurídicos do ser humano; a sua liberdade.

3.1.12 A expansão da interpretação constitucional do direito penal

Ao passo que a Constituição Federal fixou regras ao poder repressivo, da mesma forma incorporou normas que criam a obrigação do legislador infraconstitucional incriminar lesões a especificados bens jurídicos. Apoiados por movimentos sociais e, partidos de esquerda a Constituição fixou as balizas de um sistema criminalizador inovador no constitucionalismo pátrio, determinando uma verdadeira Carta Magna Penal dirigente.

Analisa Choukr¹¹⁰ precisamente a Constituição Federal, recepcionou os desejos sancionativos dos movimentos sociais em referência à tutela de direitos transindividuais e individuais como, por exemplo, inciso XLII, art. 5º da CF, que trata dos crimes de discriminação racial, a tutela penal do consumidor, art. 5º XXXII, por conseguinte o art. 173, paragrafo 5º trata-se dos crimes cometidos em desfavor da ordem econômica e financeira, consagra também no art. 225 a tutela ao meio ambiente, a proteção da criança e do adolescente previsto no art. 227 paragrafo 4º, igualmente, não deixou de captar os projetos de recrudescimento penal elaborado pelos movimentos que pedem justiça como a lei de crimes hediondos.

Argumenta Beck¹¹¹,

O fato de o país ter acabado de sair de um regime ditatorial fez com que o constituinte, da mesma forma, impedisse qualquer violação da nova ordem democrática. Nesse viés foi, a determinação constitucional de que o legislador penal

¹¹⁰ CHOUKR. Fausi Hassan. **Garantias constitucionais da investigação criminal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹¹¹ BECK, op. cit. p. 117

ordinário punisse qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais art.º XLI, a prática da tortura e do terrorismo art. XLIII e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático art. 5º XLIV.

Não é estranho o fato de a Carta Magna alojar posições antagônicas. Neste diapasão esta longe de ser um conteúdo fechado em si mesmo, e por isto guarda uma conformidade perfeita. Porém é comum as constituições apresentarem tensões na medida em que identifica o pluralismo o confronto subjacentes de ideias ao pacto fundador.

Nesse contexto a cultura emergencial do Brasil apresenta uma particularidade comum aos países que estão em processo de redemocratização: é cediço que valores soberanos selecionados pelo Estado com breve formalização em seus diplomas legais, já terminaram desmoralizadas, na prática social e jurídica, conferindo uma existência somente formal aos cânones culturais da normalidade.

Para Gilmar Mendes¹¹², a Constituição é o ápice de validade de um ordenamento jurídico. Sendo assim a constituição constitui, e qualquer norma jurídica apenas será válida se estiver em consonância com a constituição, que deve ser compreendida em um emaranhado de valores principiológicos. Entretanto o ordenamento jurídico brasileiro permite observar um certo fascínio que envolve o direito infraconstitucional, buscando uma adaptação constitucional às leis ordinárias. É preciso olhar o novo como os velhos olhos, de maneira que a Carta Magna ainda não alcançou o seu devido lugar no ordenamento pátrio.

3.1.13 Entendimentos favoráveis e contrários à delação premiada

Considerável parte da doutrina mostra-se contraria ao instituto da colaboração premiada, enxergando nessa particularidade uma indevida e ilegítima ingerência de mecanismos provenientes de uma lei de emergência, no sistema jurídico que move a vida em sociedade nos contemporâneos Estados Democráticos de Direito. Dessarte essa visão é defendida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli¹¹³, no mesmo sentido o argentino Eugenio Raul

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹³ É um jurista italiano e, em seguida, naturalizado francês, um dos principais teóricos do garantismo jurídico, a teoria desenvolvida inicialmente na área de direito penal, mas geralmente considerado uma garantia aplica-se a todos os paradigmas direitos fundamentais. Ferrajoli é definido como um positivismo jurídico crítico. Ele serviu como juiz e filósofo entre 1990 e 1995; Durante este tempo ele estava ligado ao do grupo Judiciário Democrática, uma associação judicial da orientação progressiva. A partir de 1970 ele foi professor de Filosofia

Zaffaroni¹¹⁴, chama atenção para a imoralidade e a antieticidade do instituto, seguindo este raciocínio o alemão Winfried Hassemer¹¹⁵, relata que os acordos podem arruinar o processo penal.

O jurista brasileiro, Guilherme de Souza Nucci¹¹⁶ enfatiza que o delator recebe pena inferior aos delatados, porém os crimes foram cometidos com a mesma gravidade por ambos, c) em regra, traição serve para qualificar ou agravar a pena, d) o pensamento que os fins justificam os meios, na possibilidade em que estes podem ser antiéticos ou imorais, e) vislumbra que a colaboração premiada não serviu até o momento para incentivar o crime organizado a quebrar a lei do silêncio por ser tratar da mais alta regra no universo do crime, f) o estado não pode berganhar com as organizações criminosas, g) por fim visualiza-se estímulo a colaborações falsas e um aumento a vinganças pessoais.

Por outro lado oposto Rogério Sanches Cunha, Renato Brasileiro de Lima, Ronaldo Batista Pinto, João Paulo Baltazar Junior, entre outros observam a delação premiada com bons olhos, nesse sentido anotava Rudolf Von Ihering¹¹⁷;

Um dia, os juristas vão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora de mera faculdade e do atributo. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade.

Essa corrente entende que a delação premiada é um meio especial para angariar provas, sendo que o estado não pode abrir mão, notadamente quando enfrenta o crime organizado. Desse modo não se investiga esse tipo de crime, muito menos os que derivam de

do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino, onde também foi reitor da *Facoltà di Giurisprudenza* (Faculdade de Direito) e, desde 2003, no Tre Universidade Roma

¹¹⁴ É um jurista e magistrado argentino. Foi ministro da Suprema Corte Argentina de 2003 a 2014, e desde 2015 é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ainda, é professor titular e diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires, doutor honoris causa da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela Universidade Federal do Ceará, pela Universidade Católica de Brasília e pelo Centro Universitário FIEO, vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal. O garantismo é um sistema sócio cultural que estabelece instrumentos jurídicos para a defesa dos direitos fundamentais e consequente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou de coletividades, que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e/ou, sobre tudo, com interesses do Estado. O Garantismo se vincula ao conceito de Estado Democrático de Direito, modelo político-jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder punitivo estatal. Entretanto, possui matriz positivista e, embora carregue em si o minimalismo penal como um de seus postulados, pensa o poder punitivo como um instrumento legítimo e em alguns casos eficiente.

¹¹⁵ Era um estudioso do direito penal alemão. Foi vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal. Nascido em Gau-Algesheim, Hassemer era de 1964-1969 um assistente científica no Instituto de leis e filosofia social da Universidade de Saarland.

¹¹⁶ NUCCI, op. cit. p. 728 e 729

¹¹⁷ IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 73

organização criminosa, tendo como parâmetros meios vestuttos e ortodoxos. Segundo Masson e Marçal¹¹⁸ imaginar que as formas investigatórias, composição e modus operandi do crime organizado, seja bem feita somente por meio de documentos, depoimentos de testemunhas e, interrogatório de suspeitos seria ignorar por um todo, as dificuldades intrínseca ao combate intensivo das organizações criminosas.

¹¹⁸ MASSON e MARÇAL, op. cit. p. 120

4. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO DELATOR DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1 Princípios constitucionais e a delação premiada

Observa-se, na historicidade constitucional, que a dimensão individual dos direitos fundamentais, é mais adaptada em sua origem e sua dimensão mais elementar. A finalidade subjetiva dos direitos fundamentais obedece a circunstâncias desses direitos de em menor escala ou em maior escala, desejarem uma vontade a que se adote uma dada conduta ou se expressa no poder da pretensão de produzir resultados sobre certas semelhanças jurídicas.

De acordo com Mendes¹¹⁹, nessa expectativa, os direitos fundamentais traduzem à reivindicação de uma ação negativa “principalmente, de respeito a liberdade da pessoa”, ou positiva de outrem, e, retribuem a competências sendo que não se cogita exigir desempenho ativo ou omissivo de outrem, contudo do poder de transformar-lhe as posições jurídicas.

Entretanto essa seja a esperança de maior destaque dos direitos fundamentais, ela coexiste com uma geração objetiva ambas sustentando uma relação de remissão e de complemento mútuo. A geração objetiva resulta da definição dos direitos fundamentais como princípios basilares da ordem constitucional.

Segundo Silva¹²⁰, direitos fundamentais faz parte da natureza do Estado Democrático de Direito operando como limite do poder e como direção para sua ação. É visto que a constituições democráticas admitem um sistema de valores que se revelam e positivam os direitos fundamentais.

Para Mendes¹²¹ essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis.

Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, providas de particulares ou de outros Estados.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹²¹ MENDES, op. cit. p. 168.

Nesta perspectiva dever de proteção mostra-se associado especialmente, porém não de modo exclusivo, aos direitos a integridade física, a liberdade e à vida. Nesse sentido o Estado deve elaborar medidas se necessário até mesmo de ordem penal que resguardecem de modo efetivo os direitos fundamentais.

Com esse enfoque, vislumbra-se que os direitos de defesa proporcionam uma aparência de direito a prestação positiva, na possibilidade em que a estatura objetiva dos direitos fundamentais, exige a adoção de providencias, quer jurídicas, quer materiais de abrigo dos bens protegidos. Dessa forma se confirma que a alegação de que a dimensão objetiva intervém na dimensão particular dos direitos fundamentais, neste sentido concedendo-lhe reforço de efetividade.

De acordo com David Araújo e Serrano Nunes Junior¹²², os direitos fundamentais apresenta as seguintes características;

Historicidade: nascendo no Cristianismo, possuem caráter histórico, passando pelas varias revoluções e chegando aos dias atuais;

Universalidade: destina-se a todos os seres humanos, de forma indiscriminada. Nessa esteira aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²³, o pensamento de se constituir por escrito um rol de direito em favor de pessoas, de direitos com o cunho de superioridade ao próprio poder que os reconheceu e concebeu, não é nova.

