

A NATUREZA JURÍDICA DAS PALAVRAS DO DELATOR NO PROCESSO PENAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

THE LEGAL NATURE OF THE WHISTLEBLOWER'S WORDS IN THE CRIMINAL PROCESS AND THEIR PRACTICAL CONSEQUENCES

José Muniz Neto*

Maíra Lopes de Castro**

Recebimento em 01 de dezembro de 2017.

Aprovação em 22 de dezembro de 2017.

Resumo: O presente estudo aborda o tema da colaboração premiada, especificamente o instituto da delação e a contribuição probatória do delator no processo penal. O objetivo é encontrar a natureza jurídica que melhor enquadre o depoimento do delator em relação aos delatados. Para tanto, o caminho metodológico traçado é, inicialmente, uma abordagem geral do instituto da colaboração, como o seu conceito, os problemas de sua nomenclatura e a sua natureza jurídica com o advento da atual Lei 12.850/2013. Após esta necessária contextualização, chega-se ao enquadramento da delação como meio de prova ou de obtenção desta, discussão necessária para se saber qual a possível natureza jurídica do depoimento do delator no processo penal brasileiro. Como se verá, dentre as diversas possibilidades, a tese que se defende nesta dissertação é a de que a classificação como mera informação é a que melhor se adequa ao instituto em relação ao nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: colaboração premiada. Depoimento do delator. Natureza jurídica. Mera informação.

Abstract: The present study addresses the topic of the award-winning collaboration, specifically the delation institute and the probative contribution of the informer in criminal proceedings. The objective is to find the juridical nature that best fits the testimony of the informant in relation to the denounced ones. To that end, the methodological path outlined is initially a general approach of the collaboration institute, such as its concept, the problems of its nomenclature and its legal nature with the advent of the current Law 12.850 / 2013. After this necessary contextualization, we arrive at the framework of the delation as a means of proof or of obtaining this, necessary discussion to know what the possible legal nature of the testimony of the informant in the Brazilian criminal proceedings. As will be seen, among the various possibilities, the thesis that is defended in this dissertation is that classification as mere information is the one that best fits the institute in relation to our legal system.

Keywords: Winning collaboration. Testimony of the informer. Legal nature. Mere information.

INTRODUÇÃO

* Mestrando em Direito e Ciência Jurídica com especialidade em Direito Penal e Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa, Lisboa/ Portugal. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Anhanguera. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNDB, São Luís/MA. Colunista e membro da Comissão de Direito Penal Econômico do site Canal Ciências Criminais. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Advogado criminalista. Email: jmuniz.adv@outlook.com

** Mestranda do Programa de Direito da Universidade Federal do Maranhão, São Luís-MA, Brasil. Professora do Centro Universitário UNDB, São Luís-MA. Mediadora e Conciliadora judicial e extrajudicial. Advogada. Email: maira.lopes.castro@hotmail.com

A colaboração premiada, enquanto instrumento de combate ao crime organizado, possui sua “semente” no *plea bargaining* norte americano, país no qual o sistema processual penal é estruturado sobre o pilar do consenso entre os atores penais como forma de solução dos conflitos. A “hegemonia político-econômica” dos Estados Unidos influencia praticamente todos os países e as mais diversas áreas, incluindo o Direito, motivo pelo qual se explica o fenômeno da expansão dos instrumentos de barganha, inclusive, ao direito brasileiro¹ (MOREIRA, 2001, p. 05). É a “*marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*” (SCHÜNEMANN, 2000, p. 01).

O sistema processual penal brasileiro, orientado pelo princípio fundante da legalidade, propõe a obediência irrestrita aos limites (semânticos e instrumentais) do texto legal, servindo de verdadeiro instrumento de garantia dos direitos fundamentais do investigado/acusado em face ao interesse público em coibir condutas criminosas. Esse sistema, que inicialmente se demonstra contrário a adoção de espaços de consenso entre as partes do processo penal, já foi mitigado no Brasil pelo microsistema dos Juizados Especiais Criminais, através de institutos como a suspensão condicional do processo e da transação penal. Não obstante tal abertura, a obediência à legalidade e obrigatoriedade ainda é a regra.

Ocorre que com a mencionada expansão do sistema criminal norte-americano, o *plea bargaining*, há o aumento da adoção de mecanismos de justiça negociada ou consensual no sistema processual brasileiro, possibilitando às partes do processo penal uma verdadeira transação dos mais variados elementos da acusação (tipicidade, quantidade de pena, regime inicial de cumprimento de pena, etc.), exigindo do investigado/acusado em troca: o reconhecimento de culpa (*plead guilty*), a negação de culpa (*not guilty*) ou a abstenção em defender-se (*no contest, nolo contendere*)². Esse sistema, no ano de 2013, orientou a criação do instrumento da colaboração premiada no Brasil (Lei 12.850/2013).