4.1.1 Alcance dos direitos e garantias fundamentais

O art. 5.º, *caput*, da CF/88 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo -se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos. O rol é meramente exemplificativo, no tocante aos direitos e garantias expressamente na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela incorporados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

¹²² ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. Saraiva: São Paulo. 9 ed. 2005.

¹²³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho é um advogado, jurista, político e professor brasileiro. Foi titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi Ministro da Justiça em caráter interino.

De acordo com Pedro Lenza¹²⁴ o caput do art. 5º, expressa referência unicamente a brasileiros natos ou naturalizados e, estrangeiros residentes na Republica Federativa do Brasil. Entretanto, a estes destinatários expressos, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina vêm acrescentando, por meio de interpretação sistemática, os estrangeiros que não residem, como por exemplo, as pessoas jurídicas, os apátridas e os turistas.

Assim sendo, não seria impeditivo, que um estrangeiro, apenas de passagem pelo Brasil, ilegalmente preso, pudesse impetrar habeas corpus com a finalidade de proteger seu direito de ir e vir. Contudo, deve-se verificar, é claro se o direito garantido não apresenta algumas características, como ação popular, que só pode ser impetrada pelo cidadão.

Salienta Mendes¹²⁵, que no âmbito das classificações dos direitos fundamentais, planeja-se, por vezes, afastar os direitos das garantias. No Estatuto Político, há direitos com finalidade imediata um bem específico “liberdade física, honra e vida”. Porém há outras normas que resguardam esses direitos de modo indireto, ao limitar, procedimentalmente por vezes, o exercício do poder. Neste contexto essas regras dão origem aos direitos-garantia, as denominadas garantias constitucionais.

É certo que as garantias constitucionais asseguram ao individuo a possibilidade de cobrar dos poderes públicos o cumprimento ao direito que instrumentalizam. Diversos direitos com previsão nos incisos do art. 5º da Constituição Federal se ajustam a esse tema. Observa-se, por exemplo, os princípios ali consignados de direito processual penal. Acrescenta Virgílio Afonso da Silva¹²⁶, nem sempre, apesar disso a fronteira entre uma e outra categoria demonstra límpida, o que na verdade, não apresenta relevância prática, sendo que nossa Carta Magna confere tratamento, igualitário as garantias fundamentais.

4.1.2 A delação premiada como forma de garantir a eficiência do direito de punir do estado

Evidente que acordos de colaboração premiada firmados nas operações da Policia Federal, Ministério Público Federal, Policia Civil e Ministério Público Estadual, que

¹²⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹²⁵ MENDES, op. cit. p. 169.

¹²⁶ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo: Malheiros, 2007.

investigam diversos esquemas de corrupção, tem cláusulas que afrontam dispositivos constitucionais, incluindo garantias e direitos fundamentais, código de processo penal, código penal e a lei de execução penal.

Nesta esteira, os acordos de delação premiada devem ser homologados pelo judiciário, porém esses acordos serão contestados pela defesa, e encontrando irregularidades podem ser anulados na integra ou partes deles. Neste caso as provas capitadas de forma ilícita e as condenações decorrentes de delação premiada podem ser derrubadas, colocando toda a investigação em risco.

Segundo Pereira¹²⁷ a colaboração premiada no Brasil existe desde o ano de 1603, com as Ordenações Filipinas. Este instrumento é previsto em várias legislações criminais, como; Lei de Crimes Hediondos, Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas, Leis de Droga e Código Penal. Bem como fazendo analogia histórica, aliviou as sanções de contraventores que entregou Tiradentes ao governo da época, e na historia recente, destaca o ex-deputado Federal Roberto Jeferson que denunciou o mensalão.

Diante dessa conjectura, Heráclito Antônio Mossin¹²⁸ somente com a promulgação da lei 12850/2013, conhecida como lei das organizações criminosas, que a delação premiada foi regulamentada no Brasil. Com o advento da 12850/2013, as delações premiadas deixaram de ser realizadas de maneira informal, e aplicação da pena de acordo com o entendimento do juiz. Nesta nova concepção iniciou a formalização de contratos com cláusulas especificando as condições e benefícios necessários para obtê-lo.

Nessa seara os acusados resolvem até por pressão de o cárcere colaborar com a justiça, tendo a possibilidade de redução de pena, ou por medo de alongamento da prisão preventiva. Nos últimos anos, vem desenhando no país, que a colaboração premiada é um instrumento eficaz principalmente para elucidar crimes empresariais e financeiros.

É notório que várias cláusulas nos acordos de colaboração, desrespeitam normas, constitucionais. É visto a nítida violação às garantias e direitos fundamentais prevista na Constituição, levando em consideração que os compromissos firmados com a policia e Ministério público, proíbem o delator de contestar no judiciário, e interpor recursos contra decisão condenatória. Verifica nesta situação exceções em casos que as sanções impostas pelo

¹²⁷ PEREIRA, op. cit. p. 55

¹²⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio Cesar O. G. **Delação Premiada: Aspectos Jurídicos**. Leme: J, H, Mizuno, 2016. p. 27

magistrado que fixe multas e regime de cumprimento que extrapolem os limites fixados no acordo.

Ademais, visualiza um choque com o art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal, que trata do direito de ação do cidadão. De acordo com Nucci¹²⁹ a cláusula proposta entre autoridades e delatores, violam garantias constitucionais, sendo que estes contratos não podem determinar proibição deste tipo. Entre as proibições esta a vedação da impetração de habeas corpus, e desistência daqueles que estão em tramitação. É preciso enfatizar que o governo ditatorial de 1968, do presidente Costa e Silva, suspendeu o habeas corpus, quando a matéria versava sobre crime contra a segurança nacional, crimes políticos, economia popular e da ordem econômica. Tal proibição vigorou durante 10 anos e aplicação se estendeu de modo geral.

Salienta Silva o constituinte de 1988, para evitar que essa situação repetisse o remédio constitucional “habeas corpus” foi tratado com relevância pelos senadores e deputados constituintes, que o elegeram ao rol das cláusulas pétreas, tornando um direito fundamental na Carta Magna de 1988, art. 5º, inciso LXVIII.

Salienta Cleber Masson e Vinicius Marçal¹³⁰ nos acordos de delação premiada, consta um dispositivo inconstitucional, determina que a defesa não possa ter acesso aos conteúdos dos depoimentos dos delatores, que ficarão restritos ao juiz e ao ministério público, em outras palavras é vedado ao advogado ter acesso a própria delação de seu cliente. A justificativa do Ministério Público para essa vedação é a ampliação do sigilo da investigação.

Para Gazzola¹³¹, a justificativa do Ministério Público afronta os princípios da ampla defesa e do contraditório, assegurados a todos ligantes e acusados art. 5º, inciso LV. O ordenamento jurídico pátrio permite que os advogados tenham acesso a documentos já produzidos no inquérito policial e processos. A negativa de acesso a inquéritos e processos a paridade, igualdade, aparece neste cenário uma acusação hipertrofiada sufocando a defesa carente de recursos.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme Souza. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 25 de Setembro de 2016.

¹³⁰ MASSON, Cleber e MARÇAL Vinicius. **Crime Organizado**. 2 ed. Ver., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

¹³¹ GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação premiada**. Limites Constitucionais da investigação. São Paulo: RT, 2009.

Os termos de acordo de delação premiada assinada pelos delatores obrigam estes, a renunciarem o direito ao silêncio, garantia descrita no bojo do art. 5º, inciso LXIII. Para Silva, não é possível renunciar um direito fundamental, previsto na Constituição Federal, sendo que o direito ao silêncio está previsto no Pacto de São José da Costa Rica, sendo um direito contra a tortura cometida por agentes públicos.

Segundo Cleber Masson e Vinicius Marçal¹³² em contra partida, os acordos de delação do Ministério Público compromete suspender por um período de 10 anos processos que estão tramitando em face do delator. Transcorrido 10 anos sem o colaborador descumprir os acordos firmados no contrato, dessa forma a prescrição dos processos contra ele, seguirá normalmente até a extinção da punibilidade. Além dos benefícios citados anteriormente, o Ministério Público firma compromisso de não propor novas investigações de fatos relacionados ao objeto do compromisso.

Nesta toada, Silva¹³³ o Ministério Público sabendo de ocorrência criminosa e deixar de agir, descumpra a Constituição Federal (art. 129, I e VIII), que determina como uma das funções institucionais do Ministério Público, de promover a ação penal e instauração de inquéritos. O entendimento doutrinário majoritário, e que o Ministério Público não pode fugir de suas atribuições. A conduta do Ministério Público em abrir mão de suas atribuições, conforme cláusulas firmadas nos acordos de delação afrontam os princípios da indisponibilidade, obrigatoriedade e da legalidade.

Porém, as irregularidades dos acordos de delação premiada, não violam somente a Constituição Federal. Os acordos têm várias cláusulas que estão em desacordo como o Código de Processo Penal, Código Penal e outras legislações. O regime de cumprimento pena, o tempo exato que o delator ficará no regime inicial e no posterior, terá sua efetivação após análise das declarações prestadas. Após seis meses, da assinatura do acordo as partes voltam a se reunir sendo apresentado por ambos uma proposta de prazo, tendo acordo seguirá para o magistrado que decidirá sobre a homologação.

De acordo Nucci¹³⁴ essas cláusulas nos termos de delação premiada não estão em consonância com o art. 59, inciso II do Código Penal. É claro que existe uma subversão que engloba todo pensamento do processo penal, criando um regime diferenciado de cumprimento

¹³² MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 125

¹³³ SILVA, Op. cit.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

de pena a margem da lei. Percebe-se nitidamente que as posições dos acordos de delação premiada configuram desrespeitos às normas de direito penal e processo penal, bem como da lei de execução penal. Em relação a lei de execução penal, os acusados que tornaram delatores, tiveram ao seu favor progressão de regime de cumprimento de pena, mesmo descumprindo os requisitos determinados no art. 112 do mencionado diploma legal.

No tocante aos regimes diferenciados o Ministério Público alega que existe previsão legal na lei das organizações criminosas. Assim sendo, a imposição de cláusulas em acordos de delação premiada, celebrados na fase investigatória ou do processo viola o art. 5º, inciso II e XXXIX da Carta Magna e art. 1º do Código Penal.

Dessa forma não é possível interpretação extensiva, tendo em vista que ainda não foram condenados. Dessa forma a legislação penal, passa a ser mesclada, e seus dispositivos, sancionados em conformidade com a conveniência do caso.

Encontra-se nos termos de delação premiada uma cláusula que versa sobre o rompimento do acordo, se o colaborador não cumprir as obrigações perderá os benefícios, contudo as declarações e as provas derivadas permanecerão no processo. Quando a quebra do acordo for motivada pelo juiz ou Ministério Público não muda, sendo que o acusado, tem a prerrogativa de não parar de ajudar a justiça.

Salienta o Desembargador Orlando Perri do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, é cediço que essa desigualdade presente nos acordos de delação premiada viola o princípio do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido o não cumprimento do acordo, torna-se os depoimentos e as provas obtidas a partir destes são ilícitas, as quais deveriam ser desentranhadas do processo art. 157 código de processo penal.

Observa-se nos acordos firmados recentes, na operação “lava jato”, foram fixados certo número de anos com fundamento para as vantagens penais, por exemplo, remissão da pena, “estudo ou frequência escolar e trabalho”, anistia e indulto e saída temporária. Essa regra é prejudicial para o acusado que for condenado a uma pena inferior ao patamar determinado, tal evento afronta a legalidade e todo o contexto das execuções penais.

Nessa seara jurídica, os dias trabalhados não servem para remissão da pena, mesmo estando previsto no art. 126 paragrafo I, da lei de execução penal. Nesse sentido afirma Greco¹³⁵ esta cláusula “frontalmente desrespeitam” à legislação e, o acusado não pode

¹³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. 16. ed. Niterói: Impetus, 2014.

renunciar este direito. Orienta que a lei 12850/2013 que trata das organizações criminosas não tem tal previsão, sendo assim tornando ilegal essa condição no acordo de colaboração premiada.

O Ministério Público Federal e Estadual as Polícias, Federal e Civil, contestam quaisquer inconstitucionalidade e irregularidades nos termos de acordo de delação premiada, enfatizando que somente negociam com acusado, e, que encontram respaldo na lei 9099/95 (lei dos juizados especiais). Nesse contexto entende que as restrições impostas evitam a impetração de recursos protelatórios com cunho de gerar prescrição e consequentemente impunidade.

De acordo com Masson e Marçal¹³⁶ a fixação da pena, estabelecendo número de anos para concessão das vantagens penais, o Ministério Público tem demonstrado que o patamar é sempre inferior a sanção estimada, que o acusado poderia ser condenado. Em uma eventual condenação abaixo do mínimo determinado pelo acordo de colaboração for menor, o órgão ministerial pedirá ao juiz que a cláusula seja alterada.

Ademais, o Ministério Público e as policiais judiciais refutam a alegação de violação de ampla defesa e contraditório feito pelos advogados dos acusados, principalmente em relação de não ficarem com cópias das declarações. Os procuradores e delegados alegam que a restrição imposta, tem caráter temporário, e visa a proteção da investigação, que após a delação ser homologada pelo juiz, a defesa terá acesso aos documentos que citam seus clientes.

Não obstante, partes dos advogados concordam que se as cláusulas do acordo forem mais vantajosas aos colaboradores do que as previstas na legislação devem ser aceitas. Essa corrente sustenta que as cláusulas impostas no acordo de delação premiada, não há irregularidades, sendo possível a progressão de regime antes da sentença condenatória. Dessa forma, é inadmissível que o acusado ao firmar fique calado, haja vista que o silêncio tem que ser renunciado, por tratar de um direito disponível.

Relata Pereira¹³⁷ o instituto da delação premiada traz a voluntariedade como um dos principais requisitos para a concretização do acordo. Nas delações após sentença condenatória não observa este princípio, sendo que o acusado sofreu coação devido a pena imposta. Nestes casos, de delação após sentença, vislumbra chantagem “premiada” motivada pela coação,

¹³⁶ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 106

¹³⁷ PEREIRA, Op. cit. p. 25

torna-se o acordo espúrio. Essa chantagem premiada não era a intenção do legislador, tampouco deve ter total respaldo do poder judiciário.

Enfatiza Guilherme Nucci¹³⁸ no caso de acordo pós-sentença condenatória não existe espontaneidade, nem arrependimento do criminoso, simplesmente pelo fato de ser beneficiado, depois de sofrer coação moral e física suportada com uma sanção gravosa muitas vezes superior a 30 anos. Embora seja possível a colaboração pós-sentença condenatória é passível de alegar nulidade do ato por transgredir direitos fundamentais. A maioria dos advogados entende que se ficar provado que a delação originou por meio forçado, esta não deverá ter efeitos, porém se não houver ilicitude será homologada.

Antes da vigência da lei 12850/2013, exigia somente a voluntariedade, e não requeria a espontaneidade na delação, com o advento do diploma legal citado, disciplinou por completo a colaboração. Hoje, visualiza a espontaneidade como um comportamento autônomo, sem interferência externa, trata-se de circunstâncias do conhecimento da ação e de suas consequências no meio jurídico, moral e natural, sem a utilização de ação coativa ou persuasiva.

No ordenamento jurídico pátrio a voluntariedade da conduta denomina-se uma decisão livre, compreendendo em maior ou menor grau, do momento da adesão do acusado a fins morais e práticos ainda que influenciado por motivos ou fatores externos. Por isso a coação externa tende a retirar o requisito espontaneidade de um comportamento, nesta esteira, apenas a coação absoluta pode anular vontade.

4.1.3 Entendimento jurisprudencial a respeito da delação premiada

É imperioso destacar, que o acordo de delação premiada, regulamentado na Lei nº 12850/13, é realizado entre a autoridade policial e o delator, ou entre este e o Ministério Público, competindo ao juiz à homologação do respectivo termo, desde que observe a legalidade, sem formar convicções nas negociações.

¹³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Organização criminosa: comentários a lei 12850/13

Nesta toada, o aludido diploma legal, dispõe no § 6º¹³⁹ do art. 4º que celebrado o acordo nas formalidades do § 6º, o presente termo, juntamente com as declarações do delator e, cópias dos atos investigatórios, será encaminhado ao juiz para fins de homologação, sendo necessário observar sua legalidade, regularidade e voluntariedade, sendo permitido para esse fim de maneira sigilosa ouvir o colaborador, na presença de seu advogado. Destarte, ponderando necessário executar a oitiva prévia do delator, deverá o juiz limitar suas perguntas à avaliação da voluntariedade, regularidade e legalidade do negócio jurídico em comento.

Nessa linha intelectual, a Suprema Corte se pronunciou no sentido de que “a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador” (HC 127483, Min. José Antônio Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.8.2015, publicado em 4.2.2016).

Ao levar em consideração as estreitas balizas na atividade judiciária em relação a audiência com a finalidade de homologação do acordo, bem como a falta de contraditório na fase pré-processual, o juiz deve se privar de indagar o colaborador a respeito dos fatos e, outros envolvidos no caso. Desta feita, não deve modificar o ato, que em regra é destinado somente à examinar os pressupostos de validade da delação, no que se refere a produção de provas antecipada.

No julgamento de Exceção de Suspeição nº 166475/15¹⁴⁰, registro compartilhar da opinião de Sua Excelência no sentido de que a douta julgadora (cuja idoneidade e domínio sobre as ciências jurídicas são insofismáveis), agiu de plena e inequívoca boa-fé. Mas a suspeição, in casu, não decorre de eventual má-fé ou animosidade em relação à excipiente e demais indigitados, e sim do fato de que, ao realizar prematuramente atividade instrutória, à margem do contraditório e da ampla defesa, a excepta aparentemente se convenceu, em definitivo, da procedência da narrativa acusatória. A propósito, ao ser defrontada com pedido de prisão

¹³⁹ § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

¹⁴⁰ EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO – “OPERAÇÃO ARQUEIRO” – AUDIÊNCIA DESIGNADA PARA OS FINS DO ART. 4º, § 7º, DA LEI N. 12.850/2013 – HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE COLABORAÇÃO PREMIADA – ATIVIDADE JUDICIAL QUE DEVE SE LIMITAR À VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO – EXTRAPOLAÇÃO DE TAIS PARÂMETROS PELA JUÍZA EXCEPTA – EFETIVO INTERROGATÓRIO DO COLABORADOR, COM PROFUNDA PERQUIRÇÃO ACERCA DE FATOS E SUJEITOS DA SUPOSTA TRAMA CRIMINOSA – INFRINGÊNCIA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO PEGAL – EXCESSO DE LINGUAGEM EM DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS – DEMONSTRAÇÃO DO CONVENCIMENTO ÍNTIMO DA MAGISTRADA SOBRE A VERACIDADE DA NARRATIVA MINISTERIAL – PREJULGAMENTO – QUEBRA DO DEVER DE IMPARCIALIDADE – HIPÓTESE SUPRALEGAL DE SUSPEIÇÃO – EXCEÇÃO PROCEDENTE – CONSEQUENTE ANULAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS PROFERIDOS PELA EXCEPTA DESDE O MOMENTO EM QUE CARACTERIZADO O VÍCIO.

preventiva formulado pelo parquet em desfavor da ora excipiente e outros denunciados, a magistrada consignou expressamente que deixaria para deliberar sobre a medida cautelar após a realização da audiência homologatória, evidenciando que os dados colhidos em tal ato serviriam efetivamente de respaldo a provimentos jurisdicionais vindouros (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Pedro Sakamoto, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).