¹ Ainda sobre esta influência do sistema norte americano no direito brasileiro, sustenta Giacomolli (2016, p. 319-320) que: “A recepção da *bargaining* e da *probation* no Brasil ocorreu sem uma análise e discussão acerca dos formantes (lei, doutrina, jurisprudência) explícitos ou ocultos (Criotipos) dos próprios institutos admitidos nos ordenamentos originários e nos que já os haviam recepcionado (Itália e Portugal, v.g.). Igualmente, não foram consideradas as estruturas político-econômicas e culturais diferenciadas, o pluralismo jurídico, a funcionalidade global, os fatores metanormativos (ideologia, tradição, política, economia, realidade sociocultural, v.g.), bem como os problemas já enfrentados pelos ordenamentos continentais onde foram incorporados e ampliados. Na realidade, não ocorreu propriamente uma recepção, mas uma mutação jurídica, na medida em que tanto a *bargaining* quanto a *probation* sofreram alterações, adequações ao sistema penal e processual brasileiro ao serem transplantadas”.

² Como principais justificativas para a adoção dos institutos de justiça negociada, Rosa (2017, p. 514) explica que “São meios de aceleração, redução de custos, com simplificação procedimental e melhoria da eficiência do Sistema Judicial, já que consegue “produzir” decisões com trânsito em julgado sem a necessidade de julgamentos caros, demorados e custosos. O efeito da barganha é a redução dos casos penais, repercutindo na

Embora não seja o primeiro, nem o único, instrumento legislativo voltado à tutela de instrumentos de colaboração, a Lei 12.850/2013 é o mais atual a reger as regras sobre tais questões. Com o escopo de prever meios de investigação e obtenção de prova no âmbito de infrações que envolvam organizações criminosas, a mencionada lei traz como um de seus principais institutos a colaboração premiada.

Devido a extensão dos assuntos suscitados pelo *plea bargaining* e, propriamente, pela colaboração premiada, a presente pesquisa apresenta como recorte metodológico a abordagem do tema da delação premiada e a natureza jurídica do depoimento do delator. Diante desta delimitação, surge como problema: qual a natureza jurídica do depoimento do delator, em face aos delatados, no processo penal?

A resposta a esta questão é relevante pelo fato de que a natureza jurídica deste depoimento importará em consequências diversas no processo penal, a depender da categoria na qual este seja incluído, como o estabelecimento de garantias aos delatores e delatados. Neste ponto, é crucial ressaltar que o processo penal é um instrumento justificador da aplicação da pena ao indivíduo (princípio da necessidade – instrumentalidade constitucional), ou seja, só haverá *jus puniendi* do Estado se o indivíduo foi processado e julgado conforme os ditames constitucionais, infraconstitucionais e convencionais, caso contrário sempre deverá prevalecer o *status libertatis* (LOPES JUNIOR, 2017b, p. 61-62). Para solucionar este problema, portanto, é imperioso ultrapassar questões anteriores, a fim de se entender o instituto da colaboração premiada e suas principais características.

O caminho lógico que se seguirá nesta pesquisa se inicia pela abordagem, de forma simples e com o escopo de enquadrar a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, com a sua conceituação, a definição de sua nomenclatura, haja vista as divergências existentes sobre tal, e de sua natureza jurídica, para se entender como se qualifica o instrumento da colaboração premiada na Lei 12.850/2013.

eficiência do sistema penal [...]”. Por outro lado, severas críticas são apontadas por Lopes Junior. (2017b, p. 178) no que tange a esta relação entre processo penal e eficientismo: “Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é: onde estão as regras e limites na lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? Será que não estamos indo no sentido da negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial? Ou ainda, na ampliação dos espaços discricionários do próprio Ministério Público? Fico preocupado, não apenas com a banalização da delação premiada, mas com a ausência de limites claros e precisos acerca da negociação. É evidente que a Lei 12.850/13 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais”. Há, então, um iminente risco de violação das garantias fundamentais do indivíduo em decorrência da adoção de um instrumento sem a devida regulação, numa seara jurídica tão sensível como a criminal, a qual lida com direitos inestimáveis ao ser humano, como a liberdade e a imagem, este último impossível de ter seu dano reparado em decorrência das estigmatizações do processo penal.

Uma vez compreendidas estas noções iniciais sobre a colaboração, partir-se-á ao confronto do depoimento do delator e a teoria da prova no processo penal. Antes de se adentrar propriamente à análise do problema proposto nesta pesquisa, é relevante examinar a diferenciação entre as categorias dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova, a fim de enquadrar o depoimento do colaborador entre uma delas. Após este percurso metodológico, analisar-se-á o problema deste trabalho, qual seja a análise da natureza jurídica do depoimento do delator, em face aos delatados, e as consequências processuais de cada enquadramento.

Concluir-se-á esta dissertação com a apresentação da tese que aqui se defende, desde logo apresentada, na qual o melhor enquadramento jurídico para o depoimento do delator, na hipótese em que se analisa, é a de informante do juízo, evitando-se, assim, as confusões e expansões conceituais impróprias que são necessárias para a submissão deste depoimento à categorias como o testemunho e a confissão e a apresentação de uma resposta que nada soluciona o problema, como a de uma natureza jurídica própria/*sui generis*.

1 COLABORAÇÃO PREMIADA

1.1 CONCEITO

A colaboração premiada, como já ressaltado, é um instrumento de combate ao crime organizado previsto na Lei 12.850/2013. A colaboração premiada consiste:

[...] a colaboração premiada é um acordo realizado entre acusador e defesa, visando ao esvaziamento da resistência do réu e à sua conformidade com a acusação, com o objetivo de facilitar a persecução penal em troca de benefícios ao colaborador, reduzindo as consequências sancionatórias à sua conduta delitiva (VASCONCELLOS, 2017, p. 05).

É relevante ressaltar que, mesmo sob a égide da antiga Lei 9.034/95, que também dispunha sobre meios de prevenção e repressão de ações de organizações criminosas e que foi revogada pela Lei 12.850/2013, a colaboração premiada já era vista como contrato: “o acordo de delação é *contrato* firmado entre as partes (réu/investigado e acusação), estabelecendo direitos e obrigações a cumprir ao longo da persecução” (CARVALHO, LIMA, 2009, p. 242).

Desta maneira, a pactuação de um contrato de colaboração funciona como marco para o surgimento do colaborador, pessoa que será responsável por apresentar fatos e provas a fim de auxiliar na investigação de condutas que envolvam organizações criminosas. O colaborador, para fins de cumprimento do acordo e obediência ao regime legal previsto na Lei

12.850/2013, abre mão de algumas de suas garantias fundamentais enquanto réu de um processo criminal em prol dos benefícios previstos na mencionada legislação³ e também do auxílio nas investigações (Vieira, 2017, p. 09). Além disso, este contrato apresenta como partes o investigado/acusado e o Ministério Público ou o Delegado de Polícia, como aduz o art. 4º, §6º, da Lei 12.850/2013.

Uma vez celebrado o acordo de colaboração, este será submetido à análise meramente formal do magistrado para fins de homologação (art. 4º, §7º, Lei 12.850/2013). Após esta etapa, iniciar-se-á a participação efetiva do colaborador no auxílio das investigações para apresentar ao órgão persecutório a contribuição que lhe foi incumbida. A validade do contrato de colaboração premiada está condicionado ao alcance de certos objetivos previstos na própria legislação (art. 4º, I a V), quais sejam: 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.

Por fim, o magistrado deverá averiguar se as condições e os objetivos previstos no acordo de colaboração foram atendidos e se o colaborador efetivamente fará jus ao benefício que foi transigido no mencionado documento (art. 4º, §11, Lei 12.850/2013).

1.2 NOMENCLATURA: CHAMAMENTO DE CORRÉU, ARREPENDIDOS, DELAÇÃO E COLABORAÇÃO PREMIADA

Ultrapassada a conceituação da colaboração premiada, passa-se a tecer comentários sobre a sua nomenclatura, haja vista que lhe são atribuídos diferentes nomes pela doutrina. A determinação do nome adequado é de extrema importância para que não haja confusão com outros institutos jurídicos existentes.

A doutrina brasileira navega por diferentes nomenclaturas. Alguns chamam a colaboração simplesmente de colaboração premiada, outros de delação premiada, chamamento de corréu e até de arrependidos.

³ “Art. 4º 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: [...]”.

Enquanto chamamento de corrêu, é assim considerada por diversos autores (BITENCOURT, BUSATO, 2014, p. 136-137; PRADO, 2015, s/n; COUTINHO E ROSA, 2015, s/n; RANGEL, 2016, p. 588; JESUS, 2005, s/n; MARCÃO, 2016, p. 495) consistindo na “afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia, pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação no crime como seu comparsa” (BADARÓ, 2017, p. 19).

Este posicionamento sofre críticas, ancoradas no que lecionava Hélio Tornaghi, de que não há relação entre a colaboração e o chamamento de corrêu previsto no Direito Processual Civil (VASCONCELLOS, 2017, p. 05). Também se aplica como crítica a esta denominação o fato de que este conceito “[...] acaba por confundir o depoimento do delator em juízo (uma das consequências deste meio de obtenção de prova), com o instituto da colaboração premiada (negócio jurídico complexo [...])” (VIEIRA, 2017 p. 09-10).

Já o termo “arrepentidos” possui origem na doutrina italiana (*pentiti*), entretanto, atribuir ao instituto esta denominação pode trazer consequências de cunho subjetivo que com ele não condizem, por exemplo, a necessidade de arrependimento do colaborador, o que não está previsto na legislação brasileira (esta exige apenas a voluntariedade⁴ da colaboração – art. 4º, §7º, Lei 12.850/2013) (VASCONCELLOS, 2017, p. 05).

A forma mais comum de se referir ao instituto ora analisado é como colaboração e delação premiada. Embora sejam utilizados de forma indiferente, há distinção entre os termos. A colaboração premiada é mais ampla, é um gênero, que pode ser materializada através de diferentes condutas previstas nos incisos do art. 4º da Lei 12.850/2013, já a delação premiada é uma das formas de colaboração, que consiste na auto imputação das condutas por parte do delator e também a outros envolvidos nos atos criminosos (GOMES, 2014, p. 22), ou seja, representa apenas o inciso I do art. 4º (“a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas”)⁵.