Salienta o Desembargador Pedro Sakamoto que os codenunciados e a excipiente já são tratados como culpados pela douta magistrada, situação que afronta uma das premissas mais relevantes do Estado Democrático de Direito; a presunção de inocência, levada a condição de garantia fundamental por nossa Carta Magna, precisamente em seu art. 5º, inciso LVII¹⁴¹.

Necessário, no ponto, abrir um breve parêntese para se discutir o alcance da norma em comento. Quando aponta que “ninguém” será considerado culpado até que sobrevenha édito condenatório, o Texto Maior não faz qualquer distinção entre ricos ou pobres, poderosos ou oprimidos, governantes ou governados. A redação é clara. Todos merecem igual tratamento. (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Pedro Sakamoto, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).

Nesta esteira, o resultado final pode ser um desastre jurídico de valorar na sentença os elementos colhidos no decorrer de um procedimento pré-processual em que dominam o segredo e a falta de contraditório e defesa. É preciso refletir que a investigação preliminar tem por fundamento aclarar o fato em grau de verossimilhança, e está direcionada a justificar o processo ou o não processo, em hipótese alguma para dar guarida um juiz condenatório.

Não se pode olvidar que a Carta Magna de 1988 escolheu o sistema acusatório, ao extremar o órgão encarregado da persecução criminal (art. 129, I) ao determinar o devido processo legal, art. 5º senão vejamos;

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

De todas as elencadas particularidades do sistema acusatório, o Desembargador Orlando Perri, relata que duas afloram de maneira obrigatória, sendo reveladoras da criação e cotidianamente do modelo constituído no processo penal pátrio; destaca-se a repartição das divisões processuais dos envolvidos no processo, com o refreamento democrático do poder, e a gestão da prova.

*De fato, não basta que se tenham bem-definidos os papéis do acusador, defensor e julgador se a este se permitir o baralhamento de suas atividades com as das partes envolvidas no conflito, relacionadas à iniciativa probatória. Cada ator deve não apenas se identificar, mas se manter fiel ao seu papel, evitando, tanto quanto possa, se intrometer na construção do acervo probatório, ainda que a pretexto de estar em busca da mitológica verdade real. Por isso a construção, especialmente no direito estrangeiro, do instituto da **imparcialidade** (correspondente ao *terzietà* do direito italiano), segundo o qual os partícipes do processo devem ter atribuições definidas, excluindo o atuar delas em funções que não lhe sejam típicas. E a justificativa dessa figura, que exige a repartição de funções, é a **contenção do poder**, particularmente o do juiz, que não pode romper o biombo que o separa das partes, invadindo-lhes atribuições, notadamente em matéria probatória. Como moderador do conflito, proíbe-se-lhe dirigir as investigações ou dela participar. Ao juiz cabe assegurar um **processo de partes**, e não assumir um papel de parte, imiscuindo-se em atividades probatórias. Sua posição de fiel da balança da justiça não o autoriza a sair em pesquisa às fontes e meios de provas, sob pena de comprometer a indispensável imparcialidade (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Orlando Perri, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).*

Ademais, no processo, sua relação topológica é que está sempre à mesma distância das partes bem como de seus interesses. Da mesma forma em que o juiz assume a obtenção de provas, ainda que na fase pré-processual, haja vista que se aproxima de um dos adversários e admite o perigo de proferir um interesse ao outro.

Relata o Desembargador Orlando Perri, que o artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser interpretado em conformidade com o sistema acusatório, em que a incumbência do magistrado é de garantidor dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, e não de administrador da investigação. O Desembargador não defende a inconstitucionalidade do referido diploma legal, porém faz ressalvas quanto à interpretação de acordo como sistema acusatório.

De acordo com Aury Lopes Junior¹⁴² o juiz deve ter a posição de espectador, por completo alheamento no tocante às atividades investigatórias ou instrutórias de provas. Outros doutrinadores enfatiza que a posição ativa do julgador na colheita das provas apenas se admite se, e somente se, for a benefício do réu, em obediência aos princípios da justiça material e, incorporando a presunção de inocência, neste diapasão com a condição de moderação e supletiva. Nesse sentido Gustavo Henrique Badaró¹⁴³, defende a atividade instrutória do magistrado quando ela comprometer informações sobre os meios de provas, e não quando tratar de fontes de provas.

Ao meu viso, a conciliação dos poderes instrutórios do juiz, previstos no art. 156 do CPP, somente se afigura possível na situação em que ele não possa, no propósito de “dirimir dúvida sobre ponto relevante”, antever o resultado dela. Ao contrário do que se passa no processo civil, em que a liberdade probatória do juiz abarca maior campo de atuação, no processo penal, que trabalha com direitos indisponíveis do investigado/acusado, ela é limitada pelo favor rei, do qual a presunção de inocência é corolário. Embora o brocardo in dubio pro reo se apresente como regra de julgamento, constitui ele barreira à atividade probatória do juiz, que não pode sair à cata de provas na situação de dúvidas, que, por deferência constitucional, favorece o acusado, diante da inarredável presunção de não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). (EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO Nº 166475/2015, Desembargador Orlando Perri, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, julgado em 24/08/2016, publicado em 31/08/2016).

É visto que a citada presunção constitucional em seu bojo traz como resultado impositivo, a impossibilidade do julgador, em matéria probatória, agir senão de maneira supletiva e subsidiária à atividade das partes, embora aprioristicamente, mesmo não sendo possível examinar qual sentido tende a tomar, nem a qual parte possa favorecer.

Destarte, mesmo não havendo previsão constitucional, porém é consenso que a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita. Nesse sentido o legislador constituinte instituiu garantias institucionais em prol dos magistrados e da magistratura, como forma de reconhecimento diante dos demais poderes constituídos. A respeito desse tema foram erigidas as garantias pessoais que possibilitam o exercício da atividade longe dos grilhões, de influencia que objetiva comprometer a justiça, bem como as decisões judiciais.

¹⁴² LOPES JUNIOR, op. cit. p. 73 a 76

¹⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2015, p. 90

4.1.4 Colaboração premiada: medida legal antiética

Colaboração premiada tem como finalidade a redução de pena, podendo chegar até ao perdão judicial, para o criminoso que delatar seus comparsas, benesses que será concedida pelo magistrado na sentença condenatória, porém alguns requisitos devem ser preenchidos. O instituto em análise tem origem em outros países, de modo independente da multiplicidade e características de cada ordenamento normativo e dos embasamentos políticos que o justificam.

De maneira eufemística o instituto chamado delação premiada, sendo inaugurada no ordenamento normativo brasileiro com o advento da Lei de Crimes Hediondo (lei 8072/90), propagou-se em nossa legislação esparsa, alcançando níveis inconspícuos. Dessa forma iniciou-se a propagação da traição benéfica, a qual é defendida pelas autoridades como avanço no combate ao crime organizado, que posteriormente recebeu a definição legal com a lei 12850/13. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹⁴⁴;

O fundamento invocado é a confessada falência do Estado para combater a dita “criminalidade organizada”, que é mais produto da omissão dos governantes ao longo dos anos do que propriamente alguma “organização” ou “sofisticação” operacional da delinquência massificada. Na verdade, virou moda falar crime organizado, organização criminosa e outras expressões semelhantes, para justificar a incompetência e a omissão dos detentores do poder, nos últimos 20 anos, pelo menos. Chega a ser paradoxal que se insista numa propalada sofisticação da delinquência; num país onde impera a improvisação e tudo é desorganizado, como se pode aceitar que só o crime seja organizado? Quem sabe o Poder Público, num exemplo de funcionalidade, comece combatendo o crime desorganizado, já que capitulou ante o que resolveu tachar de crime organizado; pelo menos combateria a criminalidade de massa, a criminalidade violenta, devolvendo a segurança à coletividade brasileira, que tem dificuldade até mesmo de transitar pelas ruas das capitais. Está-se tornando intolerável a inoperância do Estado no combate à criminalidade, seja ela massificada, organizada ou desorganizada, conforme nos têm demonstrado as alarmantes estatísticas diariamente.

Nesta toada, o legislador brasileiro acenou com a possibilidade de premiar o delator traidor, abrandando assim a responsabilidade penal, desde que preencha os requisitos estabelecidos pela lei, facilitando o sucesso da investigação das autoridades organizadas. Com essa figura excêntrica o legislador pátrio autorizou premiar o (alcagute), proporcionando-lhe

¹⁴⁴ Cezar Roberto Bitencourt. *Delação premiada na ‘lava jato’ está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

vantagem legal, manejando os parâmetros punitivos, distante dos embasamentos direito-dever de punir que o Estado celebrou com a sociedade.

É inadmissível sem qualquer debate, as vantagens de um criminoso que, para ser contemplado por determinado benefício, “dedure” seu comparsa, que por algum momento tiveram uma relação de confiança para realizarem alguma atividade delituosa. É preciso falar da moralidade e, justiça que o Estado tem assumido no direito premial. Convém ressaltar que para efeito da colaboração premiada, não se discute o fundamento do colaborador, não tendo relevância ter sido por vingança, ódio, arrependimento ou infidelidade ou somente por uma avaliação fria, calculista, infiel e antiética do delator traidor.

Imperioso destacar que seria legítimo o Estado abrir mão de meios imorais e antiéticos, como incentivar a traição e deslealdade entre os parceiros, assegurando em condutas dessa natureza para alcançar o efeito de sua incompetência não lhe admite por meios mais ortodoxos. *Data vênia* não é moral incentivar seus súditos a, trair, delatar, mentir ou dedurar um companheiro impelido de forma exclusiva pela ânsia de angariar vantagem pessoal seja qual for à natureza.