Portanto, para os fins desta pesquisa, a diferenciação entre colaboração e delação premiada é relevante, haja vista que o que se pretende analisar é a natureza jurídica do depoimento do delator em face aos delatados, ou seja, restringe-se aos casos previstos no

⁴ Também neste ponto há divergência na doutrina sobre o que é exigido pela lei: voluntariedade ou espontaneidade. Sobre esta discussão, por não adentrar ao mérito da pesquisa e por se optar pelo texto de lei, indica-se, entre outros, Nucci (2017b, p. 59), Lima (2016a, p. 531-532), Vasconcellos (2017, p. 13) e Bottini (2017, p. 13). Considerando voluntariedade e espontaneidade como sinônimos: Silva (2015, p. 57-58).

⁵ Conceituando da mesma maneira a delação: Jesus (2005, s/n). Lima (2016a, p. 521), por seu turno, embora trabalhe a diferenciação entre colaboração e delação premiada nos moldes como foi exposto nesta pesquisa, afirma que o que se chama por delação é, na verdade, o chamamento de corrêu, pois somente nesta hipótese é que o colaborador/delator imputará também a prática dos fatos a terceiros, “chamando-os” ao processo.

inciso I do art. 4º da Lei 12.850/2013, não abrangendo as demais condutas. Desta forma, estas serão as nomenclaturas adotadas nesta pesquisa, respeitando-se a amplitude de cada um dos institutos.

1.3 NATUREZA JURÍDICA: MATERIAL OU PROCESSUAL

A natureza jurídica da colaboração premiada possui importância na própria denominação deste instituto. Ao longo do tempo a doutrina nacional variou a caracterização entre uma natureza jurídica de direito material e, posteriormente, de direito processual.

Durante a vigência da antiga Lei 9.034/95, a doutrina manifestava-se no sentido de uma natureza jurídica de direito material. Isto importava em uma maior relevância aos efeitos jurídicos penais materiais da colaboração, em detrimento dos seus efeitos processuais, ou seja, o maior enfoque voltava-se a própria atribuição dos prêmios pelo ato de colaboração (isenção ou redução de pena) (FERNANDES, 2006, p. 18). Isso decorria da própria ausência de previsão na legislação do procedimento processual atribuído a colaboração (VASCONCELLOS, 2017, p. 05).

Atualmente, não obstante se ter a noção de que a colaboração premiada possui características tanto de direito material quanto de direito processual, a atual Lei 12.850/2013 voltou-se, em especial, a previsão do procedimento de colaboração, sendo esta a perspectiva que determina nesta legislação a sua natureza jurídica, de direito processual. Há quem argumente que esta é a concepção mais adequada:

Por certo, trata-se da posição mais adequada, mesmo anteriormente à referida legislação, pois o cerne do instituto é a facilitação da persecução penal a partir da produção ou obtenção de elementos probatórios, como a confissão do delator e o seu depoimento incriminador em relação aos corréus, além de outros tipos de prova possivelmente indicados (documentos etc.) (VASCONCELLOS, 2017, p. 05).

Da mesma forma, é importante ressaltar que a colaboração premiada, embora apresente como benefícios ao colaborador consequências penais materiais, trata-se de um instrumento de direito processual que possui como objetivo principal a produção probatória (VIEIRA, 2017, p. 09). Aliás, esta também foi a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 127.483:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito

substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Portanto, percebe-se a importância processual da colaboração premiada, relevância esta que traz consequências no próprio conceito deste instituto como já se mencionou anteriormente: trata-se de um acordo/negócio voltado a facilitação da produção probatória em troca de benefícios ao colaborador.

2 DEPOIMENTO DO DELATOR E A TEORIA DA PROVA DO PROCESSO PENAL

2.1 MEIOS DE PROVA E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

Compreendido em que consiste o instituto da colaboração premiada e feitas as devidas diferenciações entre esta e a delação, é correto que se faça o confronto destas concepções com a teoria da prova. Inicia-se com o enquadramento entre meio de prova e meio de obtenção de prova.

Os meios de prova “são os elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados” (MENDES, 2013, p. 173), “é o meio através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão” (LOPES JÚNIOR, 2017a, p. 352). A doutrina destaca como meios de prova existentes no ordenamento jurídico brasileiro, entre outros, a prova testemunhal, documental, pericial⁶.

Já os meios de obtenção de prova “são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar)” (BOTTINI, 2017, p. 10), ou seja, não são as provas propriamente ditas, apenas meios de sua obtenção (LOPES JÚNIOR, 2017a, p. 352). Como meios de obtenção de prova são comumente indicadas as buscas e apreensões, interceptações telefônicas, entre outras⁷.

Baseado nestas distinções, em qual destas categorias se enquadra a colaboração premiada? E a delação premiada?

⁶ No mesmo sentido: Marcão (2016, p. 435-436); Pacelli (2017, p. 384 e s.s.); Rangel (2016, p. 461); Badaró (2017, p. 18); Lima (2016b, p. 578-580); Vasconcellos (2017, p. 5).

⁷ Comungam do mesmo entendimento: Badaró (2017, p. 18); Lima (2016b, p. 578-580); Jesus (2015, p. 179-180); Vasconcellos (2017, p. 5).