Percebe-se, ainda que se afirme moralmente estar do lado da investigação do crime do que o seu acobertamento, chega a ser arriscado acreditar que tais informações, que são provenientes de uma traição, elas podem ser traiçoeiras em sua essência. Notadamente aquele que tem capacidade para trair, dedurar ou delatar um comparsa com a finalidade de obter alguma vantagem pessoal, não terá hesitação em mentir, tergiversar, manipular e inventar as informações que apresenta para ser digno do que deseja.

Com um posicionamento antiético¹⁴⁵, não se pode supor que o colaborador adote, de sua parte uma conduta ética e, limite somente a falar a verdade as autoridades, do ponto de vista lógico as vantagens da colaboração premiada falará qualquer coisa de interesse das autoridades no intuito de beneficiar-se. Assim sendo, essas particularidades retira uma incerta idoneidade que sua colaboração possa ter, por outro lado se é que alguma colaboração pode ser considerada íntegra em algum lugar.

¹⁴⁵ **Antiético** é quando se rompe as barreiras da ética. é quando se infringe regras de convivência social, quando se tem um mal-comportamento profissional, principalmente: quando se rompe valores que significam muito para as pessoas. é quando não se respeita a necessidade do todo para proteger a sua

4.1.5 Inversão na hierarquia do ordenamento jurídico

Convém lembrar que vivemos em um país que esta invertendo totalmente o ordenamento jurídico, na maneira em que a Carta Magna, para determinadas autoridades, é apenas uma peça ornamental, haja vista que é contraditada por leis, decretos, resoluções, portarias e nos dias atuais, por acordo de “delação premiada” também denominada “colaboração premiada”.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt¹⁴⁶

Nos últimos anos, o legislador contemporâneo tem demonstrado censurável desprezo pelas garantias constitucionais, e certa predileção em editar diplomas legais francamente inconstitucionais, e, particularmente, afrontadores de direitos fundamentais assegurados na própria Constituição. Na verdade, há uma “produção” excessiva de leis que, a pretexto de combater a impunidade, ignoram a existência de garantias fundamentais, e algumas até contradizem diretamente as previsões constitucionais, como ocorre, por exemplo, com a Lei 12.850/2.013.

Nesse sentido, Bitencourt, afirma que a colaboração premiada é antiética e imoral, com a presença de algumas nulidades; é visível inconstitucionalidade ao confrontar a lei 12850/13 com a Constituição Federal, em decorrência do próprio texto legal. Além das visíveis inconstitucionalidades textuais, a aplicação do instituto da colaboração premiada, com certa desvirtuação interpretativa pode aumentar tais inconstitucionalidades, em razão de como as autoridades utilizam o referido instituto.

Nessa ótica, as informações vazadas e divulgadas pela mídia apresentam-se essas nulidades e inconstitucionalidades são dissipadoras na “delação premiada”, celebrada entre as Polícias Judiciárias e Ministério Público. Esses acordos de colaboração premiada são eivados de nulidades grotescas em decorrência da renúncia de garantias fundamentais, impostas pelos negociadores da colaboração, ao réu e ao seu defensor.

Entre as garantias fundamentais violadas destaca-se o devido processo legal, ampla defesa, direito ao silêncio, de não se auto incriminar e o de não produzir contra si mesmo. Nesse contexto o delator tem que renunciar a todos esses direitos fundamentais, incluindo o direito de ação. Por meio de uma delação premiada, não se pode renunciar garantias fundamentais, do devido processo legal e da ampla defesa, ainda mais quando essa é imposta.

¹⁴⁶ Cezar Roberto Bitencourt. *Delação premiada na ‘lava jato’ está eivada de inconstitucionalidades*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

Nesta esteira, visualiza-se algumas nulidades e inconstitucionalidades¹⁴⁷ nos acordos de colaboração premiada senão vejamos.

É reconhecido que o delator tem assegurado o direito ao silêncio e, não auto incriminar. Porém traz a baila o art. 4º, paragrafo 14 da lei 12850/13, para cobrar que o delator renuncie nos depoimentos em que prestar. Em outras palavras percebe-se nitidamente uma inversão da ordem natural fundamentado na hierarquia de nosso ordenamento normativo, e simplesmente que com um **acordo, revogam a Carta Magna.**

4.1.6 Inconstitucionalidade textual: renúncia ao direito de silenciar (artigo 4º, parágrafo 14).

Tendo iniciado o processo, o delator, de modo indubitado, parte no processo, tem pleno direito ao silêncio. Nesse aspecto o paragrafo 14 do artigo 4º, incorre em inconstitucionalidade, que trata da renuncia do colaborador, utiliza-se voz cogente, em relação ao direito ao silêncio, perante seu defensor. O referido dispositivo é claramente inconstitucional, porque obriga ou condiciona o réu a desistir de um direito consagrado na Constituição Federal e, em Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos, sendo o Brasil signatário.

A Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica ratificam que o réu não esta obrigado a produzir provas contra si mesmo em hipótese alguma, mesmo com a desculpa de colaborar com a justiça, na condição de colaborador. Desse modo, seria mais interessante e mais benéfico uma sentença absolutória, do que a aplicação das vantagens decorrentes da delação.

Os absurdos derivados da lei 12850/13 no paragrafo 12¹⁴⁸ artigo 4º que emoldura o depoimento do delator em juízo não para por ai. Trata-se de uma disposição legal, porém estúpida, além de ser totalmente desnecessária. Desta feita, a hipótese técnica e inviável do

¹⁴⁷ 1) o delator tem que desistir de todos os *habeas corpus* impetrados; 2) deve desistir, igualmente, do exercício de defesas processuais, inclusive de questionar competência e outras nulidades; 3) deve assumir compromisso de falar a verdade em todas as investigações (contrariando o direito ao silêncio, a não se auto-incriminar e a não produzir prova contra si mesmo); 4) não impugnar o acordo de colaboração, por qualquer meio jurídico; 5) renunciar, ainda, ao exercício do direito de recorrer de sentenças condenatórias relativas aos fatos objetos da investigação.

¹⁴⁸ § 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

delator não ser denunciado, se tiver praticado crime ou, de qualquer forma, contribuído para ele. Em ocasião da sentença se aplica o perdão judicial, depois dela, a prova no processo não pode mais ser produzida.

A crítica da doutrina brasileira é persistente e pertinente no sentido que o país vem legislando no processo penal de maneira com a finalidade de desviar a atenção da produção de provas por meio da investigação de fato, concentrando na pessoa do próprio acusado como fonte probatória, transferindo-lhe responsabilidades, ou estimulando a reconstituição do fato. Essas medidas não deixam de ser uma forma indireta de o legislador ludibriar ou desrespeitar garantias constitucionais do cidadão não produzir provas contra si mesmo.

A força estatal, nos dias atuais prende para investigar, para fragilizar, para forçar uma confissão, para ameaçar e forçar uma colaboração premiada. Sendo que as autoridades repressoras reconhecem, que as prisões tem sido exitosa, com a finalidade de confissão e firmar acordo de colaboração. Remetemos a idade média referindo-se às *ordalhas*¹⁴⁹ e a tortura, as quais tinham por objetivo extrair a confissão do acusado e, eram exitosas. Nos dias de hoje só falta à tortura física, porque a psicológica já está ocorrendo.

4.1.7 O valor probatório da delação premiada (quando a delação premiada se torna prova ilícita)

Por mais que seja visível a violência e corrupção no Brasil, a colaboração premiada não significa que estamos autorizados a agir de uma maneira consequencialista. O fato de lutar contra a corrupção, que se apresenta de forma endêmica no Brasil, não justifica atropelar direitos e garantias fundamentais. Nesta toada, o Tribunal Regional Federal – 4, em um julgado no dia 30/06/2015, indeferiu Habeas Corpus de um indiciado da operação “Lava Jato”, na época estava preso há mais de 500 dias, sendo extrapolado o prazo razoável, no ano de 2009 o Conselho Nacional de Justiça determinou o prazo de 168 para a justiça federal.

Nesse sentido questiona **Lenio Luiz Streck**¹⁵⁰,

Mas o relator do TRF entendeu que o excesso do prazo está justificado porque o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que um pequeno atraso na instrução,

¹⁴⁹ Ordálio ou **ordália** é um tipo de prova judiciária usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado é interpretado como um juízo divino. Também é conhecido como juízo de Deus (*judicium Dei*, em latim).

¹⁵⁰ STRECK Lenio Luiz. **Delação premiada. Disponível em** <http://www.conjur.com.br/2015-set-25/veja-melhores-trechos-palestra-moro-lenio-streck-ibccrim>. Acesso 24 de Setembro de 2016.

justificado pelas circunstâncias, não conduz ao reconhecimento do excesso do prazo. Nesse ponto usamos o princípio da razoabilidade, exemplo típico de decisão consequencialista, de como não deve ser. Qual é o valor que nós damos às palavras? Não tem um "tamanho" para emitir prazos, mas com certeza 500 (dias) não é pequeno. Se você diz que 500 é pequeno, é porque nós perdemos a noção do que é uma palavra, do que é uma coisa, e o que significam as palavras. Qual é o problema? O problema é teleológico. O tribunal não queria soltar e deu um argumento finalístico. Me impressiona que uma decisão que diz que 500 é pequeno não gere constrangimento por parte da comunidade jurídica.

O renomado jurista não está falseando os números em relação aos 500 dias. Se o indiciado está preso preventivamente, é porque ele está preso preventivamente, trata-se de uma questão técnica, não é possível juntar as prisões. O problema é usar a delação premiada como instrumento de pressão para quem está preso. Nesse sentido enfatiza que não existem normas claras a respeito do prêmio oferecido ao colaborador, e nem limites e critérios para o magistrado aceitar o acordo firmado entre as autoridades policiais e Ministério Público. Dessa forma Lenio Streck¹⁵¹ elenca os principais problemas da delação premiada no Brasil.

1º) a delação premiada pode servir como mecanismo de pressão sobre o delator, pois esse tipo de ato viola o direito constitucional do cidadão de não ser obrigado a fazer prova contra si mesmo; 2º) a colaboração premiada vem servindo como instrumento para decisões consequencialistas. Isto é, com a finalidade de combater a criminalidade, justifica-se a flexibilização de garantias processuais; 3º) a colaboração premiada pode flexibilizar o caráter de indisponibilidade da ação penal, permitindo-se que o Estado negocie o seu papel de interdição e aplicação da lei penal; 4º) a supressão do processo judicial e suas garantias pela aceleração procedimental dos espaços de consenso são fatores utilitaristas, consequencialistas. Permitir que o órgão acusatório negocie a pena com o cidadão investigado pode violar o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional; 5º) ainda que o artigo 4º da Lei 12.850/13 (sobre organizações criminosas) permita o perdão judicial ou a redução da pena em até dois terços ou a substituição por restritiva de direitos, não há uma criteriologia para estabelecer precisamente qual o prêmio do delator. 6º) não se sabe se o imputado tem direito ao acordo com o Poder Público ou se é um mero poder discricionário — de novo, o problema dos limites e dos critérios.

O professor Joaquim Falcão¹⁵² salienta que no Brasil efetivamente surge um novo direito. Trata de transformações ocorridas na Polícia Federal, Ministério Público e na Magistratura. É cediço que os delegados, procuradores e juízes são mais jovens. Vivem na decadência da política, na liberdade de imprensa e, a repugnante apropriação de bens públicos. Nesses aspectos dão mais procedências aos fatos do que a doutrina. No cotidiano a

¹⁵¹ CONSULTOR JURÍDICO. STRECK. Obra citada.

¹⁵² Um dos juristas mais respeitados do país, e professor de Direito Constitucional da FGV/Rio.

mais evidencia dos autos, planilhas, e-mail, documentos, registros e testemunhos do que o aprendizado em manuais nacionais e estrangeiros.

De toda forma, estamos diante de um novo Ministério Público, uma nova Magistratura e, uma nova Polícia Federal. No meio jurídico a uma extensa queixa que na operação Lava Jato e outras espalhadas pelo país, atropelam direitos e garantias fundamentais, com abuso nas prisões e o emprego da colaboração premiada como mecanismo de pressão.

Visualiza-se no Brasil, nos dias atuais a jurisprudencialização do direito processual penal, entendido como menos regras e mais jurisprudência. Nessa esteira, se a comunidade jurídica acredita que se pode ter democracia no processo penal, levando como regra a livre apreciação da prova por parte do magistrado, sem o cerceamento epistemológico.

Sempre achamos lindo, quando o judiciário profere uma decisão em desfavor da Constituição Federal e Código Civil, reconhecendo a metade da herança para a amante. No mesmo raciocínio se acho lindo quando uma criança tem três pais, duas mães e seis avós, só não gostamos quando a sentença é contra nós.

Segundo Lenio Streck, o direito é o conceito de interpretação que é proveniente das instituições jurídicas, e as discussões a ele relativas encontram fundamentalmente respostas nas leis, nos regulamentos e nos princípios constitucionais. Todavia, por ora os tribunais utilizam a exegese do século XIX, muitos vezes decidindo sem qualquer propósito legal.

Para Guilherme de Souza Nucci¹⁵³, há várias cláusulas nos acordos de colaboração premiada, especialmente na operação Lava Jato, que desrespeitam regras constitucionais, sendo que a maioria delas apresenta violação de direitos e garantias fundamentais. Os compromissos firmados proíbem que o colaborador conteste judicialmente o acordo, ou que futuramente interponha recursos em desfavor das sentenças que receber.

É cediço que essa responsabilidade entra em rota de colisão com o direito de ação (art. 5º XXXV), *que assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do judiciário*. Evidente que essa cláusula afronta uma garantia constitucional, nessa seara nenhuma lei ou contrato pode determinar uma proibição dessa magnitude.

Consta que nos termos de acordo de delação premiada outro dispositivo problemático, estabelece que a defesa não tenha acesso aos depoimentos do delator, que ficarão cingidas ao

¹⁵³ NUCCI, Guilherme Souza. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

Ministério Público e ao magistrado. Os advogados do colaborador não tem acesso às informações prestadas por seu cliente. O Ministério Público apresenta a justificativa da restrição pela manutenção do sigilo, com a finalidade de não prejudicar outras diligências.

O criminalista Antônio Carlos de Almeida Castro¹⁵⁴ enfatiza que a boa intenção do Ministério Público infringe os princípios da ampla defesa e, do contraditório que são garantidos a todos os acusados e litigantes em conformidade com art. 5º LV da Constituição Federal. A legislação permite que os advogados tenha acesso a todas as informações e documentos de processos e inquéritos. Sendo negada a paridade de armas passa para um cenário em que o Ministério Público hipertrofiado asfixia a defesa sem recursos.

4.1.8 A coação como vício de consentimento na delação premiada (delação espontânea ou voluntária)

A colaboração premiada nos termos dos delitos contra o sistema financeiro, ordem tributária econômica e do crime organizado, tendo por objetivo os dispositivos de regência, com o novo diploma legal o legislador faz uso da linguagem expressando o termo “confissão espontânea” que a colaboração seja espontânea¹⁵⁵ e voluntária¹⁵⁶. Em particularidades desse tipo, esta devidamente particularizada no sentido etimológico da palavra “voluntária” dessa forma devendo ser afastada para o resultado do comportamento do colaborador que busca o prêmio oferecido pelo legislador, qualquer outro ato que tem a capacidade de afastar a espontaneidade do comportamento do confitente.

Assim sendo, atentou-se naquela época, como não poderia deixar de ser, ao ponto de ser necessário do interprete do comando jurídico, que a ação da colaboração do “alcaguete” perderia sua importância, quando obtida através de ato coativo, por via de coação física, moral ou psicológica. Em regras gerais, para o resultado mesmo em síntese do que foi abordado naquela oportunidade, a confissão do colaborador por meio ilícito, não permitida pelo

¹⁵⁴ CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

¹⁵⁵ Que alguém faz por si mesmo, sem ser incitado ou constrangido por outrem; voluntário. Sem artificialismos ou elementos ensaiados ou estudados; natural, sincero, verdadeiro.

¹⁵⁶ Qualidade daquilo que é voluntário, que alguém faz por vontade ou iniciativa própria; espontaneidade ou qualidade daquele que atua segundo apenas sua própria vontade ou seguindo o impulso do momento; arbítrio, capricho, obstinação.

ordenamento jurídico pátrio, pelos bons costumes e moral, é totalmente nula, não apresentando eficácia, conforme sinalizado pela Carta Magna de 1988, art. 5º, LVI¹⁵⁷.

Passada as considerações iniciais, tema com reflexo no direito que demonstra interesse doutrinário, é a obtenção da confissão ou colaboração do acusado por meio de ameaça do órgão encarregado da persecução penal impondo a prisão, de maneira a efetivando, apesar de que seu controle esta a cargo exclusivamente do olhar constitucional do poder judiciário, seja preventiva¹⁵⁸ ou temporária, porém o código de processo penal oferece outras alternativas a prisão; como a prisão domiciliar e outras medidas cautelares.

A prisão temporária não ser compulsória. Trata-se de uma medida excepcional. Só deve ser decretada quando estritamente necessária. Trata-se de uma medida excepcional. Impõe-se uma decisão fundamentada, uma suspeita sincera e a imprescindibilidade da medida para as investigações chegarem a bom termo, independente da tipificação do crime. Não pode servir, como se vê na prática, como antecipação da condenação, dada a morosidade da justiça, para satisfazer a sociedade manipulada por uma mídia responsável. Não é admissível sua decretação após a conclusão das diligências investigatórias. Nem pode ser decretada para obter-se a delação, traição premiada. (TRF 1 HC 393978620094010000, 3 Turma, Rel. Juiz Tourinho Filho, DJF 1, 14/08/2009, p. 115).

Segundo Heráclito Antônio Mossin¹⁵⁹, o Ministério Público Federal sustenta as manutenções das prisões preventivas, por compreenderem que elas serviriam de instrumentos para aqueles que cometerem crimes cooperassem com seus desvendamentos, que as prisões influenciassem os acusados a colaborar na investigação dos fatos criminosos.

Não resta duvida, que a referida colocação é eivada de infelicidade, nulidades e violação da constituição, presume-se quem realizou tal ato, tem pleno conhecimento de direito, constitucional, processual, pactos e tratados internacionais pelos menos de forma empírica, no Estado Democrático de Direito, teve uma conduta de modo absoluto, que não se enquadra em nenhuma fonte consagrada no ordenamento jurídico, que impera na civilização.

Segundo Heráclito Antônio Mossin e Júlio César O. G Mossin¹⁶⁰;

Indubitavelmente e isso incontestável, aquilo que se conclui que se sustenta, como in casu, em nível pessoal, outra não é a conclusão a que chega, não pode ter conotação em termos institucionais, mesmo porque seria inconcebível entender que o

¹⁵⁷ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

¹⁵⁸ Art. 312. A **prisão preventiva** poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

¹⁵⁹ MOSSIN, op. cit. p. 139

¹⁶⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio Cesar O. G. **Delação Premiada: Aspectos Jurídicos**. Leme: J, H, Mizuno, 2016. p. 232

Ministério Público, que tem o dever constitucional de defender os interesses sociais, coletivos e individuais, principalmente no que tange à aplicação do direito (art. 257, inc. II CPP), jamais pode chamar para si aquilo que foi concluído de maneira reprovável, por um dos seus integrantes. É de clareza palmar e mediana, fazer o uso da prisão ou sua ameaça, como mecanismo de constrangimento para a obtenção da delação premiada repugna o Estado Democrático de Direito. Em circunstância desse tipo, ou o acusado confessa e entrega seus parceiros de crime, ou poderá ser preso, ou se preso estiver ser mantido nessa situação de constrangimento.