A doutrina⁸ considera a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, “um instrumento através do qual se procura incentivar um membro de uma organização criminosa a revelar pessoas e factos com ela relacionados mediante uma promessa estadual de vantagens [...]” (BRANDÃO, CANOTILHO, 2017, p. 07). Esta também é a linha que segue a jurisprudência do STF, após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483, e a própria Lei 12.850/2013 ao trazer expressamente o termo “meios de obtenção de prova” quando se refere a colaboração premiada (art. 1º, *caput*, e art. 3º, *caput*).

Por outro lado, com base na diferenciação já feita entre colaboração e delação, a delação premiada consiste em meio de prova⁹, haja vista que, como já ressaltado, ela é um dos resultados possíveis da colaboração premiada elencados no art. 4º da Lei 12.850/2013. Lembra-se que a principal distinção entre meio de obtenção de prova e meio de prova está na possibilidade ou não de demonstração dos fatos, a “realidade” sobre determinado acontecimento, e diante desta ideia, tem-se que a delação premiada é um meio de se alcançar (ou ao menos tentar) à realidade dos acontecimentos investigados na ação penal, diferentemente da colaboração, que funciona apenas como meio para se atingir um dos objetivos previstos no mencionado art. 4º. Este também é o entendimento do STF no já destacado *HC* nº 127.483:

Como se observa, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito.

Outrossim, o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador.

Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

Portanto, verifica-se que a distinção entre colaboração premiada e delação é de extrema relevância para a identificação e distinção destes institutos, inclusive, em decorrência da própria distinção entre meio de prova e meio de obtenção de prova. Como visto, a delação é um meio de obtenção de prova, uma forma de se introduzir no processo informações que auxiliem no convencimento do julgador. Resta agora desvendar como o depoimento do

⁸ Entre vários autores, destaca-se: Vieira (2017, p. 9); Bottini (2017, p. 10); Capez (2016, p. 121). Esta também é a concepção adotada no Manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) (2014, p. 2). Há de se destacar a confusão conceitual feita por Lopes Júnior (2017a, p. 352) e Bitencourt e Busato (2014, p. 136-137) neste ponto. Lopes Júnior inclui a delação premiada entre os meios de obtenção de prova, todavia, ao que parece da leitura de sua obra, o autor não faz a distinção entre colaboração e delação, o que justifica esta caracterização. Já Bitencourt e Busato incluem a “colaboração premiada” como meio de prova, entretanto, os autores também não fazem a distinção entre os institutos.

⁹ Também assim consideram Bottini (2017, p. 10), Capez (2016, p. 121) e Vieira (2017, p. 15).

delator, enquanto meio de prova, se manifesta no processo penal brasileiro, ou seja, sua natureza jurídica.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DO DEPOIMENTO DO DELATOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Já se sabe que a delação premiada é um meio de prova previsto na Lei 12.850/2013, mais especificamente no inciso I do art. 4º. O Código de Processo Penal brasileiro prevê vários meios de prova permitidos, resta saber em qual destes se enquadra a delação. É possível analisar a delação em duas perspectivas: em relação ao delator e em relação aos delatados. Dentre os vários meios de prova existentes e admitidos no Brasil, a doutrina diverge no enquadramento da delação entre: confissão, prova testemunhal, interrogatório, mera informação e ainda uma natureza própria/*sui generis*.

A delação possui natureza de confissão quando é analisada na perspectiva do delator. Enquanto meio de prova cujo intuito é gerar benefícios penais ao agente/delator, ela exige a assunção do compromisso de dizer a verdade e a abdicação do direito ao silêncio (art. 4º, §14, Lei 12.850/2013), possibilitando ao órgão policial ou ministerial o alcance de um objetivo de natureza investigatória no âmbito da ação penal. Diante deste fato, uma das obrigações assumidas pelo delator é, além de indicar demais agentes do fato criminoso, esclarecer a sua participação na empreitada criminosa, revelando os atos que praticou. Isto nada mais é do que uma exigência da própria confissão como regulada no CPP: “a confissão pode ser conceituada como a aceitação por parte do acusado da imputação da infração penal, perante a autoridade judiciária ou policial” (LIMA, 2016b, p. 676)¹⁰. Esta é a concepção adotada pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) (BRASIL, 2014, p. 16).

Entretanto, há quem discorde de tal posicionamento, sob a alegação de que seria possível a delação sem a confissão, desde que o delator se limitasse a negar sua responsabilidade e apontar outros responsáveis pelo fato (CARVALHO, LIMA, 2009, p. 242). Outro argumento utilizado é que a delação extrapola os limites da confissão, uma vez que se exige também a imputação de terceiros pela prática do fato, não se limitando ao simples reconhecimento da atuação do agente confesso (VASCONCELLOS, 2017, p. 05). Em síntese, “[...] é incauta a pretensão de igualar os institutos da confissão e da delação premiada,

¹⁰ Amaral e Gloeckner (2017, p. 05) afirmam que a delação possui a mesma finalidade da confissão: “alcançar o maior número de culpáveis possível para impulsionar a eficácia da maquinaria persecutória”.

cominando os mesmos efeitos de redução de pena. Trata-se de normativos sujeitos a pressupostos diversos, conseqüentemente também não podem ter o mesmo valor probatório”¹¹ (FALCÃO JÚNIOR, 2011, p. 16).