Em conformidade com o que foi salientado o legislador atual de maneira direta aquele que constituiu a lei 12850/13 que versa sobre organizações criminosas, deixou juridicamente, assentado que na ação de negociação entre as partes, com o objetivo de formalizar um acordo de colaboração premiada, além de outros atos, o qual o delator deve estar acompanhado de seu advogado cuja finalidade seria exatamente não permitir medidas que não sejam legais, por exemplo, o emprego de coação para obter a colaboração premiada.

Relata Mossin, de forma segura, a colaboração por ser premiada, apresenta-se censurável no âmbito ético¹⁶¹ e moral¹⁶², mesmo tratando de associação criminosa, delinquência organizada, posto que o “alcaguete” demonstra uma péssima conduta, uma personalidade administrada por um padrão de agir de modo considerável desqualificado, asqueroso, torpe, que não é compatível com a moralidade média, ainda assim com todos esses aspectos não pode ser aceita quando obtida por meio de ameaça ou prisão que objetiva consegui-la.

Indubitavelmente, o coagido e o coator se equiparam e nivelam na mesma proporção daquilo que é ilídimo, espúrio, sendo certo que, de forma distinta, a conduta do servidor público é completamente incompatível com a função pública, enfatizando que a “moralidade” é um dos princípios da administração pública conforme art. 37 da Constituição Federal, englobando todos os poderes.

Em outras palavras, o Estado pretendendo combater o crime organizado a corrupção, que por meio da delação premiada, mostra facilitada, com apoio do “dedo duro”, umas espécie de traidor que entrega os demais comparsas, das práticas delituosas, com a utilização de meio arbitrário e ilícito, não é comportamento que deve ser aprovado, posto que ofenda princípios constitucionais enraizado ao próprio processo penal.

¹⁶¹ **Ética** é um conjunto de conhecimentos extraídos da investigação do comportamento humano ao tentar explicar as regras morais de forma racional, fundamentada, científica e teórica. É uma reflexão sobre a moral.

¹⁶² **Moral** é o conjunto de regras aplicadas no cotidiano e usadas continuamente por cada cidadão. Essas regras orientam cada indivíduo, norteando as suas ações e os seus julgamentos sobre o que é moral ou imoral, certo ou errado, bom ou mau.

Sob outro prisma analítico, apesar de que possa a primeira impressão ser dispensável trata-se de um objeto de consideração, sendo que a doutrina deve colocar a matéria a seu cargo com maneira de reforço, haja vista as infundáveis e inúmeras formas com que se procura compreender a extensão de determinado matéria jurídica. Nesta ótica não pode se questionar ou afastar se houver o emprego legítimo de qualquer medida cautelar de cunho pessoal em relação ao colaborador, por exemplo, prisão preventiva e temporária.

Nesse sentido, não se admite dúvidas, que não deve permitir ou concordar e colocado contra a justiça, que se aplique qualquer medida coativa com a finalidade de obter do alcaguete a confissão bem como a entrega de seus comparsas. Entretanto, no pensamento doutrinário, que esta sendo desenvolvido, é de clareza constatação e entendimento, como deve ser no campo do direito, que não existe dependência mútua, nenhuma ligação entre o instituto da colaboração, que tem natureza penal e, a prisão que tem caráter processual.

Destaca Mossin¹⁶³,

De modo positivo, não há porque pretender ou entender que se o sujeito do delito, a título de coautoria ou de participação venha promover a delação premiada ou se compromete a fazê-lo oportunamente, fica a autoridade judiciária impedida de decretar sua prisão temporária ou mesmo preventiva, até mesmo a prisão domiciliar ou medida cautelar diversa da prisão. De igual valia estando o agente preso, por exemplo preventivamente e vindo a colaborar com a persecução criminal, quer na fase investigatória, quer na fase processual, essa medida cautelar de cunho pessoal seja objeto de revogação, ressalvada a hipótese de que ela pode ser revogada, conforme permite o art. 316 do código de processo penal; o juiz poderá revogar a prisão preventiva se no correr do processo verificar a falta de motivo para que subsista bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justificam. Logo, a desfazimento dessa medida cautelar pode ocorrer em virtude de circunstâncias de ordem processual e jamais decorrente da delação premiada.

Sendo concedido como prêmio o perdão judicial ao delator terá como resultado a extinção de sua punibilidade, nesse caso a prisão preventiva perderá sua eficácia tornando a insubsistente. Do mesmo modo estando o delator encarcerado preventivamente e o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia em incompatibilidade ao colaborador, a prisão preventiva deve ser revogada posto que perdesse sua função.

Se, entretanto, as vantagens são concebidas ao delator por o decréscimo da punição legal solidamente imposta nos limites previamente determinado pelo legislador, a medida cautelar (prisão preventiva), poderá ser substituída ou não. No caso em tela, a substituição

¹⁶³ MOSSIN, op. cit. p. 235

dependerá da quantidade de pena, resultante em decorrência do regime inicial a ser estabelecido pelo julgador na declaração condenatória.

No campo de uma aparência geral, desde que haja elementos sólidos e se afigurem presentes as permissões processuais que concede a imposição da constrição cautelar pessoal, deverá ser efetivada independentemente do fator colaboração premiada, observando o interesse da investigação ou do processo penal, em hipótese alguma com a finalidade deliberada de coagir o acusado a delatar seus comparsas das ações criminosas, o que contamina moralmente e juridicamente a decisão proferida pelo magistrado.

4.1.9 Resultado objetivo da colaboração premiada

É cediço que o art. 4º da lei 12850/13 que dispõe sobre organizações criminosas é taxativo senão vejamos;

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

De acordo com Masson e Marçal não há de se cobrar, pois, a presença simultânea dos efeitos elencados nos incisos de I a V do art. 4º. Desse modo, para que o delator possa fazer jus a algum dos benefícios legais, basta atingir somente um daqueles resultados aludido no referido artigo. Não sendo contemplado nenhum dos resultados desejados, o acordo de delação restará infrutífero e, não incidirá o prêmio. De acordo com informativo 796¹⁶⁴ do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶⁴ Informativo nº 796 do STF, de 24 a 28 de Agosto de 2015

No mérito, o Plenário considerou que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, a Lei 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador. Assinalou que a colaboração premiada seria negócio jurídico processual, o qual, judicialmente homologado, confere ao colaborador o direito de: a) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; b) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; c) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; e d) participar das audiências sem contato visual com outros acusados. Além disso, deverá ser feito por escrito e conter: a) o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e d) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor. Por sua vez, esse acordo somente será válido se: a) a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b) o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a “liberdade” de que se trata seria psíquica, e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração. Ademais, no que se refere à eficácia do acordo, ela somente ocorreria se o ato fosse submetido à homologação judicial. Esta limitar-se-ia a se pronunciar sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. Não seria emitido qualquer juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco seria conferido o signo da idoneidade a depoimentos posteriores. Em outras palavras, homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Por fim, a aplicação da sanção premial prevista no acordo dependeria do efetivo cumprimento, pelo colaborador, das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos resultados legais (Lei 12.850/2013, art. 4º, I a V). Caso contrário, o acordo estaria inadimplido, e não se aplicaria a sanção premial respectiva

Vislumbra nesta decisão embora prometer e, o réu não trazer qualquer vantagem para a apuração ou a recuperação de produtos oriundos do crime, declarando somente fatos já conhecidos pela autoridade policial ou Ministério Público, não terá direito a obtenção do prêmio.

Como enfatizado anteriormente a colaboração deve alcançar ao menos um dos efeitos práticos, disciplinado no art. 4º do referido diploma legal, atingindo por meio das declarações do delator. Ou seja, as declarações terão que ser específicas para medir sua eficácia da delação. Isso não quer dizer que o Ministério Público deva conseguir êxito nos processos que formular em desfavor dos coautores delatados ou expostos. O importante é que o colaborador

tenha prestado informações verdadeiras revelando os fatos ilícitos que tenha conhecimento, cooperando de forma plena e efetiva.

Convém lembrar que o acordo de delação premiada, não tem vida própria, com a homologação judicial, tem somente uma promessa do magistrado quanto a aplicação dos prêmios, provenientes do acordo formalizado, não assegurado, a fruição das vantagens se a delação premiada não for frutífera.

Para Masson e Marçal¹⁶⁵, o efeito esperado do acordo ficará atrelado a sentença final condenatória, sem esta não teria a possibilidade e aplicar a redução, ou a substituição de qualquer sanção, e ainda o perdão judicial. Entretanto, apenas com o término do processo penal, analisando-se que o delito aumentou e, não sendo caso de absolvição, não há empecilho para que o magistrado absolva o colaborador, nesse entendimento o juiz pode premiar o delator.

A sentença levará em consideração os termos do acordo homologado e seus resultados. Sendo homologado o acordo de delação premiada o magistrado em hipótese alguma poderá desprestigiar a conciliação. A lei 12850/13 é taxativa ao impor ao juiz o dever de analisar os termos do acordo e seu resultado. O juiz deverá examinar se o colaborador de modo efetivo cumpriu o acordo de forma a alcançar um ou mais resultados, conforme caput do art. 4º. Certo que cumprido o acordo integralmente, competirá ao juiz aplicar os prêmios oferecidos ao colaborador.

De acordo com Masson e Marçal¹⁶⁶;

Há por assim dizer, uma vinculação judicial ao benefício acordado em caso de cumprimento integral da avença, pois, do contrario, “a noção de processo cooperativo restaria esvaziada e haveria um clima de indesejável insegurança jurídica na aplicação do instituto, pois o Ministério Público não teria como cumprir a sua obrigação no acordo, ante a possibilidade de o juiz não conceder o perdão judicial na sentença”. O imprescindível controle judicial ocorrerá quando da homologação e cumprido o acordo sem revogação ou retratação, não há como o juiz retratar-se na sentença.