No que tange a delação na perspectiva dos delatados, há quem considere este instituto com a mesma natureza de uma prova testemunhal. Para tanto, afirma-se que a oitiva do delator na ação penal dos delatados toma “contornos de verdadeira prova testemunhal” e isso se deve ao fato de a delação ser uma prova oral e a Lei 12.850/2013 exigir a veracidade das declarações do delator (LIMA, 2016a, p. 541; 2016b, p. 778-780)¹². “É oportuno lembrar que, no direito norte-americano, o réu depoente assume a condição de testemunha e fica obrigado, como qualquer outra, ao juramento de veracidade (*to tell the truth, the whole truth and nothing but the truth*)” (MOREIRA, 2001, p. 04), demonstrando-se que tal concepção mantém relação direta com a influência do *plea bargaining*.

Contudo, há fortes críticas em relação a este enquadramento. Inicialmente, “o delator jamais poderá ser considerado como um terceiro imparcial e, portanto, equidistante das partes” e, por conta disso, não pode ser considerado testemunha (VIEIRA, 2017, p. 11-12)¹³. Para tentar solucionar tais críticas, alguns autores atribuem à delação a natureza de testemunho impróprio (VASCONCELLOS, 2017, p. 05)¹⁴, como o fez também o STJ no RHC 67.493/PR, ano de 2016, na hipótese em que o delator não seja acusado ou envolvido na ação penal. De forma bem direta, é inadequado tratar o delator como testemunha (seja própria, seja imprópria) pelo simples fato de não se tratar de um terceiro, mas de um indivíduo que possui parcialidade, por mais que a Lei 12.850/2013 lhe exija a veracidade no seus depoimentos (FALCÃO JÚNIOR, 2011, p. 16-17)¹⁵.

No que concerne a natureza jurídica de interrogatório, argumenta-se que “quem colabora deve, no sistema brasileiro, ser interrogado, pois somente na sentença verificará o juiz se reduz ou isenta a sua pena. Deve ser sua oitiva feita em contraditório, com

¹¹ Concordando com os argumentos contrários à natureza de confissão: Pereira, 2009, p. 30.

¹² No mesmo sentido: Silva (2015, p. 72-73). Romero (2015, p. 265), embora sustente a posição de que a delação seja melhor enquadrada como interrogatório, afirma que há uma situação na qual a oitiva do delator deva ser classificada como prova testemunhal: na hipótese em que ele seja ouvido em ação penal que verse sobre “fato do qual não participou diretamente ou indiretamente, mas que teve conhecimento por ser membro da organização criminosa e o presenciou ou dele tomou conhecimento por outro meio sem contribuir de qualquer modo para ele”. Para Rosa (2017, p. 563), a delação poderá ter natureza de mera informação ou de prova testemunhal, “dependendo da compreensão dos jogadores/julgadores, para o fim de efetiva produção em contraditório de suas declarações (art. 4º, §12), mesmo que beneficiado com o perdão ou não denunciado”.

¹³ O autor lembra, ainda, que o art. 343 do Código Penal tutela qualquer conduta que resulte na atribuição de vantagens a testemunha em razão do testemunho judicial.

¹⁴ O autor também é contrário ao enquadramento como prova testemunhal.

¹⁵ Acolhendo a mesma argumentação: Pereira (2009, p. 30) e Lopes Júnior (2017a, p. 448). Também afirmando haver interesse por parte do delator: Nucci (2017b, p.55) e Coutinho e Rosa (2015, s/n).

possibilidade de reperguntas aos outros acusados por ele incriminados” (FERNANDES, 2006, p. 18). Há também quem justifique tal classificação no fato de que a delação é “prestada por corréu em crime que foi autor ou partícipe” e, por isso, uma possível mentira contada pelo delator não acarrete o crime de falso testemunho (art. 342, CP), mas apenas no descumprimento do contrato de colaboração (ROMERO, 2017, p. 264).

O interrogatório nada mais é do que um meio de prova e de defesa do réu que será realizado no final da audiência de instrução e julgamento (art. 400, CPP) e no qual este apresentará sua versão dos fatos perante o juiz (PACELLI, 2017, p. 384). De acordo com estes elementos do interrogatório, aduz-se que o depoimento do delator não pode ser caracterizado como interrogatório, uma vez que, nas ações penais dos delatados, a oitiva do delator não poderá ser realizada ao final da audiência, sob pena de violação do direito à ampla defesa daqueles (VIEIRA, 2017, p. 13), sem esquecer o fato de que por ser um meio de defesa o réu possui a garantia do direito ao silêncio, o que não condiz com o instituto da delação.

Por outro lado, existem aqueles que consideram que o depoimento do delator possui natureza jurídica de mera informação, o que impõe que o indivíduo seja ouvido como informante. Quem afirma ser este o enquadramento correto o faz “porque a sua oitiva [do delator] nos autos está em função de assegurar o contraditório e a ampla defesa do delatado, máxime quando, no caso de o delator ser corréu, não existir a obrigação de dizer a verdade” (FALCÃO JÚNIOR, 2011, p. 17). Contudo, as críticas a esta escolha giram em torno da alegação de que não seria o regime de informante o correto ao enquadramento do depoimento do delator em relação aos delatados pelo fato de que o informante não presta compromisso com a verdade, o que é exigido na delação por decorrência da Lei 12.850/2013 (VASCONCELLOS, 2017, p. 05).