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica tornam indeclinável, nesse aspecto o Estado tem o dever de honrar a responsabilidade assumida no acordo de delação premiada, conferir a pena premial combinado, legítima contraprestação ao cumprimento da obrigação por parte do delator.

¹⁶⁵ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 171

¹⁶⁶ MASSON E MARÇAL, op. cit. p. 147

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colaboração premiada não é mecanismo de vanguarda, com a função de auxiliar o Estado no controle dos delitos contemporâneos. Nessa esteira, sua previsão relembra ao período medieval, em conformidade com os manuais prático-inquisitivos. Nos dias atuais, ganhou nova roupagem, especialmente em razão das recompensas conferidas ao colaborador.

Entretanto, sua profundidade inquisitorial permanece não modificada, determinando-se agora da mesma maneira como aconteceu a confissão na época inquisitorial, valor originário enquanto meio de prova, assim se justificava a ocorrência da colaboração. A colaboração premiada não se estabelece em um recurso novo do processo penal, de forma que não apresenta como caracterização de desenvolvimento especial na persecução criminal.

Na verdade, a colaboração premiada no contexto histórico sempre representou, em companhia com a prática da tortura, um dos requisitos fundamentais em períodos arbitrários, notadamente os medievos de temperamento inquisitorial. De modo efetivo o procedimento de temperamento inquisitorial, com vinculação ao pensamento do Tribunal do Santo Ofício, tem na colaboração realizada pelo indiciado um dos componentes fundamentais de prova, além de manifesto, de organizar medida investigativa fundamental.

Neste âmbito, é imperioso salientar que o direito penal clássico, vem perdendo de forma significativa, território por conta da fluência do direito penal emergencial, que por meio das ações de urgência incorporadas, resta por aplacarem-se direitos e garantias fundamentais, causando rompimento, no objeto garantidor do processo penal constitucional; que tem por finalidade a proteção da pessoa, coibindo as arbitrariedades e abusos do Estado, na atividade de perseguir e na aplicação de sanção.

Vislumbra-se na atual conjectura que o direito penal, chamado de premial, enumerado pela lógica da ineficácia, pois, utilitário, funcionalista e pragmático, que objetiva somente com o resultado final e de maneira simbólica, a tratar o inimigo como delator, com a condição de fornecer declarações desejadas, em troca de benefícios premiais.

O legislador pátrio, copiando a fórmula introduzida precisamente, na Itália e nos Estados Unidos, a esse respeito destaca-se o instrumento da delação premiada italiana, apresenta defeitos, tendo em vista, que as técnicas de negociação derivadas da matriz anglo-saxão, no qual a ação penal é constante do poder executivo, nessa ótica o Brasil transportou

esse instituto, sem que tenha vivenciado, conflitos com terrorista e/ou máfias. É certo que o Brasil, não passou por nenhum ato terrorista, ao contrario do que aconteceu na Itália, Inglaterra, França, Espanha e Alemanha, aqui no Brasil, houve somente ações isoladas de grupos de pequeno porte, bem como de organização principiante, no tocante as quais, a resposta do estado foi de grande intensidade. Em nível legislativo sem a mínima discussão, sem debates sérios sobre os resultados que poderão suceder a consagração da traição, incorporada como regra nos laços humanos, permitiu o direito penal comum à colaboração premiada.

Fundamentar em lei, que o delator traidor faz jus a prêmio é expandir uma cultura antivalorativa. Estamos diante de um erro pedagógico gigantesco. Embora que a finalidade seja de combater delitos, assim mesmo o preço é muito alto para atingir esse objetivo, através de um meio questionado. Ademais, não se pode olvidar, que o ato de delatar é uma conduta eticamente reprovável, principalmente quando admite a própria responsabilidade pelo fato cometido, o acusado liga outros indivíduos ao seu destino, muitas vezes alcançando a inocência de terceiros.

Admitir como valida no âmbito constitucional os dispositivo da colaboração premiada, representa, com o devido respeito, mandar às favas a moral e a ética. Observa-se que a delação premiada tem um custo muito alto de aniquilamento da pessoa, além da exposição clandestina. Nessa seara, o delator para se safar negocia informações, por meio de um acordo entre autoridade policial e Ministério Público, declarando atos supostamente cometidos por outras pessoas.

É cediço que o instituto da colaboração premiada como negociação que gera impunidade ou benefícios pela colaboração de coautores ou partícipes, forma troca utilitária do juízo de reprovação por declarações processuais, que incentivam o oportunismo daqueles que pensam em si mesmo e amplia o campo de provas de caráter duvidosa obtidas por arrependidos que preservam o direito de mentir.

Vislumbra-se desrespeito a garantia constitucional do devido processo legal, o acusado que deveria aparecer no polo passivo, nos ditames do processo penal, podendo ter sua culpabilidade declarada ou não, renuncia ao status de inocente, e inicia fase de produção de provas contra si mesmo, por meio de acordos de delação colaboração firmadas com órgãos acusatórios e investigatórios. Evidente que acusação e defesa se juntam para ratificar a denuncia, sem a discussão probatória, violando a premissa da obrigatoriedade da ação penal.

Diante de colaborações os delatados estão prejudicados pelo desabamento de sua inocência, sendo que foi atribuído total crédito às informações delator, nesse sentido o contraditório está inviabilizado bem como exercício de ampla defesa.

Igualmente, é preciso destacar as bases democráticas e iluministas, que se faziam oposição às trevas medievais, dessa forma restabelecendo a normalidade, sendo que a colaboração premiada não é prova única nem fundamental no processo penal. O referido resgate deve ser promovido ao mesmo tempo com as bases éticas. Se pudermos considerar a ética como condição original e basilar de qualquer atividade do ser humano, é indispensável emprega-la como norte de um direito penal não arbitrário.

Dessa forma a ética no direito penal se impõe como resultado de que o mecanismo jurídico de barreira do estado de polícia, e do coerente fortalecimento do estado de direito, nesse aspecto não pode caminhar separado da ética, sob o risco de perder sua essência. Com intuito de proteção dos valores elementares da vida em sociedade, o direito penal não regula o poder sancionativo, mas pode e deve reduzi-lo e contê-lo para não ampliar e aniquilar valores.

Diante o exposto, não seria possível, em havendo cooperação premiada no processo, o acusado que optou apenas por admitir sua responsabilidade criminal no fato delituoso, também não seja beneficiado com a significativa redução de pena, com previsão na lei 12850/13. Assim sendo, a aplicação analógica em consequência da colaboração premiada à confissão, não terá o condão de rainha das provas, o que é estritamente vedado pelo código de processo penal e pela Carta Magna, porém enquanto meio de prova aceito pelo ordenamento jurídico, receba o tratamento garantista desejado.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo: Malheiros, 2007.

ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. **Da prova no processo penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**: Revista dos Tribunais, 3. ed., 2015, p. 90.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: Ibccrim, 2004. P. 21 e 22.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. v. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Antônio Carlos de Almeida. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

CEZAR Roberto Bitencourt. **Delação premiada na 'lava jato' está eivada de inconstitucionalidades**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

CHOUKR. Fausi Hassan. **Garantias constitucionais da investigação criminal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COELHO, Walter. **Prova indiciária em matéria criminal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

DIÁRIO CATARINENSE, PCC copia Cartel de Medellin Disponível em: <http://www.clicrbs.com.br/jornais/dc>. Acesso em: 14 agosto 2016.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

ESTRÊLA, William Rodrigues Gonçalves. **Delação premiada: análise de sua constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033704.pdf>. Acesso em 15 de Agosto de 2016.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime Organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Delação premiada**. Limites Constitucionais da investigação. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Luiz Flavio. **Delação Premiada ponte de ouro e ponte de prata**. Disponível em <http://luizflaviogomes.com/delacao-premiada-ponte-de-ouro-e-ponte-de-prata/>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **O crime organizado e a realidade brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 83.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. v. 1. 16. ed. Niteroi: Impetus, 2014.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>: acesso em 20 de Setembro 2016.

MAIA, Carlos Rodolfo F. Tigre. **Lavagem de dinheiro** – lavagem de ativos proveniente de crime. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAIA, Carlos Rodolfo F. Tigre. **O estado desorganizado contra o crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As Associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). **Justiça penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 57-76.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Cartéis colombianos**. Instituto Brasileiro Giovanni Falcone. Panorama do crime organizado. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/maff2.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MASSON, Cleber e MARÇAL Vinicius. **Crime Organizado**. 2 ed. Ver., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

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

MINGARDI, Guaracy. **Mesa redonda sobre crime organizado**. São Paulo: RBCC, nº 8, outubro, 1994.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e o crime organizado**: aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade Penal das estruturas organizadas de poder. Atividades Criminosas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antônio e MOSSIN, Júlio Cesar O. G. **Delação Premiada**: Aspectos Jurídicos. Leme: J, H, Mizuno, 2016. p. 232

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**: comentários a lei 12850/13.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam Constituição e leis penais**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>. Acesso em 24 de Setembro de 2016.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado**: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2007.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Atlas, 2008.

PENTEADO, Jaques Camargo (Org.). **Justiça penal - 3**: críticas e sugestões: crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 77-88.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2º edição. Curitiba: Juruá, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de dinheiro, crime organizado**. 3 ed.. rev. Atual e ampl. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2009. 352, 353.

RINALDI, Stanislao. **Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: 1998.p 20

SCHELAVIN, José Ivan. **Ações de Controle do Crime Organizado: Dimensões do Fenômeno e Desafios ao Sistema Penal Brasileiro**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/94828/298512.pdf>? Acesso em 20 de Agosto de 2016.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ivan Luiz da. **Crime organizado**: aspectos jurídicos e criminológicos. (Lei nº 9.034/95). Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK Lenio Luiz. **Delação premiada. Disponível em** <http://www.conjur.com.br/2015-set-25/veja-melhores-trechos-palestra-moro-lenio-streck-ibccrim>. Acesso 24 de Setembro de 2016.

SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. P. 156 e 157

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.