Não obstante tal crítica, preconiza-se que se deve levar em consideração “as limitações dos meios de prova previstos no Código de Processo Penal”, motivo pelo qual o regime de informante é o que melhor se aproxime do instituto da delação premiada (VIEIRA, 2017, p. 15). Ressalta-se que este foi o entendimento adotado pelo STF no julgamento da Ação Penal 470, também conhecida como “Mensalão”.

Por fim, há ainda quem não considere nenhum dos meios de prova aptos para caracterizar as palavras do delator em juízo. Nesse sentido se sustenta que o depoimento do delator “[...] não se encaixa adequadamente como testemunha (por ter interesse no caso) ou informante (por prestar o compromisso de veracidade)” (VASCONCELLOS, 2017, p. 05), ou seja, possui características, ao mesmo tempo, do interrogatório, confissão e da prova

testemunhal (ROMERO, 2017, p. 264), motivo pelo qual possui natureza jurídica própria ou *sui generis*.

Após analisar todas as correntes de pensamento no que toca a natureza jurídica do depoimento do delator, sustenta-se que, na esteira do que determinou o STF no julgamento do “Mensalão”, a natureza de informante é a que melhor se adequa a hipótese do delator. Enquanto não se exige do informante o compromisso com a imparcialidade e a veracidade das informações (NUCCI, 2017a, p. 422), pode-se dizer que o delator apresenta uma característica distinta que serve para dar mais valor ao conteúdo de suas declarações: o compromisso com a verdade.

O fato é que nada modifica o seu interesse na causa e esta é a característica fundamental da delação premiada, a qual é compatível com a própria ideia de informante apresentada na doutrina nacional. No que concerne ao compromisso com a verdade, este é um requisito formal da colaboração (sentido amplo) que implica apenas na validade ou não do acordo, podendo o delator ser ouvido como informante ainda que não cumpra com a veracidade de suas informações (aliás, o que para o regime de informante não importa), devendo restar claro aos interessados a sua condição/natureza jurídica durante a oitiva.

CONCLUSÃO

Diante dos esclarecimentos apresentados nesta pesquisa, verifica-se que a colaboração premiada é, atualmente, um dos grandes problemas penais e processuais penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando várias formas de abordagem e diferentes questões a serem resolvidas. Isso se deve, principalmente, pelo fato de que a colaboração, oriunda do *plea bargaining* norte americano, é um instrumento desenvolvido em um sistema jurídico calcado não em um princípio da obrigatoriedade da ação penal, como é o brasileiro, mas sim no princípio da oportunidade que é marca do sistema estadunidense, ou seja, o problema inicial é o do *legal transplant* deste instituto para o ordenamento nacional sem suas devidas adequações.

Não obstante esta gama de questões envolvidas na colaboração, visou-se neste trabalho a abordagem específica do problema da natureza jurídica do depoimento do delator. Para tanto, foi necessária a conceituação da colaboração premiada, verificando-se que esta, desde a legislação anterior, já era vista como um acordo/contrato entre o investigado/réu e o Estado-acusação, além de se analisar sua natureza jurídica, que atualmente é processual em

razão da maior relevância dada pela Lei 12.850/2013 ao procedimento jurídico da colaboração. Por questões metodológicas e também de circunscrição do objeto abordado nesta pesquisa, fez-se a diferenciação entre as diversas denominações atribuídas ao instituto, chegando à correta distinção entre colaboração premiada e delação premiada, questão importante não só pelo fato de que cada uma possui natureza jurídica distinta, mas também de que o problema proposto possui relevância apenas na hipótese de delação premiada (art. 4º, I, Lei 12.850/2013).

Além disso, também se buscou confrontar a delação premiada e a teoria da prova no processo penal brasileiro para fins de se chegar a quais naturezas jurídicas poderia se ventilar o enquadramento deste instituto. Como se verificou na doutrina e jurisprudência da corte suprema brasileira, a colaboração premiada, enquanto gênero, é um meio de obtenção de prova, já a delação, enquanto espécie, um meio de prova propriamente dito, o que limita a natureza jurídica do depoimento do delator a um dos meios de prova previstos no CPP.

Diante deste processo lógico de análise da delação premiada, tentou-se determinar a natureza jurídica do depoimento do delator. Como apresentado, a doutrina e a jurisprudência propõe diferentes naturezas a estas declarações, passando pela confissão, enquadramento mais adequado quando analisado o depoimento em relação ao próprio delator, testemunho, interrogatório, natureza jurídica própria/*sui generis* e, por fim, como mera informação, sendo esta a tese apresentada na presente monografia. Como visto, embora ao informante, no Brasil, não se exija o compromisso com a verdade, esta condição é atribuída para aqueles que possuem interesses próprios envolvidos na causa que se debate, característica mais marcante do instituto da colaboração e da própria condição de delator.

Isto posto, as críticas apresentadas por parte da doutrina no sentido de que o compromisso com a verdade é um óbice à caracterização do delator como informante não merecem prosperar pelo fato de que a exigência desta veracidade nas informações prestadas por ele não retiram a particularidade do interesse próprio envolvido na demanda, mas tão somente servem para dar mais valor às suas contribuições investigatórias. Portanto, conclui-se que a natureza jurídica de mera informação é a mais adequada ao depoimento do delator quando colhido nas ações penais dos delatados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A delação nos sistemas punitivos contemporâneos**. Revista dos Tribunais Online, vol. 128/2017, p. 65-89, fev. de

Jul./Dez. de 2017

2017. Disponível em:
<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016282a39e22945e1076&docguid=I3e5ea770d87611e68914010000000000&hitguid=I3e5ea770d87611e68914010000000000&spos=1&epos=1&td=74&context=13&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17/03/2017.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (livro eletrônico)

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Colaboração premiada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (livro eletrônico)

BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. Revista dos Tribunais Online, vol. 133/2017, p. 133-171, jul. de 2017. Disponível em:
<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016282a9f2c7056406db&docguid=Ifcb350e04d9711e7a407010000000000&hitguid=Ifcb350e04d9711e7a407010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=39&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03/08/2017.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Brasília, 2014. 18 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventosinternacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em 03/03/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus** nº 127.483. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outros. Coator: relator da Pet. 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 03/03/2017.

CAPEZ, Rodrigo. **O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal**. Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, ano 17, nº 44, p. 117-130, Jul.-Set./2016. Disponível em:
https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/107653/acordo_colaboracao_premiada_capez.pdf. Acesso em 03/03/2017.

CARVALHO, Salo de; LIMA, Camile Eltz de. **Delação Premiada e Confissão: filtros constitucionais e adequação sistemática**. In: Ciências Criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Coord. Ana Cláudia Bastos de Pinho e Marcus Alan de Melo Gomes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; ROSA, Alexandre Morais da. **Delator pode ser questionado pelos defensores dos coacusados**. Revista Consultor Jurídico, ago. 2015.

Jul./Dez. de 2017

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-21/limite-penal-delator-podeser-questionado-pelos-defensores-coacusados>>. Acesso em 23/03/2017.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. **Delação Premiada:** constitucionalidade e valor probatório. Revista *Custos Legis* – Ministério Público Federal, vol. 3, ano 2011, ISSN 2177-0921. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_Falcao_Junior.pdf>. Acesso em: 15/04/2017.

FERNANDES, A. S. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** Setembro de 2006. Disponível em: <http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2016_03_28_14_54_14_Efici%EAncia%20e20garantismo%20-%20Scarance.pdf>. Acesso em: 15/04/2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada:** artigo por artigo: Lei 11.343/2006. Coord. Luiz Flávio Gomes. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. (livro eletrônico)

JESUS, Damásio E. de. **Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551>>. Acesso em: 10/04/2017.

JESUS, F. M. de. **Os meios de obtenção da prova em processo penal.** 2ª ed. rev. actual. e ampliada. - Coimbra: Almedina, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada:** volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016a.

_____. **Manual de processo penal:** volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016b.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. (livro eletrônico)

_____. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal.** 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). São Paulo: Saraiva, 2016. (livro eletrônico)

MENDES, Paulo Sousa. **As proibições de prova no processo penal.** In: Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coord. Prof. Doutora Maria Fernanda Palma. Coimbra: Almedina, 2004 (p.133-154).

_____. **Lições de Direito Processual Penal.** Coimbra: Almedina, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O processo penal norte-americano e sua influência.** Revista dos Tribunais Online, vol. 103/2001, p. 95-107, jul-set de 2001. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6>>

adc50000015e1c0d3650594bf207&docguid=Ib7a75b50f25311dfab6f010000000000&hitguid=Ib7a75b50f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1502&context=99&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05/04/2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017a. (livro eletrônico).

_____. **Organização criminosa**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017b. (livro eletrônico).

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. (livro eletrônico)

PEREIRA, Frederico Valdez. **Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 25-35, jan./mar. 2009. Disponível em: <www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1126/1224>. Acesso em: 20/04/2017.

PRADO, Geraldo. **Da Delação Premiada: aspectos de Direito Processual**. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/da-delacao-premiada-aspectos-de-direito-processual-por-geraldo-prado/>>. Acesso em 20/04/2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. (livro eletrônico)

ROMERO, Eneas. **A colaboração premiada**. In: Crime organizado: análise da lei 12.850/2013. Organização de Kai Ambos, Eneas Romero. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia de processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Florianópolis: Editora Empório do Direito, 2017.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. (livro eletrônico)

SCHÜNEMANN, Bernd. *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano em el mundo?)*. Revista de Derecho Penal, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 25 de maio, 568, n. 11, jun./2000. Disponível em: <<https://dokumen.tips/documents/bernard-schuenemann-crisis-del-procedimiento-penal-marcha-triunfal-del.html>>. Acesso em: 24/04/2017.

VIEIRA, Moisés M. **Uma análise da natureza jurídica do depoimento do colaborador**. 2017. 18 f. Relatório de Mestrado não publicado – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal.