

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LIA RAQUEL DA CRUZ BATISTA DA HORA

**COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS:
aplicabilidade no processo penal brasileiro**

São Luís

2017

LIA RAQUEL DA CRUZ BATISTA DA HORA

**COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS:
aplicabilidade no processo penal brasileiro**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Edilson Caridade Ribeiro.

São Luís

2017

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a). Núcleo
Integrado de Bibliotecas/UFMA

Hora, Lia Raquel da Cruz Batista da.

Colaboração premiada à luz da teoria dos jogos: aplicabilidade no processo penal brasileiro / Lia Raquel da Cruz Batista da Hora. – 2017.

63 f.

Orientador: José Edilson Caridade Ribeiro

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Colaboração premiada. 2. Justiça penal negociada. 3. Organização criminosa. 4. Processo penal. 5. Teoria dos jogos. I. Ribeiro, José Edilson Caridade. II. Título.

LIA RAQUEL DA CRUZ BATISTA DA HORA

**COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS:
aplicabilidade no processo penal brasileiro**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, como requisito para
a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Edilson Caridade Ribeiro (Orientador)

(Examinador 1)

(Examinador 2)

Aos meus pais, Edilamar Batista e José Da
Hora.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que até aqui me abençoou. O que sou e o que vier a ser, vem do Senhor.

Aos meus irmãos, Cunhados, Vó Vanda, que sempre me apoiaram e torceram pelo meu sucesso na formação acadêmica.

Aos meus pais, Edilamar e José Da Hora, o meu amor e agradecimento por todo o esforço para me proporcionar o melhor ao longo de minha vida. Honrarei também com minha profissão todo esse zelo. Grande alegria é tê-los como pais.

Ao meu co-orientador, Prof. Cláudio Cabral, muito obrigada por ter aceitado o convite para a orientação, pelas preciosas lições, pela disponibilidade e atenção. Minha sincera gratidão.

Ao meu orientador, Prof. Caridade, obrigada por tão prontamente ter aceitado o convite. Foi um prazer ter sido aluna de um ser humano tão simples e comprometido com o trabalho.

Aos companheiros de curso, agradeço o privilégio de poder chamar todos do “Ninho do Amor” de amigos. Sem vocês as aventuras da graduação não teriam sido tão proveitosas. Luísa, Hugo, Ciro, Rafael, Mariza, Amanda, Rayara, Wilson, Franklin, recebam meu amor e contem sempre com minha amizade.

À Nathalia e Octávio, agradeço todo o incentivo aos estudos ao longo do curso, da preparação pra OAB e também agora na monografia. O carinho e amizade de vocês são preciosos para mim.

Às amigas companheiras de vida Deborah, Letícia, Marianna e Rhaysa, agradeço a companhia e apoio em todos os momentos. Grande presente é a nossa amizade. Amo vocês!

À Felipe, Laila, Vinícius e Brenno pelos memoráveis momentos de quando estamos juntos. À Luana, o agradecimento pela amizade e apoio constante, também durante etapas importantes da graduação e no presente trabalho de conclusão. Recebam o meu amor.

À Dra. Ananda e Dra. Nathália, por terem me mostrado como exercer a profissão de advogada com zelo e amor. Aprendi a olhar a advocacia com outros olhos e foi despertada em mim tão grande admiração por vocês e por essa carreira. O aprendizado durante o tempo que fiquei no escritório transcendeu o jurídico. Minha eterna gratidão e carinho.

Aos amigos da Promotoria do Idoso, obrigada por me ensinarem com paciência e me acolherem tão bem. Foi gratificante fazer parte de uma equipe comprometida com o trabalho e sensível à causa que a Promotoria se propõe a defender. Guardarei com carinho todos os momentos compartilhados. Dr. Cutrim, Mariana, Tany e Frank, muito obrigada.

“A maioria de nós acreditou que a esperança tinha vencido o medo. Com o mensalão, descobrimos que o cinismo tinha vencido a esperança. Agora parece que o escárnio venceu o cinismo. Mas o crime não vencerá a justiça”.

Cármem Lúcia Rocha
Ministra do STF

RESUMO

Análise, tomando-se por base o estudo da teoria dos jogos e sua relação com o processo penal brasileiro, principalmente com o instituto da colaboração premiada. A teoria dos jogos tem por objeto o estudo das decisões interativas, nas quais os tomadores de decisões são afetados tanto pelas suas escolhas quanto pelas decisões dos outros em um dado jogo. Assim, pode ser estabelecida uma relação com o instituto da delação premiada, haja vista que as partes envolvidas na relação processual devem elaborar estrategicamente os termos do acordo de colaboração. A delação premiada é utilizada como meio de prova na repressão a inúmeras infrações penais e consiste num benefício dado ao réu que colabora com as investigações criminais, delatando os demais participantes e possibilitando a elucidação de delitos praticados por organizações criminosas. Assim sendo, a delação premiada é mecanismo criminal eficaz no combate à criminalidade organizada e traz vantagens tanto para o colaborador como para o Estado. Primeiramente, discutir-se-ão os elementos constitutivos da teoria dos jogos e a relação com o processo penal brasileiro. Em seguida, examinar-se-á o surgimento da colaboração premiada, com base no direito comparado, bem como as formas de justiça penal negociada. Ao final, será analisado com mais detalhes a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, dando-se destaque à Lei nº 12.850/2013, que prevê o procedimento da delação em se tratando de organização criminosa.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Teoria dos jogos. Processo Penal. Justiça penal negociada. Organização criminosa.

ABSTRACT

Analysis, based on the study of game theory and its relationship with the Brazilian criminal process, especially with the institute of the Leniency Agreement. Game theory is concerned with the study of interactive decisions, in which decision-makers are affected by both their choices and the decisions of others in a given game. Thus, a relationship can be established with the Leniency Agreement, since the parties involved in the procedural relationship must strategically elaborate the terms of the collaboration agreement. The prize award is used as a mean of proof in the repression of numerous criminal offenses and is a benefit given to the defendant who collaborates with criminal investigations, revealing the other participants and making it possible to elucidate crimes committed by criminal organizations. Thus, the awarding of a prize is an effective criminal mechanism in the fight against organized crime and has advantages for both the collaborator and the State. Firstly, the constitutive elements of game theory and the relationship with Brazilian criminal procedure will be discussed. Then, it will be examined the emergence of award-winning collaboration, based on comparative law, as well as the forms of negotiated criminal justice. At the end, it will be analyzed with more details the collaboration awarded in the Brazilian legal system, highlighting the Law n. 12.850/2013, that states the procedure of the Leniency Agreement regarding the criminal organization.

Key-words: Leniency Agreement. Game Theory. Criminal Procedure. Negotiated Criminal Justice. Criminal Organization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	-	Artigo
CF		Constituição Federal
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
HC	-	<i>Habeas Corpus</i>
Min	-	Ministro
MP	-	Ministério Público
MPF	-	Ministério Público Federal
STF	-	Superior Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TEORIA DOS JOGOS	12
2.1	Escorço histórico da teoria dos jogos	12
2.2	O dilema do prisioneiro	16
2.3	Teoria dos jogos aplicada ao processo penal brasileiro	18
3	JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA	21
3.1	Modelos de justiça penal negociada no direito comparado	21
3.1.1	Common Law x Civil Law	21
3.1.2	Modelo americano	23
3.1.3	Modelo italiano	26
3.1.4	Modelo brasileiro	28
4	COLABORAÇÃO PREMIADA	34
4.1	Escorço histórico da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro	34
4.2	Conceito de delação premiada	37
4.3	Natureza jurídica	39
4.4	A colaboração premiada na Lei 12.850/2013	40
4.4.1	Casos emblemáticos envolvendo acordo de colaboração premiada no Brasil	51
4.5	Questões controvertidas referentes à colaboração premiada	54
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
	REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia volta-se ao estudo do instituto da delação premiada à luz da teoria dos jogos, sendo estabelecida a relação e verificada a aplicabilidade no processo penal brasileiro, visto como um jogo. O interesse pelo tema surgiu no contexto da Operação Lava Jato, considerada a maior operação no combate à corrupção no Brasil¹, que, contando com a celebração de acordos de colaboração premiada, tem obtido êxito nas investigações e na recuperação de recursos públicos desviados.

A finalidade do Direito Penal é tutelar bens política e economicamente essenciais para o convívio em sociedade, bens estes que não podem ser suficientemente protegidos por outros ramos do Direito. O Direito Penal Objetivo consiste em um conjunto de normas criadas pelo Estado, que define condutas consideradas inaceitáveis e, portanto, estabelecidas como crimes ou contravenções, sob a possibilidade de sanção ou medida de segurança, caso sejam praticadas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação da pena ao delito cometido deve ocorrer de acordo com o devido processo legal previsto constitucionalmente, considerando-se o contraditório e a ampla defesa, para que, ao final do processo, seja aplicada a pena devida ou haja absolvição, de acordo com o apurado ao longo da instrução processual e confirmado por meio de provas.

Nesse contexto, a colaboração premiada é um instituto que tem origem no Direito Comparado, especialmente nas legislações dos Estados Unidos e da Itália, sendo estes os modelos adotados como precedentes para a “justiça penal negociada” aplicada no Brasil, sendo utilizado como um meio de obtenção de prova que, corroborada com os demais elementos constantes no processo, possibilita a elucidação de delitos praticados em concurso de agentes ou por organizações criminosas.

Assim sendo, os participantes da relação processual, em se tratando de delitos em que há previsão legal para que ocorra a colaboração premiada, em especial quando se tratar de organizações criminosas, precisam agir estrategicamente, considerando o posicionamento da outra parte, a fim de definir se a delação premiada ocorrerá e em que termos ou momento será mais apropriada.

Trata-se, portanto, de situação que se amolda à “Teoria dos jogos”, técnica em que o agente (jogador) deve analisar estrategicamente a melhor escolha para si em dada situação,

¹ Segundo o Ministério Público Federal, disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>

sem desconsiderar a base estratégica do outro agente, conforme será melhor analisado ao longo do trabalho monográfico.

Desse modo, surgem os seguintes questionamentos: de que modo a colaboração premiada está relacionada à Teoria dos Jogos e de que forma essa relação se amolda ao ordenamento penal brasileiro? O termo correto é colaboração ou delação? Há diferença? A colaboração premiada, do modo como tem sido aplicada no Brasil, tem eficácia na solução de delitos e contribui efetivamente para o fim da impunidade?

Para que se responda aos questionamentos, o presente trabalho divide-se em três tópicos. No capítulo inaugural, será feita abordagem sobre a teoria dos jogos, em sua origem, conceito e elementos. Nesse ponto, analisar-se-ão mais especificamente os jogos que a compõem e será feita relação com o processo penal, colocando-o sob a perspectiva de um jogo.

Findadas tais considerações quanto à teoria dos jogos, adentra-se, no capítulo seguinte, ao estudo da justiça penal negociada, sendo colocado sob enfoque os sistemas jurídicos da *common* e *civil law* e a análise do direito comparado, sem deixar de tratar do modelo brasileiro de justiça penal negociada.

Por fim, no derradeiro capítulo, tendo sido feita toda essa análise das origens do instituto da colaboração premiada na legislação estrangeira, bem como considerados os contornos da justiça penal negociada, será analisada a colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, com base na Lei nº 12.850/2013. Tal análise se justifica pelo fato desta lei tratar com maior especificidade sobre o instituto, possibilitando, por fim, a relação da delação premiada com a teoria dos jogos.

O procedimento desse trabalho iniciou-se com o levantamento bibliográfico de obras que tratam da teoria dos jogos e da justiça penal negociada, com atenção especial voltada ao instituto da colaboração premiada. Além das leituras teóricas, fez-se necessária, também, a leitura de julgados relativos a casos que versassem especificamente sobre a colaboração premiada, para constatar como os tribunais pátrios, em especial o Superior Tribunal Federal, têm decidido sobre o tema.

2 TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos constitui o referencial teórico a partir do qual será analisado o instituto da colaboração premiada, objeto do presente trabalho monográfico, de modo a relacioná-los, haja vista a interação estratégica presente tanto entre os agentes de um jogo como entre os participantes de um acordo de colaboração premiada.

Para a melhor compreensão da teoria e possibilidade de análise da colaboração premiada à luz da teoria dos jogos, se faz necessário um estudo das origens e fundamentos dessa matriz teórica, bem como de seus elementos constituintes, dando-se ênfase aos jogos que a constituem e à relação com o direito, principalmente com o jogo processual penal.

A fixação desses elementos constitui o objeto desse primeiro capítulo, que se inicia pelo exame conceitual e finalístico da teoria dos jogos.

2.1 Escorço histórico da teoria dos jogos

A Teoria dos Jogos “é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si” (CARVALHO, 2007, p. 215). Sendo assim, propõe o estudo da adoção de determinada decisão por um indivíduo em face da decisão de outro indivíduo que, por algum motivo, está em interação com o primeiro. Desse modo, as escolhas tomadas baseiam-se nos critérios subjetivos de cada agente, sem desconsiderar a escolha do outro. Nesse sentido, Duilio de Avila Bêrni (2004, p. 13) aduz que:

Interessa-nos a situação em que há interação entre agentes, sendo que a ação de alguns influencia o bem-estar dos demais, e vice-versa. Devemos tentar compreender o ponto de vista do oponente, não subestimar seu grau de racionalidade e, supondo-o racional, tentar antever sua reação a nossa ação. Trata-se de situações de interação entre dois indivíduos (ou grupos de indivíduos, ou mesmo três ou mais indivíduos), com interesses divergentes, mas não necessariamente opostos (...). O destino de um agente depende tanto de sua própria ação quanto da ação do outro agente (...). Vamos dizer que o objetivo dos jogadores consiste em obter a maior recompensa associada à ocorrência de determinado resultado. Os estudiosos da teoria da escolha costumam dizer que o objetivo dos jogadores é obter o melhor resultado possível. Em linguagem de economistas, diz-se que ele deseja maximizar sua satisfação ou utilidade esperada.

A utilização do jogo como objeto científico teve aplicação inicialmente no âmbito da matemática, com o estudo de Félix Édouard Justin Émile Borel que, no século XX, publicou artigos que futuramente seriam aplicados à teoria dos jogos, tendo sido o primeiro autor a definir jogos de estratégia (CARVALHO, 2007, p. 216).

Ele se deteve sobre a questão do “blefe” no jogo, em que o jogador baseia suas ações com base na ideia que ele tem da jogada do seu adversário. A grande contribuição de Borel foi determinar que deveria existir uma estratégia ótima (que levaria à vitória do jogador se este a seguisse). Embora tenha sido o primeiro matemático a sistematizar os meios pelos quais, posteriormente, se consolidou a teoria dos jogos, Borel não é considerado o criador da teoria, em razão de não ter desenvolvido com profundidade suas ideias (AZEVEDO, 2003, s.n, disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2>).

O primeiro matemático a sistematizar, de fato, a chamada teoria dos jogos, foi John von Neumann, sendo atribuída a ele, portanto, a elaboração da teoria, fundamentada em um paradigma econômico, qual seja, a competição, influenciado por Adam Smith. Em Smith, a competição é a regra do mundo e os competidores mais qualificados serão recompensados. Sob essa influência, no ano de 1944, em parceria com o economista Oskar Morgenstern, Neumann publicou o livro *The Theory of Games and Economic Behavior*, que desenvolveu uma teoria que incorporou a organização social e a economia aos jogos estratégicos (CARVALHO, 2007, pág. 216).

Desse modo, suscitaram a análise do comportamento econômico sob a perspectiva estratégica, tendo o trabalho estabelecido não só os elementos da teoria dos jogos mas também conceitos para a Economia, como a noção de utilidade, de jogos de soma zero e de soma não-zero, jogos de duas ou mais pessoas, e minimax (método para minimizar a perda máxima). (AZEVEDO, 2003, s.n, disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2>).

A teoria se fundamenta, primordialmente, no jogo de soma zero, que consiste no fato de que a obtenção de vitória por um dos competidores implica na derrota do adversário, o que consolida o pressuposto básico da competição. Elucidando a teoria, o professor Christiano Gonzaga Gomes (2017, s.n, disponível em: <http://questaodeinformativo.com/delacao-premiada-e-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>) aduz que:

Nessa sistemática, surge a ideia de jogos de soma zero e jogos de soma diferente de zero. No jogo de soma zero, o benefício total para todos os jogadores, para cada combinação de estratégias, sempre soma zero, ou seja, o jogador que vence sempre ocasiona o prejuízo do outro. O poker citado acima exemplifica um jogo de soma zero, porque o vencedor recebe exatamente a soma das perdas de seus oponentes.

Em contrapartida, nos jogos de soma não-zero, os jogadores podem ganhar ou perder simultaneamente, o que guarda maior relação com as interações sociais. Considerando

que a teoria desenvolvida por Neumann e Morgenstern era pautada em um jogo restritivo, vez que um dos jogadores sairia em prejuízo em relação ao outro, ao se pensar na aplicação da teoria dos jogos assim formulada às inúmeras situações de interação social entre indivíduos e organizações, surgiriam limitações, por não abranger uma variedade maior de modelos de interação estratégica (FIANI, 2004, p. 17).

No entanto, vale ressaltar a importância do trabalho dos precursores Émile Borel, Neumann e Morgenstern pois, com o estudo elaborado, viabilizaram o desenvolvimento de teorias que propagaram os jogos estratégicos e sua aplicação, possibilitando a compreensão de fenômenos sob a perspectiva da teoria dos jogos em diversas áreas, como na estratégia militar, na própria Matemática, na Economia, Psicologia, Biologia, Sociologia e Direito, como será melhor analisado adiante.

Como nome de destaque no estudo da teoria dos jogos surge, então, John Forbes Nash, que foi aluno de Neumann na Universidade de Princeton mas não desenvolveu sua tese com base na ideia de competição, que era pressuposto da teoria de seu professor e da própria economia desde Adam Smith. Em contrapartida, introduziu um elemento cooperativo na teoria dos jogos a partir do conceito de equilíbrio, o que veio a ficar conhecido como “equilíbrio de Nash”.

O contraste entre a teorização de Nash e a de Smith está em Smith considerar apenas o interesse individual enquanto Nash pensa também, e como condição para aquele, o interesse dos outros. Ambos pensam na promoção do interesse individual, no entanto, em Smith a preocupação é exclusiva com o interesse próprio de cada um, de que emerge, pelo efeito da “mão invisível”², o bem estar comum; já Nash pensa na promoção do interesse individual como uma preocupação inclusiva pelo interesse dos outros (BARATA, 2008, p. 12).

Assim, a tese formulada por John Nash fundamenta-se no fato de que a estratégia individual do jogador deve ser a melhor resposta para a estratégia adotada pelo outro, sendo as estratégias bem definidas, sem estímulos para mudanças (ROSA, 2015, p. 47); desse modo,

²(...) Já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar o seu capital em fomentar a atividade (...) e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo (...) [Ao empregar o seu capital] ele tem em vista apenas sua própria segurança; ao orientar sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas o seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por uma mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios objetivos, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quanto tenciona realmente promovê-lo”. (SMITH, 1983, p. 379)

infere-se que se os jogadores escolherem estratégias que são as melhores respostas umas às outras, não haverá estímulo ou razão para que qualquer jogador altere sua estratégia.

Nesse sentido, pelo equilíbrio de Nash, cada jogador faz a escolha ótima - aquela que maximiza seu *payoff* (possível resultado), dada a escolha do outro. Em outras palavras, dizemos que um par de estratégias constitui-se num equilíbrio de Nash se a escolha de A for ótima, dada a escolha de B, e a escolha de B for ótima dada a escolha de A e não houver incentivos para que ambos mudem de estratégia (BALBINOTTO, 2006, p. 17).

É certo que a cooperação guarda certa semelhança com o pensamento de vantagem individual, vez que traz a ideia de que os ganhos individuais podem ser maximizados se houver a cooperação com o adversário; a diferença é que a estratégia do jogador deve considerar o individual e o coletivo, pois "se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham". (ALMEIDA, 2004, cap. 14).

Além dos jogadores e das estratégias, ao se pensar nos elementos de um jogo, deve-se tratar do conceito de racionalidade, que consiste na opção do jogador em escolher o melhor para si diante das restrições existentes, desconsiderando fatores capazes de influir em sua preferência, como religião, emoção e valores éticos, até porque não existiria interação estratégica se os tais prevalecessem. A racionalidade é importante em um jogo estratégico porque a partir dela é que se avaliará a possibilidade de escolha de cada agente, estando a racionalidade ligada ao próprio conceito de teoria dos jogos (CARVALHO, 2007).

Considerando as teorias de Borel, Neumann e Nash acima citadas, bem como a contribuição de cada uma delas na compreensão do que vem a ser a teoria dos jogos, tem-se que pode ser definida como a teoria dos modelos matemáticos que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito. O elemento básico em um jogo é o conjunto de jogadores que dele participam. Cada jogador tem um conjunto de estratégias. Quando cada jogador escolhe sua estratégia, temos então uma situação ou perfil no espaço de todas as situações (perfis) possíveis. Cada jogador tem interesse ou preferências para cada situação no jogo. (BORTOLOSSI, 2004, p. 06).

Nesse sentido, a teoria dos jogos objetiva estudar as decisões interativas, nas quais os tomadores de decisões são afetados tanto pelas suas escolhas quanto pelas decisões dos outros. Desse modo, a teoria possibilita compreender o comportamento estratégico dos agentes que, firmados em objetivos bem definidos ou nas suas expectativas sobre o comportamento dos outros agentes tomam decisões.

A teoria dos jogos visa compreender a lógica dos processos de decisão e possibilita responder o que é preciso para haver colaboração entre os jogadores, em quais

circunstâncias a opção mais racional e vantajosa é competir e que atitudes devem ser adotadas para garantir ou incentivar a colaboração entre os jogadores, por exemplo.

Analisada a origem da teoria dos jogos, bem como a sua conceituação, é mister verificar de que modo a teoria se aplica aos casos concretos, considerando o conjunto de estratégias adotadas por cada agente em interação, sendo analisado o dilema do prisioneiro e a adequação da teoria dos jogos ao processo penal brasileiro.

2.2 O dilema do prisioneiro

Ao tratar da Teoria dos Jogos, não se pode deixar de citar o Dilema do Prisioneiro, idealizado por Albert W. Tucker em 1950, em um seminário para psicólogos na Universidade de Stanford, com o objetivo de ilustrar a dificuldade de se analisar certos tipos de jogos (BORTOLOSSI, 2007, p. 06).

Importante ressaltar que, neste primeiro momento, com o jogo adiante analisado não devem ser estabelecidas comparações com o sistema penal brasileiro, pois trata-se de ilustração própria da teoria dos jogos, a fim de viabilizar a compreensão de um jogo inserido na lógica que até aqui se tem estudado. Alexandre Morais da Rosa delinea o dilema do prisioneiro nos seguintes termos, com base na formulação apresentada por Robert Nozick (2015, p. 38):

Um delegado oferece a dois prisioneiros que aguardam julgamento as seguintes opções: (a situação é simétrica para os prisioneiros; eles não podem se comunicar para coordenar as ações em resposta à proposta do delegado ou, se puderem, ele não tem nenhum meio para forçar qualquer acordo que possam desejar). Se um prisioneiro confessar e o outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe uma pena de 12 anos de prisão; se ambos confessarem, cada um recebe uma pena de 10 anos de prisão; se nenhum confessar, cada um recebe uma sentença de 2 anos.

Para viabilizar a compreensão da situação acima descrita, importa trazer conceitos inseridos na análise da teoria dos jogos, quais sejam: o conceito de estratégia dominante e, novamente, o de equilíbrio de Nash, agora sendo aplicado ao dilema do prisioneiro. Pela estratégia dominante, um jogador X tem, entre as suas estratégias, uma que responde melhor do que todas as outras às estratégias de um jogador Y.

Já pelo equilíbrio de Nash, diante de um conjunto de estratégias, a estratégia individual do jogador deve ser a melhor resposta para a estratégia adotada pelo outro, sem mudança unilateral de sua estratégia. Se os dois jogadores escolherem suas estratégias ótimas, cada um ganhará menos do que se ambos escolhessem uma estratégia não-ótima. A estratégia

ótima é a que maximiza o resultado de cada participante. Nos jogos de soma zero, essa maximização é clarividente, vez que um vence e o outro perde. Nos jogos de soma diferente de zero, como no dilema do prisioneiro, há uma procura de otimização entre os benefícios de cada um dos participantes (em conflito)³.

Se em um jogo não cooperativo a racionalidade for exercida por cada um dos participantes, visando tão somente o melhor resultado para si, o resultado será desastroso para ambos.⁴ Em uma análise inicial e rasa do dilema do prisioneiro, a opção de permanecer calado figura como a melhor. No entanto, deve-se ater ao fato de que o jogo é simultâneo (diferente de zero) e não cooperativo, não podendo os acusados fazerem qualquer tipo de acordo entre si. Nas lições de José Augusto Moreira de Carvalho (2007, p. 226), o dilema pode ser entendido da seguinte forma:

Embora o melhor resultado pareça ser “não confessar” para ambos, o fato é que um dos jogadores (indiciados) poderia confessar e, assim, se livrar da cadeia, ao passo que o outro suportaria uma pena de quatro anos. Vale dizer, é perigoso para um dos indiciados escolher “não confessar” porque, tratando-se de um jogo simultâneo, não tem condições de saber o que o outro decidirá. Dessa forma, a solução para o dilema dos prisioneiros é “confessar” para os dois jogadores, uma vez que cada um deles vai escolher para si a melhor estratégia possível, levando em consideração, também, a melhor estratégia que deverá ser adotada pelo outro. Essa combinação de estratégias, na qual está presente uma posição de equilíbrio para ambos os jogadores, é chamada de “Equilíbrio de Nash”.

Depreende-se que o resultado obtido, através da identificação do equilíbrio de Nash, não é a solução “ótima” do ponto de vista individual. O pressuposto é que o sujeito racional toma (sempre) decisões que lhe são mais favoráveis, maximizadoras, ou seja, as que lhe indicam maiores benefícios; no entanto, em um jogo estratégico, nem sempre uma escolha aparentemente racional é a melhor opção (ROSA, 2015, p. 38).

A solução para este jogo, a confissão por parte de ambos os suspeitos, se dá pelo equilíbrio de Nash: não há razão para qualquer um dos jogadores mudar sua estratégia. Embora esteja em equilíbrio, essa opção não é a melhor para o jogo do ponto de vista dos acusados, pois cada um passará 10 anos na prisão embora seja possível para ambos se saírem melhor caso optassem por ficar em silêncio. No entanto, essa solução é impossível porque os suspeitos não podem assumir compromissos vinculantes de não confessar, tendo em vista a natureza não cooperativa do jogo. (COOTER, ULEN, 2010, p. 58).

³ Nos jogos de soma não-zero os jogadores podem ganhar ou perder simultaneamente, diferentemente dos jogos de soma zero, em que o benefício total para os jogadores a cada combinação de estratégias entre eles soma zero, estando um jogador sempre em prejuízo em relação ao outro.

⁴ O dilema do prisioneiro é um jogo não cooperativo porque não há a possibilidade dos jogadores estabelecerem um compromisso efetivo de colaborarem entre si, vez que não podem se comunicar.

Estabelecendo um paralelo com o processo, Alexandre Morais da Rosa aduz que o dilema do prisioneiro demonstra que o resultado coletivo não decorre necessariamente de escolhas individuais utilitaristas, mas de contingências e interações inerentes ao jogo processual. (2015, p. 39). Desse modo, conclui-se que, assim como em diversas áreas do conhecimento, a teoria dos jogos tem aplicação no Direito, haja vista as interações estratégicas estabelecidas no decorrer de uma relação jurídica, o que será melhor analisado adiante.

2.3 Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal brasileiro

Tendo sido analisada a origem e as nuances da teoria dos jogos, para atingir o fim a que este trabalho se propõe, passa-se à análise da aplicação da teoria no direito processual penal brasileiro, senão vejamos. Inicialmente, é necessário estabelecer um paralelo entre a noção de jogo e a noção de processo, a fim de compreender de que modo o jogo processual se desenvolve e quais são as suas características.

Jogar pressupõe estratégia, raciocínio, paciência, capacidade de adaptação diante das mudanças ocorridas no decorrer do jogo e obediência às regras. No processo penal não é diferente. É necessário estratégia e raciocínio na elaboração das peças processuais, paciência e capacidade de adaptação frente às mudanças ocorridas no decorrer do processo e, primordialmente, cumprimento às regras, que são estabelecidas pelo Estado.

No entanto, o conhecimento das regras processuais não garante que o jogador será bom. É preciso ter habilidade, inteligência, ritmo, harmonia, capacidade de improviso e *fair play* (jogo democraticamente limpo) (ROSA, 2015, p. 24). Na teoria dos jogos, a estruturação do jogo deve obedecer regras claras e preestabelecidas, a partir das quais são determinadas as escolhas (decisões) e resultados possíveis (*payoff* ou *output*) (CARVALHO, 2007, p. 218).

Do mesmo modo ocorre no processo penal, que possui, igualmente, regras preestabelecidas – as leis – devendo as condutas das partes, dos julgadores e dos procuradores – os jogadores – estarem adequadas às regras sob pena de invalidação. A interação estratégica no âmbito processual não pode estar dissociada dos ditames de um processo justo, com direito ao contraditório e ampla defesa, nem do devido processo legal previsto constitucionalmente⁵.

⁵ CF/1988, 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:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Alexandre Morais da Rosa aduz que, embora as regras do processo sejam preestabelecidas, há a particularidade de em cada unidade jurisdicional o jogo apresentar variáveis vinculadas à preferência do julgador, diante da ausência de sentido compartilhado das normas processuais, o que é antidemocrático. Significa dizer que, embora se tenha a mesma base normativa, a interpretação varia. Um jogo de xadrez possui as mesmas regras independentemente do país em que a partida ocorra, o que não acontece no processo penal (2015, p. 28). O autor continua sua análise nesse sentido:

No processo penal o déficit normativo torna o jogo mais complexo, dado que antes do jogo, para que se possa ter êxito, é preciso conhecer o julgador da partida. Saber quais regras irá aplicar/desconsiderar (...). O jogador precisa se inserir no círculo mágico do processo para que seu discurso possa ser reconhecido. O bom jogador e o julgador estão envoltos no segredo, fazem parte do mundo processual, deslocado da realidade. No cenário do jogo processual o discurso promove o deslizamento do imaginário, com a possível fusão de horizontes. Não raro o sujeito ao ocupar a função de jogador ou julgador assume papel diferente, “como se” entre o sujeito do mundo da vida e o participante do jogo houvesse um hiato. Enfim, como se uma máscara assumisse o lugar que deveria ser do sujeito.

Há que se considerar que o julgador é humano, dotado, pois, de valores e convicções pessoais que, ainda que ele seja imparcial e técnico, influenciam no seu modo de decidir. Assim, as posturas assumidas pelas partes (jogadores) no jogo processual se darão de acordo com a ideia que se tem da postura do julgador e das demais partes – o que guarda relação com o equilíbrio de Nash.

Considerando que a teoria dos jogos objetiva estudar as interações estratégicas entre os jogadores, a relação com o processo penal se estabelece ao se buscar articular o caráter manifestamente dinâmico das interações entre os jogadores e julgadores no processo penal, tendo em vista que o objetivo do processo é a decisão favorável e, portanto, essa é a estratégia dos jogadores, as táticas manejadas serão direcionadas à sua otimização. Para tanto, busca-se estabelecer os possíveis resultados (ROSA, 2015, p. 32).

Ademais, a metáfora da teoria dos jogos pode ser invocada para modelar, de alguma maneira, a matriz teórica de como as decisões podem ser tomadas, partindo-se do estudo do comportamento dos jogadores, julgadores e suas recompensas. (ROSA, 2015, p. 26). Desse modo, o jogador deve possuir uma estratégia, não devendo “jogar sozinho”, pois

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; (BRASIL, 1988).

cada ato seu reflete no ato que outro jogador possa adotar. O autor supracitado considera, ainda, que existem três planos paralelos e simultâneos de estruturação do jogo processual.

Existe o plano do reconhecimento das normas processuais, onde incidem os princípios e as regras utilizados pelos jogadores e julgadores; existe o plano da teoria da informação probatória e seus fatores de convencimento, que indicam os condicionantes internos e externos e o terceiro plano, que compreende a singularidade do processo, onde há a presença do jogador e julgador e das táticas e estratégias. Dessa forma, afirma-se que os três planos existem de forma paralela e vão se desenrolando no transcorrer do jogo processual, de forma contingente. É preciso entender o processo penal como jogo dinâmico e de informação incompleta. (ROSA, 2015, p. 29).

O autor continua sua análise explicando que embora as normas processuais aparentemente apresentem elementos de universalidade, as contingências, as eventualidades ao longo da instrução podem alterar os sentidos por diversos fatores – internos e externos. Como exemplo, tem-se a qualidade da prova-informação da acusação, que pode implicar em tática defensiva de cooperação para o fim de reduzir a pena (delação premiada, acordo de leniência, confissão etc.). De igual modo, a qualidade da prova-informação da defesa pode ensejar negociação entre os jogadores. Ademais, a prisão cautelar pode ser manejada como meio de coação para cooperação defensiva (delação premiada, por exemplo). (ROSA, 2015, p. 30).

Em se tratando do jogo processual negociado, os participantes cedem em prol da obtenção de um resultado ótimo diante da situação em que se encontra o jogo processual e, não sendo este possível, cedem em prol da obtenção de um resultado em que todos os participantes encontrem-se em equilíbrio – o que tem relação direta com o equilíbrio de Nash no dilema do prisioneiro.

Desse modo, os institutos existentes na justiça negociada – delimitando-se este trabalho aos institutos próprios da justiça penal negociada – guardam relação com a teoria dos jogos, sendo o ponto de destaque, na análise proposta neste estudo, a delação premiada. Para se compreender o instituto, se faz necessário o estudo de suas origens, que vêm do direito comparado, conforme se procederá à análise adiante.

3 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

O presente capítulo volta-se a analisar, em seus aspectos mais relevantes, as formas de negociação na justiça penal. Serão observados, de início, os sistemas jurídicos da *Common* e *Civil law*, a fim de que se compreenda em que sistema estão inseridos os modelos de justiça penal negociada estudados.

Ato contínuo, tratar-se-á dos modelos americano e italiano, que são fontes do instituto da colaboração premiada. Por fim, será analisado o modelo brasileiro, sendo abrangidas as formas de negociação na justiça penal.

Trata-se de retenções indispensáveis para que, no capítulo seguinte, possa ser realizado estudo mais detalhado sobre a colaboração premiada e sua relação com a teoria dos jogos. Inicie-se a abordagem, portanto, tratando-se dos sistemas de negociação na justiça penal alienígena.

3.1 Modelos de justiça penal negociada no direito comparado

Assim como na teoria dos jogos as interações estratégicas entre os jogadores são colocadas em destaque, no processo penal a sentença criminal negociada é possível, o que pressupõe, igualmente, estratégia entre os participantes da relação processual. A negociação de sentença criminal tem como base o *plea bargaining*, do sistema americano, embora o *nolo contendere* (também americano) e o *patteggiamento*, do sistema italiano, também possam ser citados como as formas mais tradicionais desse tipo de negociação.

No entanto, de início, se faz necessária a distinção entre *Common law* e *Civil law*, para a compreensão do sistema jurídico em que estão inseridos os modelos de justiça penal negociada adiante analisados.

3.1.1 *Common law* x *Civil law*

A *Common law*, ou direito comum, abrange as estruturas judiciárias da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia e, embora possuam peculiaridades em razão de vicissitudes históricas, todas elas são baseadas no direito casuístico, ou *case law*. (TUCCI, 2010, p. 215). Assim, a *common law* tem como principal fonte do direito os costumes, firmados pelos precedentes dos tribunais. O direito inglês, marcado por esse sistema, é caracterizado pelo fato de que na ausência de norma escrita os juízes tinham que formular

uma decisão para o caso concreto (NUNES, 2010, p. 120).

Desse modo, desde o início, o sistema da *common law* foi orientado pelo brocardo *stare decisis et non quieta movere*, isto é, “a formação da decisão judicial com arrimo em precedente de mesma natureza, eventualmente existente” (NUNES, 2010, p. 121). Nesse sistema, pela técnica do precedente obrigatório, é necessário que a corte ou o juiz, ao decidir um caso concreto, fundamente sua decisão em uma decisão anterior ou em uma jurisprudência de tribunal superior. (TUCCI, 2010, p. 223).

Em razão da colonização inglesa, nos Estados Unidos é adotado sistema de precedentes muito semelhante ao modelo inglês. As decisões proferidas pelo mesmo órgão ou por órgão ao qual o magistrado é ligado vinculam seus julgados, mas com uma importante exceção: a Suprema Corte Federal e as Cortes Supremas Estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões, o que permite a esses tribunais reverem suas posições que se tornaram defasadas, por meio da técnica denominada *overruling*. (RAMIRES, 2010, p. 66).

Além disso, os tribunais norte-americanos aplicam com menor rigidez a regra do *binding precedent* (força obrigatória do precedente), pois eles, inclusive a própria Suprema Corte, reveem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados. (TUCCI, 2004, p. 167).

O sistema romano-germânico ou *Civil law* agrupa os países que tiveram a ciência do direito concebida sobre a base do direito romano, tendo seu berço na Europa. (DAVID, 1978, p. 23). Se caracteriza pelo fato de suas regras de direito serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça, além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos (DAVID, 1978, p. 23).

Embora a família romano-germânica tenha conquistado vastos territórios, vários desses países receberam o direito europeu de forma parcial; já que existia, antes dessa recepção, uma civilização autóctone, que comportava certas concepções de agir e viver e certas instituições. Logo, esses países criaram um novo direito em relação àqueles que constituem a sua aplicação na Europa, pois mantiveram seus princípios tradicionais. (DAVID, 1978, p. 24).

É possível, pois, afirmar que os países que foram colonizados por países tipicamente da família romano-germânica adotam suas principais ideias e fundamentos, porém com ressalvas devidas aos seus contextos históricos. Dentre esses países que sofreram essa recepção parcial das normas do direito romano-germânico, pode-se citar o caso brasileiro, que sofreu colonização portuguesa. Explica René David (1978, p. 77) que “as colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América aceitaram de modo

natural as concepções jurídicas típicas da família romano-germânica”.

Feita tal análise, tem-se que os Estados Unidos estão inseridos no contexto da *common law* e a Itália e o Brasil inseridos no contexto da *civil law*, sendo os modelos de justiça penal negociada nestes países adiante delineados.

3.1.2 O modelo americano

Nos Estados Unidos, o procedimento negocial é denominado de *plea bargaining* e os acordos quanto à sanção a ser imposta correspondem às *guilty pleas*. O *plea bargaining* consiste em um acordo entre acusação e defesa, em que há concessões recíprocas, com o objetivo de buscar-se a declaração de culpa do acusado (conhecida pelos americanos como *guilty plea*) ou a declaração de que não haverá a contestação da acusação (conhecida pelos americanos como *plea of nolo contendere*). Ao fim do acordo, se pretende uma condenação mais leniente do que a que poderia ocorrer caso o processo seguisse o rito convencional (BRANDALISE, 2016, p. 27).

Há mutualidade de concessões na negociação de sentença criminal: enquanto a acusação renuncia à possibilidade de obtenção de uma sentença mais gravosa, a defesa lança mão de direitos, como agir contra sua autoincriminação e ser julgada pelo juízo. Assim, a negociação de sentença criminal não é um substituto do processo penal, mas caracteriza-se como um ato de vontades que conduz a um procedimento diferenciado do procedimento comum. (BRANDALISE, 2016, p. 27).

O estudo dos modelos de justiça penal negociada com base no direito comparado possibilitará, por meio de uma breve análise do conteúdo dos modelos americano e italiano, a comparação de seus institutos de negociação com um instituto de negociação no processo penal brasileiro, a delação premiada. O sistema jurídico norte-americano integra a *common law*, onde as normas jurídicas surgem do caso particular – *leading case* – para o geral, e não o contrário. Marcos Paulo Dutra Santos o diferencia do sistema jurídico romano-germânico da seguinte forma (2016, p. 30):

Enquanto no sistema romano-germânico as normas de conduta encerram comandos abstratos, que, exatamente por isso, exigem uma abordagem teórica, na *common law* a lei nasce a partir da solução dada pelo Judiciário a um conflito de interesses concreto. Dessa forma, o que interessará aos operadores do Direito é avaliar se as nuances do caso submetido a julgamento ajustam-se a determinado precedente judicial.

Desse modo, percebe-se a primazia da decisão judicial à preceitos legais pré-fixados abstratamente, de modo que o conjunto de sentenças judiciais sobre situações semelhantes se convertem em precedentes que servirão de orientação para julgamento em casos análogos. Ademais, se a fonte da lei é uma decisão de um órgão julgador, conseqüentemente há um forte protagonismo judicial que, no entanto, não se manifesta em todo o sistema norte-americano.

O exercício da ação penal pública, por exemplo, se orienta pela absoluta discricionariedade dos promotores – *prosecutorial discretion* –, que se manifesta também nas atividades policial e jurisdicional, e mesmo na execução da pena – *probation*. (SANTOS, 2016, p. 31). O juiz possui uma participação passiva na investigação⁶, mesmo no âmbito judicial, pois o *prosecutor* (promotor) tem franco interesse quanto ao resultado final do processo, na busca de uma verdade que demonstre a participação do acusado, ao passo em que a defesa busca afastar tais assertivas (BRANDALISE, 2016, p. 59).

O sistema é também chamado de adversarial, sendo que, se colocado como um jogo, uma disputa, seu desenvolvimento se dá por meio de um conflito entre dois jogadores (promotor e acusado), diante de um órgão jurisdicional passivo, de modo que “as partes definem o alcance do processo – fático e probatório – movidas por interesses estratégicos, com possibilidade de investigação pelas duas partes” (BRANDALISE, 2016, p. 59).

Nos Estados Unidos, o procedimento negocial em si é denominado de *plea bargaining* e os acordos referentes à sanção que será imposta intitulados de *guilty pleas*. A *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11* – Regra de Procedimento Criminal Federal n. 11 – dispõe que, de um modo geral, o réu possui três opções: confessar e se declarar culpado (*plea of guilty*); declarar que não contesta a acusação, mas também não assume a culpa (*plea of nolo contendere*); ou se declarar inocente (*plea of not guilty*).

Existem dois modelos junto às cortes criminais, de acordo com o sistema americano, *the due process model* e *the plea bargain model*. O primeiro manifesta o sistema adversarial em sua versão mais conhecida, devendo o Estado cumprir seu dever probatório quanto à acusação e o acusado ter a possibilidade de apresentar provas a seu favor. Volta-se para a punição da conduta criminalmente tipificada, a condenação e a sentença final. Há um embate entre as partes (Estado e acusado), com a nítida compreensão de que um ganha e o outro perde (BRANDALISE, 2016, p. 66).

⁶ Calha ser apresentado que o sistema adversarial distingue-se, no ponto, do sistema acusatório clássico porque, neste último, o juiz pode ter uma participação mais ativa na produção da prova, enquanto que, como visto acima, o primeiro tem no juiz uma figura mais inerte, na produção da prova que pode(ria) trazer-lhe melhor convicção quando do julgamento (ANDRADE, 2013, p. 228)

O *plea bargain model* é explicitado por Rodrigo da Silva Brandalise (2016, p. 66) da seguinte forma:

Por ele, há uma divisão na compreensão entre perdas e ganhos, na medida que o acusado tende a receber uma pena menor do que aquela que teria caso houvesse um julgamento aos moldes anteriores, enquanto que a acusação perde certa quantidade de pena, mas ganha a certeza da condenação, que também se reflete em otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal (da mesma forma que há uma redução de custos a serem suportados pelo acusado na promoção de sua defesa, além da melhor preservação da imagem e do tempo consumido). Também ele demonstra uma preocupação entre juízes, *prosecutors* e advogados com a administração da justiça, na medida em que auxilia no rápido processamento e conclusão da carga de processos que assola o sistema. Aqui, o ponto central da punição passa pelo *prosecutor*, que define as acusações, o estabelecimento da culpa e a quantidade a ser imposta na sentença.

Assim, estabelecendo uma relação com a teoria dos jogos, *the due process model* expressaria um jogo de soma zero – onde a vitória de um implica na consequente derrota do outro jogador – e *the plea bargain model* expressaria um jogo de soma não-zero, em que os jogadores podem ganhar ou perder simultaneamente, havendo a busca de otimização entre os benefícios de cada participante.

Ademais, pode-se estabelecer uma relação do *plea bargain model* com a solução dada ao dilema do prisioneiro pelo equilíbrio de Nash (a confissão por parte de ambos): embora do ponto de vista individual a redução da pena do acusado não seja a solução “ótima” para a acusação, ganha-se a certeza da condenação e da otimização dos recursos estatais; já o acusado, por meio da negociação, tem sua reprimenda reduzida, embora a solução “ótima” fosse a não condenação.

Por fim, importante ressaltar que no *plea bargain model* há exigências para a efetivação da *plea bargaining* ou do *nolo contendere*, previstas na *Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11*. Dentre os requisitos, está o fato de o acusado dever saber que tem direito de ser representado por defensor (particular ou público), de ser informado e questionado sobre o direito de não alegar culpa (caso já alegada, de manter a alegação), de não se autoincriminar, da possibilidade de não exercer tais direitos caso aceite a *plea bargaining* ou o *nolo contendere*, da quantidade e tipo da pena, dentre outros.

Ato contínuo, deve ser certificado que o acusado adere ao acordo de forma voluntária, consciente e inteligente, e que ele não resulta de qualquer forma de imposição, ameaça ou promessa diversa das que estão estabelecidas nos termos da negociação, em qualquer de suas formas (BRANDALISE, 2016, p. 71).

A Suprema Corte americana reconheceu a essencialidade dos acordos de sentença para o sistema americano, considerando que a eles se aplicam princípios contratuais, vez que o promotor deve honrar os termos estabelecidos, bem como os elementos de voluntariedade (ausência de ameaças ou qualquer deturpação) e de compreensão (consciência da natureza da acusação e de suas consequências) – o que deve ser aferido pelo júzo (SIGMAN, 1999, p. 1322). Nesse sentido, jurisprudência da Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Corbitt v. New Jersey*, 1978):

Ainda que não seja um mundo ideal, há benefícios a todos os envolvidos, seja pela ótica do acusado (menor tempo de prisão processual, diminuição dos riscos existentes em um julgamento integral e possibilidade de reinserção social mais rápida), seja pela ótica da sociedade (preservação de recursos e manutenção em prisão daqueles que necessitam cumprir suas penas).

3.1.3 O modelo italiano

Apresentados os principais pontos quanto aos acordos de sentença no sistema americano, passa-se à análise do modelo italiano. Na Itália, a ação penal pública é múnus privativo do Ministério Público⁷, vigorando o princípio da obrigatoriedade. Este princípio impede o Ministério Público de desenvolver um júzo de oportunidade/conveniência quanto ao processamento ou não do fato delituoso (MORELLO, 2000, p. 82).

Desse modo, presentes os requisitos autorizadores para o exercício da ação penal, bem como suporte probatório apto a fundamentar a pretensão punitiva, o *Parquet* tem o dever de buscar a punição para a infração cometida. Percebe-se, aqui, evidente diferença em relação ao modelo americano, onde a discricionariedade do promotor no exercício da ação penal pública é absoluta.

De acordo com o Código de Processo Penal Italiano, após a deflagração da ação penal será seguido o procedimento ordinário – com a designação de audiência preliminar, onde o juiz receberá ou não a denúncia – ou será seguido um dos ritos especiais previstos na legislação. O Ministério Público e o réu podem transigir quanto à reprimenda a ser aplicada e quanto ao procedimento a ser adotado, sendo possível negociar a pena e o rito (SANTOS, 2016, p. 55).

Para cumprir os fins a que se propõe o presente trabalho, será dado enfoque à negociação da pena no sistema italiano. Trata-se da *applicazione della pena su richiesta* ou

⁷ Art. 112, Constituição da República Italiana: O Ministério Público possui a obrigação de exercer a ação penal.

patteggiamento, que consiste na aplicação imediata de uma pena a pedido do acusado. O Código de Processo Penal Italiano prevê, em seu artigo 444, *comma I*⁸, que o imputado pode autorizar que lhe seja aplicada uma pena restritiva de direitos ou pecuniária, reduzida de até um terço, ou mesmo uma reprimenda privativa de liberdade, desde que, minorada também de até um terço, não ultrapasse cinco anos de detenção, cumulativamente ou não com sanção pecuniária.

Ao término de cinco anos, se o objeto da condenação era um crime, ou de dois anos, se o objeto era uma contravenção, a infração penal é extinta, apagando-se todos os efeitos penais da sentença, salvo se o condenado cometer delito ou contravenção da mesma natureza. Essa condenação não poderá ser invocada para obstar a outorga de futura suspensão condicional da pena, conforme art. 445, *comma II*⁹, do CPP italiano. O *patteggiamento* é, em regra um acordo conjunto do Ministério Público com o acusado – art. 444, *comma I*, do CPP. O consentimento do *Parquet* acarreta a renúncia ao direito de apelar – art. 448, *comma 2*, do CPP (SANTOS, 2016, p. 62).

No entanto, a proposta de transação penal pode ser feita apenas pelo réu e homologada pelo juiz, prescindindo da concordância do Ministério Público, o que autoriza o *Parquet* a apelar da sentença nesse caso, conforme artigos 446, *comma 6* e 448, *comma 8*, do CPP. Ressalte-se que o juiz deve examinar se a aquiescência do acusado é fruto de sua manifestação livre e consciente de vontade (SANTOS, 2016 p. 63-64).

Marcos Paulo Dutra Santos aduz que, assim como no modelo norte-americano, em que a *plea bargaining* já compreende, subliminarmente, a delação premiada, vez que os acordos em torno da capitulação delitiva e/ou da reprimenda aplicável ao réu condiciona-se à potencial colaboração à persecução, na Itália, a negociação, não raro, se atrela, veladamente, à voluntariedade do acusado em auxiliar o Estado na apuração da atividade da infração cometida.

Embora a colaboração, incluindo a confissão simples, não integre o rol das atenuantes previstas no art. 62 do Código Penal Italiano, há a possibilidade do juiz considerar

⁸ 1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria

⁹ 2. Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, (2) se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale, e se è stata applicata una pena pecuniaria o una sanzione sostitutiva, l'applicazione non è comunque di ostacolo alla concessione di una successiva sospensione condizionale della pena.

circunstâncias diversas que também justificariam a minoração da reprimenda. Esse arcabouço normativo constituiu terreno fértil à propagação da colaboração premiada, como *conditio sine qua* à celebração dessas transações processuais (SANTOS, 2016, p. 64). Luigi Ferrajoli, ao analisar o processo penal italiano aduz que (2002, p. 601, apud SANTOS, 2016, p. 65):

Por meio destes procedimentos é de fato introduzido no nosso ordenamento o discutido instituto da colaboração premiada com a acusação. Com o agravante de que ela não foi codificada abertamente, mediante a previsão de uma circunstância atenuante, mas de forma sub-reptícia, por meio de um mecanismo idôneo a incentivar os procedimentos acordados e desencorajar o juízo ordinário, com todo o seu sistema de garantias; que ela não é mais uma medida excepcional, conjuntural e limitada a determinados tipos de procedimentos, mas sim um novo método processual codificado para todos os processos; que, enfim, o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um juízo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo.

A referida lacuna quanto à disciplina da delação premiada no processo penal italiano foi parcialmente sanada com a edição do Decreto-Lei nº 08, de 15 de janeiro de 1991, convertido na Lei n. 82, posteriormente alterada pela lei n. 45, a fim de disciplinar a proteção às testemunhas, incluindo o réu colaborador (SANTOS, 2016, p. 65).

3.1.4 O modelo brasileiro

Não se pode deixar de tratar da negociação penal no ordenamento brasileiro, até para que se possa estabelecer relações com os modelos de justiça penal negocial acima analisados. No Brasil, assim como no modelo italiano, vigora o princípio da obrigatoriedade, não podendo o Ministério Público desistir da ação penal nem do recurso que haja interposto, nos termos dos arts. 42¹⁰ e 576¹¹, ambos do Código de Processo Penal.

No entanto, passou-se a adotar alternativas ao princípio da obrigatoriedade, a fim de alcançar resolução antes mesmo da propositura da ação penal ou, uma vez proposta, de obter sua suspensão e seu encerramento antecipado (FERNANDES, 2012, p. 207). Tal mitigação ao princípio da obrigatoriedade deu-se com o advento da lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais que, enfim, confirmou o consenso no processo penal brasileiro (estabelecido entre o titular da ação penal – MP, o acusado e/ou com a vítima).

As possibilidades de consenso previstas no ordenamento jurídico brasileiro são: composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração

¹⁰ Art. 42 - O Ministério Público não poderá desistir da ação penal. (BRASIL, 1941).

¹¹ Art. 576 - O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto. (BRASIL, 1941).

premiada, sendo elementos da denominada justiça penal consensual – consenso sobrepondo-se à coercitividade enquanto ferramenta de solução de conflitos – que encontra, na lei nº 9.099/1995, sua referência maior (SANTOS, 2016, p. 28).

A lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais trouxe grandes inovações para o processo penal, haja vista a possibilidade de resolução consensual na persecução penal. A gênese da criação dos juizados é a Constituição Federal, que em seu art. 98, inciso I, previu a hipótese de transação, nos seguintes termos:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a *transação* e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Lei 9.099/95 veio regulamentar as questões atinentes aos delitos de menor potencial ofensivo. O primeiro instituto que possibilita a realização de acordo na lei é a composição civil de danos, que consiste na reparação do dano por parte do acusado, extinguindo assim a pena. A reparação dos danos sofridos pela vítima é um dos objetivos processuais perante o Juizado Especial, nos termos do art. 62 da Lei nº 9.099/95, que dispõe que:

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995).

A busca por essa reparação de danos está regulada nos arts. 72 a 75 da referida lei e acontece da seguinte forma: cometida uma infração de menor potencial ofensivo¹², após a lavratura de termo circunstanciado pela autoridade policial, esta o remeterá ao Juizado, para que seja designada uma audiência preliminar. Nesta audiência, na presença do autor do fato (ofensor), da vítima, do responsável civil¹³ – se possível – e do representante do Ministério Público, será tentada uma conciliação, através de uma composição dos danos civis entre o ofensor e a vítima, da transação penal ou pela conjugação dos dois institutos.

¹² Lei nº 9.099/95 - Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006) (BRASIL, 2006).

¹³ O responsável civil é aquele que pode responder civilmente, no Juizado Especial Criminal, pela conduta do autor do fato. Em outras palavras, é aquele que seria acionado no âmbito cível para indenizar os prejuízos causados à vítima da infração de menor potencial ofensivo.

A composição civil dos danos consiste na possibilidade de acordo dentro do próprio procedimento penal que apura as infrações de menor potencial ofensivo, viabilizando que autor e vítima entrem em consenso quanto à satisfação dos danos materiais e morais causados em decorrência do delito cometido.

Desse modo, busca obter a reparação do ofendido como forma de reconstrução do tecido social violado e, por considerar a participação da vítima, encontra nela suas reais necessidades (materiais e psicológicas), em alternativa à punição em si (PELIKAN, 2005, p. 16-17, apud BRANDALISE, 2016, p. 141).

As partes podem propor e contrapor em relação ao *quantum* indenizatório, devendo o juiz ou o conciliador estarem atentos para evitar exigências desproporcionais ou inviáveis entre as partes. Caso haja acordo, a sentença que o homologará é irrecorrível e adquire a eficácia de título executivo judicial a ser executado no juízo cível competente, conforme dispõe o art. 74, *in verbis*:

A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz, mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (BRASIL, 1995).

Da leitura do parágrafo único do artigo supracitado, observa-se que, nas infrações de menor potencial ofensivo em que a ação penal seja privada ou condicionada à representação, a composição civil dos danos acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, ocasionando a extinção da punibilidade do autor do fato. Ressalte-se que, ainda que o acordo seja descumprido, não mais haverá a possibilidade de medidas de cunho penal, sendo o juízo cível o competente para dirimir qualquer eventualidade.

Isto já não ocorre em se tratando de ação penal pública incondicionada, de titularidade do Ministério Público. Nesse caso, o acordo entre o autor do fato e o ofendido não tem efeito despenalizador, seguindo-se o procedimento do Juizado Especial Criminal, passando-se à segunda fase, em que o representante do *Parquet* analisará se há cabimento para oferecimento da proposta de transação penal.

A transação penal está prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95 e consiste na negociação entre o Ministério Público e o autor do fato, a fim de que não haja oferecimento de denúncia, havendo aplicação antecipada de uma pena restritiva de direitos, conforme se depreende da leitura do supracitado artigo, que dispõe que “havendo representação ou

tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta”.

Assim, por serem os crimes caracterizados na Lei como de menor potencial ofensivo, a realização de um acordo benéfico para ambas as partes, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, acarreta a prevenção da ação penal – se proposta na audiência preliminar, impedindo a formação do processo e ocasionando a aplicação imediata da pena restritiva de direitos.

A transação possibilita, ainda, a extinção da ação penal caso a proposta de transação seja oferecida somente na audiência de instrução e julgamento que, se aceita, acarretará na extinção da ação penal, nos termos do art. 79¹⁴. A Escola Paulista do Ministério Público, *apud* Mirabete (2000, p. 117), definiu o instituto da transação penal nos seguintes termos:

A transação penal (...) atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade.

Assim, a transação possibilita o acordo entre as partes, além de evitar todas as consequências advindas do processo penal, principalmente a restrição de liberdade, sob a perspectiva do autor do fato. Para o Estado, a aplicação desse instituto o isenta dos custos e movimentações processuais e, conseqüentemente, acelera a prestação jurisdicional. Ressalte-se que o autor do fato se submete ao cumprimento de determinada medida a fim de evitar a instauração de um processo sem, no entanto, admitir culpa.

Nesse ponto, observe-se que a transação penal não se confunde com a *plea bargaining* ou a *guilty plea* americanas, vez que não é celebrada para que haja a confissão do acusado para a diminuição da pena, bem como porque não há qualquer reconhecimento de culpa em tal hipótese. Aproxima-se, portanto, do *nolo contendere* americano (FERNANDES, 2012, p. 214 *apud* BRANDALISE, 2016, p. 143).

A proposta de transação não será admitida se o autor do fato já tiver sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; se o autor do fato foi beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa em transação penal anterior; e se os antecedentes, a conduta social e a

¹⁴ No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei. (BRASIL, 1995).

personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias, indicarem que a medida não será necessária e suficiente, conforme dispõe o art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Rodrigo Brandalise (2016, p. 142) aduz que o Ministério Público está vinculado aos requisitos antes mencionados, apesar de a lei definir o instituto como uma forma de “transação”. Caso não estejam presentes quaisquer dos fatores impeditivos do art. 76, a proposta de transação penal deve ser ofertada. Se presente qualquer fato impeditivo ou o autor do fato não aceitar a proposta, o MP deverá propor a devida ação penal, em vista da obrigatoriedade vigente. É um poder-dever do *Parquet*.

A suspensão condicional do processo também está inserida no contexto da justiça penal negociada no Brasil e está prevista da seguinte forma no art. 89 da lei 9.099/95:

Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) (BRASIL, 1995).

Depreende-se que o momento para a proposta de suspensão do processo se dá no oferecimento da denúncia, ou seja, a proposta acompanha a inicial acusatória. O art. 89 cita a necessidade de existência de requisitos previstos no art. 77 do Código Penal, que autorizam a suspensão condicional da pena, para a viabilidade da suspensão condicional do processo, quais sejam:

A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) (BRASIL, 1995).

Nos termos do art. 89, § 1º, aceita a proposta pelo acusado e seu defensor constituído, na presença do magistrado, este receberá a denúncia e poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: reparação do

dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Fica facultado, ainda, ao juiz, especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Se no curso do prazo o beneficiário da suspensão vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano, a suspensão condicional do processo será revogada.

Ressalte-se que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo e que se o prazo de suspensão determinado for expirado sem revogação, o juiz declarará extinta a punibilidade. Caso o acusado não aceite a proposta de suspensão, o processo prosseguirá seguindo as formalidades convencionais.

É possível estabelecer relação entre as formas de justiça penal consensual com a teoria dos jogos, haja vista as interações estratégicas delineadas ao longo da relação processual entre as partes (jogadores). A análise com base no direito comparado, enfocando-se os ordenamentos processuais penais norte americano e italiano, se fez necessária em razão destes terem servido como fonte para delinear a colaboração premiada no ordenamento brasileiro, sendo esta mais um elemento da justiça penal negociada.

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são negócios jurídicos processuais despenalizadores, enquanto a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador (SANTOS, 2016, p. 29).

4 COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme já exposto, será objeto de análise mais específica no presente trabalho o instituto da colaboração premiada, sob a perspectiva da teoria dos jogos. Tendo sido analisada no capítulo anterior a origem do instituto no direito comparado, no presente e derradeiro capítulo se faz necessária a análise da origem do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua conceituação e pressupostos para a sua aplicação.

À luz de todo o arcabouço teórico já apresentado e com as considerações adiante delineadas, será feita a relação da delação premiada com a teoria dos jogos no ordenamento processual penal brasileiro. Como ponto de partida, expõe-se o histórico da colaboração premiada na legislação pátria.

4.1 Escorço histórico da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro

A delação premiada foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro de forma contundente a partir dos anos noventa, à semelhança dos modelos norte-americano e italiano, mas suas reminiscências reportam-se às Ordenações Filipinas de 1603, que perduraram até o Código Criminal de 1830 (SANTOS, 2016, p. 67). O Título VI, número 12, que versa sobre o crime de lesa majestade, trata do perdão a ser conferido ao participante e delator do referido crime que, caso não se colocasse como principal organizador do delito, seria recompensado (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA 2014, p. 71).

O Código Criminal do Império revogou o Livro Quinto das Ordenações Filipinas, ocasionando a ausência de previsão legal no ordenamento jurídico nacional para beneficiar o corréu colaborador. Somente em 1990, com a edição da Lei nº 8.072 – Lei dos Crimes Hediondos – a delação premiada voltou a ter previsão legal no Brasil. O artigo 7º acresceu o § 4º ao art. 159 do Código Penal, referente ao crime de extorsão mediante sequestro, a fim de estender a benesse da delação premiada aos integrantes em concurso de agentes que contribuíssem para a liberação do sequestrado, conforme *in verbis*:

Art. 7º - Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo:

"Art. 159.

.....

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços." (BRASIL, 1990).

Por sua vez, o art. 8º, parágrafo único, da Lei dos Crimes Hediondos, traz a delação premiada como aplicável ao crime de associação criminosa, quando a quadrilha ou bando se volta para a prática de delitos hediondos ou equiparados, conforme abaixo transcrito:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal¹⁵, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1990).

Além de ter sido prevista na Lei nº 8.072/90, a delação premiada encontra previsão em outras leis nacionais, como na Lei nº 9.080/1995, que acrescentou dispositivos às Leis nº 7.492/1986 – Lei dos Crimes contra o sistema financeiro nacional, mais conhecida como Lei do Colarinho Branco e Lei nº 8.137/1990 – Lei dos crimes contra a ordem tributária; na Lei nº 9.034/1995 – Lei do Crime Organizado, atualmente revogada e sobre a qual valem algumas considerações.

Com a edição desta lei, ficou marcante a influência do direito italiano na legislação nacional, com o qual se aprendeu a necessidade de voltar-se a ferramenta da delação premiada na direção da criminalidade organizada, que é nociva aos interesses da segurança pública dos Estados e influente na ordem internacional em virtude da expansão de seus negócios ilícitos. Com o exemplo italiano no combate às organizações criminosas por meio da “Operação Mãos Limpas”, o Brasil adotou, com a Lei nº 9.034/1995, a delação premiada, a fim de alcançar qualidade probatória apta à condenação dos integrantes de associação criminosa (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA 2014, p. 78).

O instituto da delação premiada está previsto, ainda, na Lei nº 9.269/1996, que deu nova redação ao parágrafo quarto do artigo 159 do Código Penal Brasileiro, na Lei nº 9.613/1998 – Lei de lavagem de dinheiro, na Lei nº 9.807/1999 – Lei de Proteção a vítimas e testemunhas, na Lei nº 10.149/2000 – Lei do Acordo de leniência e na Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas. A Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013, revogou a antiga Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/1995) e dispõe sobre organização criminosa e prevê detalhadamente a delação premiada, com requisitos, benefícios e direitos do colaborador.

¹⁵ Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Ademais, o Brasil é signatário de Convenções Internacionais que preveem a colaboração premiada, reconhecendo a sua compatibilidade com as ordens constitucionais dos Estados que fazem parte da Convenção. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), ocorrida em 2000 na Itália e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, prevê a delação no art. 26, da seguinte forma:

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:
 - a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente
 - i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;
 - ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;
 - iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;
 - b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.
2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.
4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.
5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo. (BRASIL, 2004).

O Brasil é signatário, ainda, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida ou UNCAC - 2003), promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, guardando tal regramento grande semelhança com o supracitado no tocante às disposições referentes à colaboração premiada.

Desse modo, institucionalizada internamente por meio dos Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, a delação premiada teve, ainda, sua constitucionalidade reconhecida pela Corte do STF no julgamento dos HC nº 90688/2008 e HC nº 127/483/PR, dentre outros casos em que o instituto foi tratado pelo Supremo. Com essa ampla previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro, em relação à delação premiada, Marcos Paulo Dutra Santos aduz que (2016, p. 27):

É uma das ferramentas do *plea bargaining*, própria a um sistema processual penal inteiramente pautado na barganha, em que a reprimenda aplicada ao agente espelha não necessariamente a efetiva reprovabilidade da conduta, e sim a maior ou menor capacidade de negociação com o Estado. No fim das contas, a pena imposta ao delator torna-se menor do que a fixada aos demais réus, ainda que a censurabilidade destes últimos seja menor.

Sendo assim, inserida na lógica da justiça penal negociada, da colaboração processual, a delação premiada também pode ser analisada como um jogo à luz da teoria dos jogos, vez que pressupõe jogadores – Estado e agentes criminosos – interação estratégica entre eles, no que se refere ao momento de prestar informações e aos termos do acordo de colaboração, e *payoff* (resultados).

4. 2 Conceito de colaboração premiada

Em relação à conceituação do tema, a colaboração premiada pode ser compreendida como a voluntariedade do agente criminoso em contribuir com o Estado na elucidação de crime no qual tenha participado, a fim de obter benéficas penais. Tal colaboração ocorre no momento em que o agente informa a participação dos agentes que concorreram juntamente com ele para a prática delituosa. Ao analisar o instituto, Guilherme de Souza Nucci o faz da seguinte maneira (2016, p. 702):

Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro (s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria (...). O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício, prejudicando terceiros. Embora assuma a prática do crime, o objetivo não é a pura autoincriminação, mas a consecução de um prêmio.

Para Renato Brasileiro de Lima, o instituto trata-se de (2014, p. 728-729):

Espécie do Direito Premial, a 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.

Já Gustavo dos Reis Gazolla conceitua a colaboração premiada da seguinte forma (2009, p. 163-164):

Conceitua-se, portanto, delação premiada, como um negócio jurídico bilateral consistente em declaração oral, reduzida a escrito, pessoal, expressa e voluntária do investigado ou acusado perante a autoridade a quem informa sobre a possibilidade de terceiro participe ou co-autor na prática de infração penal e, em retribuição, pode receber, mediante decisão judicial, na seara penal, a extinção da punibilidade ou abrandamento das sanções, e, na processual penal, a exclusão do processo ou medidas persecutórias mais brandas.

Há dissenso doutrinário acerca da distinção terminológica entre delação e colaboração premiada. Vladimir Aras critica a utilização da expressão “delação premiada”, em razão da “carga simbólica carregada de preconceitos, e por sua incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que não se limita à mera *delatio*”. Nesse sentido, aduz que alguns doutrinadores (ARAS, 2015, disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>):

Talvez no propósito de marcar o instituto com uma nódoa odiosa, procuram assimilar a colaboração premiada a uma simples delação, lançando sobre o colaborador a pecha de “delator”, “dedo-duro” ou “alcaguete”. Esse é um grave equívoco, que não honra a honestidade intelectual que deve balizar o exame crítico desse polêmico instrumento processual, útil para a sociedade e para pessoas envolvidas em graves ocorrências criminais.

Compartilhando de tal entendimento quanto à diferenciação dos termos, Luiz Flávio Gomes pondera (2008, p. 227):

Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada. Esta é mais abrangente. O colaborador da justiça pode assumir a culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador). Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas (nessa hipótese é que se fala em delação premiada). Em outras palavras: a delação premiada é uma das formas de colaboração com a justiça.

Em posição diversa, Marcos Paulo Dutra Santos aduz que (2016, p. 79-81):

Preferir vocábulos como “colaboração” ou “cooperação processual” à delação só revela o incômodo com as críticas dirigidas à constitucionalidade do instituto, buscando neutralizar a pecha traiçoeira, desleal a qual comumente está associada (...). Colaboração, cooperação e delação premiadas são expressões sinônimas, sim, e assim vêm sendo empregadas academicamente e pela jurisprudência.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci considera (2016, p. 702):

Embora a lei utilize a expressão *colaboração premiada*, cuida-se, na verdade, da *delação premiada*. O instituto, tal como disposto em lei, não se destina a qualquer espécie de cooperação do investigado ou acusado, mas aquela na qual se descobre

dados desconhecidos quanto à autoria ou materialidade da infração penal. Por isso, trata-se de autêntica delação, no perfeito sentido de acusar ou denunciar alguém.

Embora a lei nº 12.850/2013 tenha trazido o instituto sob a forma de “colaboração premiada”¹⁶, tornando, então, a utilização do termo “colaboração” mais técnica em razão de sua previsão legal, podem-se tomar por sinônimas as expressões delação e colaboração premiada, sendo este o posicionamento adotado no presente trabalho monográfico, em conformidade com a doutrina majoritária e a jurisprudência pátria.

4.3 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica do instituto sob exame, assentada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 127.483/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a colaboração premiada foi analisada como meio de obtenção de prova e como negócio jurídico processual. Como meio de obtenção de prova, destina-se à “aquisição de entes (coisas materiais, indícios, declarações) dotados de capacidade probatória”.

Desse modo, citando Gustavo Badaró, o Ministro coaduna com o fato de que a delação premiada não constitui meio de prova propriamente dito, vez que este é apto a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática e os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (2012, p. 270). Assim, o instituto é meio de obtenção de prova e o depoimento do colaborador é meio de prova.

A colaboração premiada foi considerada, ainda, como negócio jurídico processual¹⁷, nos seguintes termos:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, 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

¹⁶ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
I - colaboração premiada; (BRASIL, 2013).

¹⁷ Declaração de vontade, unilateral ou bilateral, dirigida ao fim específico da produção de efeitos no âmbito processual.

fará jus o imputado colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (...). Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um ‘acordo de colaboração’ e às ‘negociações’ para a sua formalização, a serem realizadas ‘entre 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’ (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.

Desse modo, pode-se identificar que a colaboração premiada possui natureza jurídica mista pois, a par de sua natureza penal, apresenta contornos de ordem processual, referentes a sua dimensão probatória, bem como àqueles relacionados à necessidade de procedimento para sua produção na *persecutio criminis* (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA, 2014, p. 99). Ainda nesse sentido, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 85-87) aduz que a colaboração premiada comporta a concepção material e a concepção processual, sendo os dois enfoques complementares, o que reforça a natureza híbrida do instituto.

O autor continua sua análise considerando que, materialmente, a delação premiada pode traduzir: perdão judicial, atuando como causa extintiva da punibilidade; causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; causa de fixação de regime inicial aberto ou semiaberto; causa de redução da pena; causa de exclusão ou de atenuação dos efeitos da sentença penal condenatória. Tais possibilidades estão previstas na legislação que, em seu bojo, trata da colaboração premiada. A natureza jurídica do instituto é processual material – forma e conteúdo processuais, mas com efeitos materiais (2016, p. 85-87).

4.4 A colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013

O crime organizado é uma realidade presente no Brasil e em diversos países, ensejando atuação estatal repressiva a fim de combatê-lo. Com esse objetivo, ressalte-se a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo), onde foi definido o conceito de organização criminosa, como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico e moral”.

Tendo a Convenção sido promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004, o conceito de organização criminosa veio previsto da seguinte forma no art. 2º, alínea a:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou

indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (BRASIL, 2004).

No entanto, embora o conceito de organização criminosa estivesse definido na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, recepcionada internamente, ainda não estava tipificado o crime de organização criminosa, não podendo ser utilizada a Convenção para defini-lo, conforme assentado no julgamento do HC 96.007/SP pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, do qual se cita trecho do voto:

É certo que o evocado na denúncia – VII - versa crime cometido por organização criminosa. Então, a partir da óptica de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, diz-se compreendida a espécie na autorização normativa. A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente. Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empolgado para tal fim.

Somente com o advento da Lei 12.850/13 – que revogou expressamente a Lei 9.034/95, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas – houve figura penal típica dedicada à organização criminosa, dispondo também sobre investigação e os meios de consecução de prova, dedicando especial atenção aos instrumentos da colaboração premiada, da ação controlada, da infiltração de agentes e do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, sobre ilícitos penais correlatos e sobre o procedimento criminal aplicável (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA, 2014, p. 38). Assim, a lei definiu organização criminosa nos seguintes termos:

Art. 1º, § 1º: Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013).

Como forma de investigação a essa organização, a Lei 12.850/2013 trouxe, em seu art. 3º, a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, estando regulado o seu procedimento dos arts. 4º ao 7º. Sabe-se que, no Brasil, o instituto da delação premiada é previsto em outras leis, conforme já exposto, mas, para os fins a que este trabalho se dispõe, o instituto será melhor analisado tendo-se por base a Lei 12.850/2013, por tratar de forma mais detalhada dos pressupostos da colaboração premiada. O artigo 4º preceitua que:

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.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. (BRASIL, 2013).

Há dois requisitos iniciais para a colaboração premiada facilmente identificáveis na leitura do art. 4º, a saber: a efetividade e a voluntariedade. Estas estão relacionadas com o disposto no § 1º, ou seja, com a avaliação da personalidade do colaborador, com a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração, associadas, ainda, a um ou mais dos resultados dispostos nos incisos I a V do art. 4º.

Convém tratar, inicialmente, da efetividade da colaboração premiada. Efetivo é aquilo que produz efeitos, resultados. Logo, a denúncia feita pelo colaborador terá que produzir um dos resultados concretos apontados nos incisos do dispositivo esquadriado. Ademais, não teria sentido conceder ao delator a benesse legal, se de sua colaboração não resultasse nenhum fruto de interesse das investigações ou mesmo da ação penal. Seria uma premiação sem causa antecedente que a justificasse (MOSSIN, MOSSIN, 2016, p. 162).

Quanto à voluntariedade, esta diz respeito à vontade própria do colaborador, que deve estar livre de qualquer coação física ou moral com o fito de provocar uma delação. Analisando a cumulação da efetividade e da voluntariedade com os demais requisitos para a colaboração premiada elencados no § 1º do art. 4º, Guilherme de Souza Nucci aduz que (2016, p. 706):

A personalidade se destaca como o elemento subjetivo, condizente à pessoa do colaborador. Significa o conjunto de caracteres pessoais do indivíduo, parte herdada, parte adquirida (agressivo/calmo; responsável, irresponsável; trabalhador, ocioso etc.). Deve-se ocupar o juiz de verificar se a personalidade do agente – positiva ou negativa – relaciona-se ao fato praticado, para que se busque a culpabilidade do fato (e não a culpabilidade do autor) (...). Quanto à natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão, ligam-se ao fato criminoso. Não se deve vislumbrar o quadro no tocante à gravidade abstrata do delito, mas a concreta. Por mais séria a infração penal, abstratamente falando, torna-se essencial analisar o que ela provocou na realidade. Esses fatores devem girar em torno, na verdade, do tipo de benefício que o delator poderá auferir.

Insta ressaltar que, em relação aos possíveis resultados advindos da colaboração, não há necessidade de que haja cumulatividade, haja vista que o art. 4º da Lei nº 12.850/2013, dispõe que da colaboração devem advir um ou mais resultados, ou seja, há alternatividade. Nesse sentido, Heráclito Antônio Mossin e Júlio César Mossin (2016, p. 165) consideram que o legislador deixa bem claro que, para a concessão da benesse legal, não há necessidade de aquisição de todos os resultados previstos no dispositivo, sendo dispensada sua cumulatividade, o que se revela justo e racional.

Seguindo-se com a análise do referido artigo, importante destacar o disposto no § 2º, nestes termos:

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) (BRASIL, 2013).

O aludido perdão judicial cuida-se de causa de extinção da punibilidade, de modo que o Estado se abstém de aplicar a punição a quem cometeu infração penal, com fundamento em política criminal. O perdão é a medida mais benéfica que se pode conceder ao delator, considerando-se a amplitude e a eficiência de sua colaboração. Ressalte-se que o delegado pode representar pelo perdão judicial em virtude da delação ocorrida, devendo ser ouvido o Ministério Público (NUCCI, 2016, p. 179).

A intervenção do *Parquet* se revela imperiosa, não sendo suficiente a participação e assinatura do delegado de polícia, porquanto é aquele, e não este, o pactuante, enquanto titular privativo da ação penal pública (SANTOS, 2016, p. 134). O requerimento do Ministério Público pela aplicação do perdão pode dar-se a qualquer tempo, estendendo-se o período que segue da investigação ao processo, até a sentença (NUCCI, 2016, p. 708).

Adentrando-se ao procedimento previsto na Lei nº 12.850/2013, há a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou do processo por um período de até um ano, sendo suspenso o prazo prescricional, caso seja necessária a busca de mais informações. A lei dispõe, ainda, que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar uma efetiva colaboração.

Significa dizer que, dependendo das provas obtidas a partir da delação, os resultados exigidos por lei para a premiação podem restar concretizados ainda na investigação, haja vista, conforme o art. 4º, *caput*, a possibilidade de resultados como “a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades das organizações criminosas” (inciso III), “a recuperação total ou parcial dos produtos ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa” (inciso IV), e “a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada” (inciso V) (SANTOS, 2016, p. 149).

Desse modo, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, esculpida no art. 24 do CPP¹⁸. Percebe-se uma discricionariedade do promotor (semelhante ao que ocorre no modelo americano), sendo, nas palavras de Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 150), uma oportunidade regrada, racional ou motivada, ante a exigência constitucional da fundamentação dos pronunciamentos ministeriais¹⁹.

Em relação ao requisito de o agente ser o primeiro a colaborar para que não seja ofertada a denúncia, Marcelo Batlouni Mendroni aduz (2015, p. 56-57):

A “implosão psicológica” da Organização Criminosa, extremamente benéfica à Administração da Justiça, na medida em que resultará perpétua e mútua desconfiança entre os seus integrantes. Sabendo que poderá se beneficiar em termos penais, o integrante da Organização Criminosa terá receio se o seu comparsa foi ou pretende ir à justiça colaborar. Esse fator poderá provocar a corrosão da própria estrutura criminosa – desorganizando-a e favorecendo a perseguição penal.

A análise trazida pelo autor tem estrita relação com o dilema do prisioneiro, da teoria dos jogos, em que a melhor opção em termos de cumprimento de pena para dois agentes criminosos que atuaram em conluio é a confissão de ambos, conforme analisado no item 2.2 do primeiro capítulo deste trabalho. Na segunda hipótese prevista na lei nº

¹⁸ Art. 24/ CPP. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

¹⁹ Art. 129/CF. São funções institucionais do Ministério Público:

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

12.850/2013 para o não oferecimento da denúncia, beneficia-se aquele que primeiro colaborar efetivamente com as investigações. Com o receio de que outro agente delituoso que atuou na infração se antecipe, a motivação para efetivamente colaborar – e não enfrentar um processo penal – será, no mínimo, analisada por todos os integrantes da organização criminosa.

Mais uma vez, a escolha do momento para colaborar efetivamente com as investigações a fim de obter os prêmios que dessa atitude podem advir, envolve uma escolha estratégica que, para o agente delituoso pode resultar no não enfrentamento de um processo penal – caso seja o primeiro a colaborar – ou na redução de sua reprimenda caso não seja o primeiro. Para o Estado, há a possibilidade de isenção de custos e facilitação para as investigações, o que ocasiona celeridade processual.

Segundo a lei das organizações criminosas, é possível, ainda, a colaboração mesmo após a sentença, que poderá reduzir até a metade a pena ou admitir a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos – como o tempo de cumprimento da pena, por exemplo. Quanto à sentença, vale observar o preceituado no parágrafo 16 do art. 4º, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Como acordo atrativo, a delação pode atrair colaboradores dispostos unicamente ao alcance dos benefícios penais, sem qualquer comprometimento com a prestação de informações relevantes, do que decorreria a necessidade de o magistrado tomar com cautela as declarações prestadas (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA, 2014, p. 144). Diante disso, este parágrafo estabelece a vedação de qualquer condenação baseada, unicamente, na colaboração premiada. Reproduz o mesmo caráter de relatividade conferido à confissão do réu (art. 197, CPP²⁰) (NUCCI, 2016, p. 714).

Na colaboração após a sentença, é o juízo da execução quem decidirá, inclusive a contrapartida à colaboração prestada, porquanto cabe a ele aplicar ao apenado os incidentes posteriores à condenação que possam, de qualquer modo, favorecê-lo, ex vi do art. 66, inciso I²¹, da LEP, interpretado ontologicamente, lembrando que o juízo da condenação, ao entregar a prestação jurisdicional, exaure a competência em relação ao

²⁰ Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

²¹ Art. 66. Compete ao Juiz da execução:
I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

delator. O juízo da condenação deverá officiar ao do processo de conhecimento a fim de inteira-se sobre o teor da colaboração e seus resultados para a persecução penal, a fim de mensurar o quão efetiva e eficiente foi, presente o benefício a ser concedido. (SANTOS, 2016, p. 160)

Em relação à função do magistrado nos casos em que houver colaboração premiada, o art. 4º, § 6º, § 7º e § 8º dispõem da seguinte forma:

§ 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.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. (BRASIL, 2013).

A ausência de participação do juiz nas tratativas referentes ao acordo de colaboração está em consonância com o princípio da imparcialidade do juiz, vez que o magistrado tem o papel fundamental de homologar o acordo entabulado caso o mesmo esteja em conformidade com a legalidade e a regularidade. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

A fim de verificar se presente a voluntariedade do agente, o juiz tem a faculdade de ouvi-lo em separado, na presença de seu defensor. A participação do juiz na negociação o imiscuiria de impressões que devem se restringir à atividade persecutória, envolvendo o agente delituoso, o seu defensor e o delegado (com a manifestação do Ministério Público) ou o Ministério Público, o investigado e seu defensor.

Aqui, cabem algumas considerações em relação à participação do delegado nos acordos de colaboração premiada. Está em trâmite no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5508 – ajuizada no ano de 2016 pela Procuradoria Geral da República, em que a constitucionalidade de trechos dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º, que atribuem a delegados poder para realizar acordos de colaboração, é colocada sob análise. Insta transcrever, novamente, os aludidos dispositivos, *in verbis*:

§ 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
 § 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. (BRASIL, 2013) (grifo nosso).

Para o procurador-geral de justiça Rodrigo Janot, os trechos impugnados da lei, ao atribuírem a delegados de polícia legitimidade para negociar acordos de colaboração premiada e propor diretamente ao juiz concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, contrariam os princípios do devido processo legal e da moralidade. Contrariam, ainda, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (artigo 129, inciso I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (artigo 129, parágrafo 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia como órgão de segurança pública (artigo 144, especialmente parágrafos 1º e 4º).

A ação tem como pedidos a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade dos trechos questionados ou, sucessivamente, que seja dada interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensáveis a presença do Ministério Público em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada e sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante.

Em contrapartida, a Federação Nacional dos Delegados da Polícia Federal (FENADEPOL), atuando como *amicus curiae* na ADI 5508, aduz que o Delegado de Polícia, como representante do Estado, tem o poder-dever de conduzir a investigação criminal. Por conseguinte, para atingir seu múnus público na fase pré-processual, o legislador dotou o ordenamento jurídico pátrio de instrumentos que o habilitam a exercer o seu mister.

Assim, a colaboração premiada constitui-se em um meio de obtenção de prova no sistema de investigação criminal, sendo perfeitamente possível e constitucional que o delegado de polícia possa realizar tratativas visando à realização de acordo de colaboração, dando uma maior eficácia ao processo penal, garantindo maior celeridade à justiça e na consecução da verdade processual e no desmantelamento da criminalidade, na medida em que possibilita a obtenção de informações privilegiadas acerca de crimes com grande dimensão.

A FENADEPOL argumenta, ainda, que o delegado de polícia, como presidente do inquérito policial, é a autoridade mais indicada para saber quais as necessidades da investigação em desenvolvimento e a utilização da colaboração premiada constitui um dos

possíveis caminhos a serem trilhados na busca pela verdade e na formação do convencimento jurídico acerca dos fatos durante a investigação policial.

O relator da ADI 5508, ministro Marco Aurélio, adotou o rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs) para que a ação seja julgada pelo Plenário do STF diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar. De acordo com a movimentação processual de agosto de 2017, a ADI ainda não foi julgada pelo pleno do STF. A análise da questão exige cautela, haja vista a possibilidade de alteração de um dispositivo legal e a mudança na configuração do instituto da colaboração premiada.

Colocada sob enfoque a atuação do juiz na homologação do acordo, bem como a participação do delegado de polícia e do promotor de justiça, convém continuar a análise dos dispositivos atinentes à colaboração premiada na lei 12.850/2013. Após a homologação do acordo pelo magistrado, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

A lei traz em seu bojo, alinhada aos dispositivos constitucionais que asseguram a ampla defesa²², diversas proposições a fim de assegurar ao colaborador a devida assistência judiciária. Deste modo, nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. Ademais, em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

O art. 4º, em seu parágrafo 10, traz a possibilidade do exercício da retratação, vez que dispõe que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”. Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 145) pondera que, na ocasião da retratação, a colaboração já poderá ter exaurido seus efeitos, tendo conduzido aos resultados previstos em lei para o seu reconhecimento, hipótese em que se impõe a premiação, conforme entendimento do STF evidenciado no julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento nº 820.480/RJ, em trecho da ementa, *in verbis*:

Delação premiada. Perdão judicial. Embora não caracterizada objetivamente a delação premiada, até mesmo porque a reconhecida preciosa colaboração da

²² CF/1998 - Art. 5º, 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; (BRASIL, 1988).

ré não foi assim tão eficaz, não permitindo a plena identificação dos autores e partícipes dos delitos apurados nestes volumosos autos, restando vários deles ainda nas sombras do anonimato ou de referências vagas, como apelidos e descrição física, a autorizar o perdão judicial, incide a causa de redução da pena do art. 14 da Lei nº 9.807/99, sendo irrelevantes a hediondez do crime de tráfico de entorpecentes e a retratação da ré em Juízo, que em nada prejudicou os trabalhos investigatórios.

Nesse sentido, não obstante a retratação do imputado, as suas declarações e as provas delas derivadas, são lícitas e passíveis de valoração jurisdicional, de maneira que, se presentes os requisitos legais, o juízo poderá premiar a colaboração (SANTOS, 2016, p. 148). Ressalte-se que a “proposta” é retratável, mas não o acordo. Aceita a proposta formulada por uma das partes (agente delituoso e Ministério Público), forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência).

Em relação ao termo de acordo de colaboração premiada, a lei 12.850/2013 estabelece no art. 6º que este deverá ser feito por escrito e conter os requisitos contidos nos incisos I a V, a saber:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário. (BRASIL, 2013).

Da análise dos requisitos, depreende-se que, em se tratando de uma negociação entre o delator e o Estado, necessário se faz que no termo de acordo constem os detalhes da avença, a fim de evitar ambiguidades ou discussões futuras. Ademais, por meio das respectivas assinaturas, tem-se, mais uma vez, a imprescindibilidade de constar a voluntariedade do agente em aceitar a proposta estatal, além do comprometimento de que o pactuado será efetivamente cumprido e os possíveis resultados alcançados.

Fala-se em possibilidade dos resultados porque a formalização do termo, contendo o benefício prometido ao delator, é a garantia de que o colaborador alcançará o perdão ou a diminuição/substituição da pena caso suas informações permitam atingir o objetivo estatal de descobrir, perseguir, desordenar e processar os envolvidos na organização criminosa (NUCCI, 2016, p. 717). Em relação ao acordo celebrado, a lei dispõe, ainda que:

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º. (BRASIL, 2013).

Observa-se que o sigilo previsto deve ser cumprido inclusive pelos serventuários, sendo que a lei tipifica como crime a revelação da identidade do colaborador sem autorização²³ ou o descumprimento da determinação do sigilo²⁴. O fim da privacidade do acordo de colaboração após o recebimento da denúncia está em consonância com a regra no processo penal – a preservação da publicidade –, simbolizada pelo livre acesso das pessoas aos autos e aos atos processuais realizados, considerando-se, portanto, o início da fase judicial. Noutros termos, iniciado o processo, o acordo com o delator pode ser revelado ao público em geral – como outras provas o são –, a menos que o magistrado determine o segredo de justiça (não do acordo em si, mas de toda a instrução) (NUCCI, 2016, p. 719-720).

Ainda que o processo ocorra na regra comum da publicidade, o colaborador tem direito à preservação de sua identidade e a outras garantias elencadas no art. 5º da lei 12.850/2013, *in verbis*:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Ora, observa-se a preocupação do legislador em preservar a integridade física do delator, haja vista a possibilidade de que ele sofra retaliações por parte da organização criminosa que poderá ser desarticulada. As medidas de proteção referidas pelo inciso I estão previstas na Lei 9.807/99, Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, especialmente nas disposições previstas nos arts. 7º, 8º e 9º, adiante transcritos:

²³ Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

²⁴ Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

- I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;
- II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;
- III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;
- IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;
- V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
- VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
- VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;
- VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
- IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.

Art. 8º Quando entender necessário, poderá o conselho deliberativo solicitar ao Ministério Público que requeira ao juiz a concessão de medidas cautelares direta ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção.

Art. 9º Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

§ 1º A alteração de nome completo poderá estender-se às pessoas mencionadas no § 1º do art. 2º desta Lei, inclusive aos filhos menores, e será precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros.

§ 2º O requerimento será sempre fundamentado e o juiz ouvirá previamente o Ministério Público, determinando, em seguida, que o procedimento tenha rito sumaríssimo e corra em segredo de justiça.

§ 3º Concedida a alteração pretendida, o juiz determinará na sentença, observando o sigilo indispensável à proteção do interessado:

I - a averbação no registro original de nascimento da menção de que houve alteração de nome completo em conformidade com o estabelecido nesta Lei, com expressa referência à sentença autorizatória e ao juiz que a exarou e sem a aposição do nome alterado;

II - a determinação aos órgãos competentes para o fornecimento dos documentos decorrentes da alteração;

III - a remessa da sentença ao órgão nacional competente para o registro único de identificação civil, cujo procedimento obedecerá às necessárias restrições de sigilo.

§ 4º O conselho deliberativo, resguardado o sigilo das informações, manterá controle sobre a localização do protegido cujo nome tenha sido alterado.

§ 5º Cessada a coação ou ameaça que deu causa à alteração, ficará facultado ao protegido solicitar ao juiz competente o retorno à situação anterior, com a alteração para o nome original, em petição que será encaminhada pelo conselho deliberativo e terá manifestação prévia do Ministério Público. (BRASIL, 1999).

4.4.1 Casos emblemáticos envolvendo acordos de colaboração premiada no Brasil

Na década de 90, veio à tona o que ficou conhecido como o “escândalo do Banestado”, que envolveu remessas ilegais de divisas, pelo sistema financeiro público brasileiro, para o exterior. Com investigações em âmbito federal, foi instaurada, ainda, uma

Comissão Parlamentar de Inquérito no ano de 2003. A técnica de realização de acordos de colaboração premiada por escrito e com cunho reparatório foi utilizada pela primeira vez no Brasil em 2004, no caso Banestado, a partir de iniciativa do Ministério Público Federal do Paraná, que celebrou acordo de delação premiada com o doleiro²⁵ e empresário brasileiro Alberto Youssef (FONSECA, 2015, p. 9-10). Em relação ao caso, o Ministério Público Federal aduz que²⁶:

Foram feitos mais de 20 acordos de colaboração, recuperando-se aproximadamente R\$ 30 milhões só em função dos acordos. Centenas de pessoas foram acusadas por crimes contra o sistema financeiro nacional, de lavagem de dinheiro, de formação de quadrilha e de corrupção, obtendo-se 97 condenações. As autuações fiscais decorrentes do caso chegaram a cifras bilionárias. Mais de uma centena de pedidos de cooperação internacional foram feitos, intensificando a cooperação entre o Brasil e outros países de modo nunca antes visto na história. Os resultados desta força-tarefa anterior, do caso Banestado, foram ultrapassados apenas neste ano, com a recente força-tarefa de procuradores da República do caso Lava Jato.

Caso notório se deu, também, no ano de 2012, com a Ação Penal 470/MG – mais conhecida como “Mensalão”. O termo “delação premiada” se popularizou em âmbito nacional em razão da colaboração voluntária e unilateral do ex-deputado federal Roberto Jefferson em entregar políticos e os delitos por estes praticados.

Ressalte-se que, à época dos fatos, ainda não havia sido promulgada a lei 12.850/2013; desse modo, o ex-deputado não se valeu de um acordo de delação, o fez unilateralmente e, em razão de sua colaboração, teve a pena diminuída em um terço.

Caso recente que trouxe à atualidade, novamente, o tema da delação premiada, é a operação “Lava Jato”. A operação foi batizada com esse nome em decorrência do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas que estava sob investigação. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou.

A primeira fase da operação foi deflagrada em 17 de março de 2014 pela Justiça Federal de Curitiba, sendo inicialmente investigadas quatro organizações criminosas, cujos integrantes eram doleiros e operadores do mercado paralelo de câmbio. Com o andamento das investigações e a celebração de acordos de colaboração premiada, o Ministério Público Federal tomou conhecimento de um esquema de corrupção envolvendo políticos, empresários e a maior empresa estatal do país, a Petrobrás.

²⁵ Doleiro é aquele que negocia dólares no mercado paralelo.

²⁶ <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/relacao-com-o-caso-banestado>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

Segundo dados do Ministério Público Federal, foram cumpridos 81 mandados de busca e apreensão, 18 mandados de prisão preventiva, 10 mandados de prisão temporária e 19 mandados de condução coercitiva, em 17 cidades de 6 estados e no Distrito Federal.²⁷ A fim de analisar o material apreendido nas primeiras etapas da investigação e propor acusações, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, designou um grupo de procuradores da República, formando, assim uma “força tarefa” para atuar no caso e oferecer as primeiras denúncias.

Em razão da existência de parlamentares envolvidos no esquema, houve cisão do caso, de modo que a parte relativa aos parlamentares permaneceu no STF (haja vista a prerrogativa de foro²⁸), no que concerne, inclusive, à homologação dos acordos de colaboração premiada, e outros foram negociados pela força-tarefa da Lava Jato e submetidos, por não envolverem situações especiais como a de parlamentares, ao juiz federal da 13ª Vara Federal, em primeiro grau de jurisdição.

Segundo dados do MPF²⁹ atualizados até julho de 2017, foram celebrados 158 acordos de colaboração premiada com pessoas físicas e 159 acordos de colaboração premiada homologados pelo STF. Um dos motes da Operação Lava Jato é a recuperação dos recursos públicos desviados, sendo que o valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas) é de R\$ 38,1 bilhões e os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões. R\$ 10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação e R\$ 3,2 bilhões em bens de réus já bloqueados.

Em relação aos acordos de colaboração premiada celebrados na Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal explica que:

Em cada acordo, muitas variáveis são consideradas, tais como informações novas sobre crimes e quem são os seus autores, provas que serão disponibilizadas, importância dos fatos e das provas prometidas no contexto da investigação, recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, perspectiva de resultado positivo dos processos e das punições sem a colaboração, entre outras. Há uma criteriosa análise de custos e benefícios sociais que decorrerão do acordo de colaboração sempre por um conjunto de procuradores da República, ponderando-se diferentes pontos de vista. O acordo é feito apenas quando há concordância de que os benefícios superarão significativamente os custos para a sociedade³⁰.

Percebe-se, então, a preocupação por parte dos Procuradores da República

²⁷ <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

²⁸ CF/1988 – Art. 53, § 1º - Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

²⁹ <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

³⁰ <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

atuantes na Lava Jato com a análise econômica, caso a caso, da realização de acordos de colaboração premiada. O Ministério Público Federal considera, ainda, que:

Se não fossem os acordos de colaboração pactuados entre procuradores da República e os investigados, o caso Lava Jato não teria alcançado evidências de corrupção para além daquela envolvendo Paulo Roberto Costa. Existia prova de propinas inferiores a R\$ 100 milhões. Hoje são investigados dezenas de agentes públicos, além de grandes empresas, havendo evidências de crimes de corrupção envolvendo valores muito superiores a R\$ 1 bilhão. Apenas em decorrência de acordos de colaboração, já se alcançou a recuperação de cerca de meio bilhão de reais³¹.

Desse modo, depreende-se que o instituto da colaboração premiada é útil e efetivo no combate às organizações criminosas e aos crimes de corrupção, haja vista a possibilidade, como já exposto, de obtenção de informações que podem ser dadas com maior precisão por parte de quem integrava a trama delituosa. Como meio de prova que é, a colaboração possibilita o alcance das demais provas e, conseqüentemente, pode desencadear a solução do crime, o que reforça a pertinência do instituto.

4.5 Questões controvertidas referentes à colaboração premiada

O instituto da colaboração premiada gera algumas controvérsias doutrinárias e críticas negativas, adiante analisadas. Discussão recorrente refere-se à admissibilidade ética na colaboração premiada, vez que o instituto tem a sua moralidade questionada por premiar a traição. Rômulo de Andrade Moreira, a respeito do tema, preceitua que (2012, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10962):

A traição demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. A lei, como já foi dito, deve sempre e sempre indicar condutas sérias, moralmente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a multidão temerosa e indefesa (aliás, por culpa do próprio Estado) ou setores economicamente privilegiados da sociedade (no caso da repressão à extorsão mediante sequestro). Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Importa, entretanto, encontrar o objeto da traição: trair a quem? Trair o quê? O instituto pede expressamente informações quanto aos demais comparsas e informações quanto

³¹ <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada>. Acesso em: 03 de agosto

ao crime. Portanto, traição a pretensos autores de práticas ilícitas e traição ao próprio estado de desrespeito à ordem jurídica consubstanciado pela prática do delito. Substancialmente traição, contudo adjetivada pelo fato de opor-se a objetos censuráveis: o crime e a conduta delituosa (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA, 2014, p. 85).

A finalidade imediata da traição para o Estado, reside na obtenção de informações e a mediata utilização dessas informações na persecução criminal para lograr punir infratores e dismantelar organizações criminosas, a fim reestabelecer a ordem jurídica. A traição é para o Estado forma de suprir a deficiência da capacidade de investigação das forças de segurança diante de formas de criminalidade organizada, as quais, por conta de seus elementos característicos (vide lei do silêncio, rígida estrutura hierárquica, promiscuidade entre atividades lícitas e delinquentiais), mostram-se refratárias aos modelos tradicionais de persecução (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA, 2014, p. 85).

Não se cuida de buscar na colaboração premiada a solução para quaisquer deficiências estatais na área de segurança pública. A delação representa a busca por um instrumental investigativo adequado à nova estruturação das atividades delinquentiais, cujo enfrentamento se funda no domínio da informação sobre as organizações criminosas (FERRO, GAZZOLA e PEREIRA, 2014, p. 90). Os demais pontos geralmente suscitados como negativos no instituto da colaboração premiada, são apresentados por Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 702-703) da seguinte forma:

- a) oficializa-se, por lei, a traição, como forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, pois o delator recebe pena menor que os delatados, autores de condutas tão graves quanto as dele; c) a traição, como regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até o momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio, regra a falar mais alto no universo do delito; f) Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; g) há um estímulo a delações falsas e um incremento a vinganças pessoais.

O autor segue sua análise apresentando como contrapontos os positivos frente aos negativos (2016, p. 702-703), *in verbis*:

- a) no universo criminoso, não se pode falar em ética ou em valores moralmente elevados, dada a própria natureza da prática de condutas que rompem as normas vigentes, ferindo bens jurídicos protegidos pelo Estado; b) não há lesão à proporcionalidade na aplicação da pena, pois esta é regida, basicamente, pela culpabilidade (juízo de reprovação social), que é flexível. Réus mais culpáveis devem receber penas mais severas. O delator, ao colaborar com o Estado, demonstra menor culpabilidade, portanto, pode receber sanção menos grave; c) o crime praticado por traição é grave, justamente porque o objetivo almejado é a lesão a um

bem jurídico protegido; a delação seria a traição com bons propósitos, agindo contra o delito e em favor do Estado democrático de Direito; d) os fins podem ser justificados pelos meios, quando estes forem legalizados e inseridos, portanto, no universo jurídico; e) a ineficiência atual da delação premiada condiz com o elevado índice de impunidade reinante no mundo do crime, bem como ocorre em face da falta de agilidade do Estado em dar efetiva proteção ao réu colaborador; f) o Estado já está barganhando com o autor de infração penal, como se pode constatar com a transação prevista na Lei 9.099/95. A delação premiada é, apenas, outro nível de transação; g) o benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como os cúmplices pode servir de incentivo ao arrependimento sincero, com forte tendência a regeneração interior, um dos fundamentos da própria aplicação da pena; h) a falsa delação, embora possa existir, deve ser severamente punida.

O instituto da colaboração premiada é um meio eficaz no combate ao crime organizado, haja vista a possibilidade de efetiva desagregação da associação criminosa e da recuperação do produto da prática delituosa. Voltando à relação do instituto com a teoria dos jogos, essencialmente com o dilema do prisioneiro, o réu terá que ponderar se delata ou não o esquema de corrupção, sabendo que os demais coautores receberão a mesma proposta, devendo analisar estrategicamente as suas possibilidades de ganho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo monográfico, procurou-se esclarecer, tomando-se por base o estudo da teoria dos jogos, o instituto da colaboração premiada, bem como a sua aplicabilidade e eficácia no processo penal brasileiro.

Assim, inicialmente, estudou-se a teoria dos jogos, seu conceito e elementos. Na oportunidade, tratou-se de alguns dos tipos de jogos que constituem a teoria e das interações estratégicas entre os participantes, dando-se destaque para o Equilíbrio de Nash, que pressupõe que as estratégias dos demais jogadores devem sempre ser consideradas na tomada de decisão, de modo que a escolha de um jogador seja sempre a melhor resposta ante a escolha do outro.

Ainda nesse capítulo inicial, foi feita a relação da teoria dos jogos com o processo penal brasileiro, sendo este colocado como um jogo, possuindo regras preestabelecidas, que devem estar inseridos no contexto do devido processo legal previsto constitucionalmente. Posteriormente, abordou-se o tema da justiça penal negociada, sendo observados os sistemas jurídicos da *Common* e *Civil law*, para possibilitar uma compreensão mais abrangente dos modelos americano, italiano e do próprio modelo brasileiro de negociação na justiça penal.

Nesse contexto, observou-se que o instituto da colaboração premiada no Brasil se revela como uma forma de negociação na justiça penal, juntamente com a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, se diferenciando destes três institutos em ponto essencial: não se configura como despenalizadora.

Ato contínuo, procedeu-se à análise do instituto da colaboração premiada, sendo feito um esboço histórico de sua origem na legislação brasileira, bem como estudado o seu conceito, abrangendo a questão da distinção terminológica entre colaboração e delação, além de tratar da natureza jurídica do instituto.

Foi considerada, ainda, a colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, tratando, em seu bojo, do procedimento a ser adotado quando for caso de delação premiada, em todos os diplomas legais que preveem a colaboração premiada em seu bojo.

O presente trabalho monográfico tratou de casos emblemáticos envolvendo acordos de colaboração premiada no Brasil, como o caso Banestado e o Mensalão, tendo dado enfoque, porém, à operação Lava Jato, considerada a maior operação no combate à corrupção no país, sendo os acordos de colaboração premiada homologados no curso da operação

substanciais para a recuperação de recursos públicos desviados.

Ademais, foram analisadas algumas questões controversas em relação ao instituto da colaboração premiada, sendo exposta a discussão ética que permeia o tema, bem como analisados pontos positivos e negativos na instrumentalização da delação. Ante o estudo realizado, foi possível inferir que o instituto em comento é um instrumento de extrema relevância para a solução e combate dos crimes que admitem a possibilidade da colaboração premiada, pois sem a sua presença o tempo para desvendá-los poderia ser consideravelmente maior.

A Operação Lava Jato é um exemplo relevante e atual da utilidade do instituto em se tratando de organização criminosa, viabilizando o desmantelamento da associação, a solução dos delitos praticados e a reparação dos produtos do crime. A colaboração premiada funciona como reflexo da teoria dos jogos aplicada ao processo penal brasileiro, considerando-se a estratégia dos jogadores – acusado e Estado - em um jogo de contribuições mútuas, em que, muitas vezes, embora a melhor opção individual para ambos não seja o resultado final, tem-se um resultado que se configurou como melhor para as duas partes ante às circunstâncias inseridas na lógica processual.

O presente trabalho não buscou esgotar o tema proposto, vez que, diante da complexidade deste, tal feito não seria possível. Outrossim, a contribuição acadêmica para o debate se faz necessária para análise além das controvérsias que permeiam o tema, visando desmistificar conceitos prontos, imbuídos de senso comum e desprovidos de uma análise mais abrangente em relação ao instituto.

Nesse sentido, buscou-se analisar a colaboração premiada a partir da lógica da Teoria dos Jogos e da Justiça Penal Negociada, visando estabelecer um novo olhar para o instituto no processo penal brasileiro, ressaltando a sua efetividade na solução de crimes praticados por organizações criminosas e em delitos que envolvem corrupção de um modo geral.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. A Técnica da colaboração premiada. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em: 22 de julho de 2017.
- AZEVEDO, André Gomma de. Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol 2. 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2>>. Acesso em 25 de julho de 2017.
- BALBINOTTO, Giacomoto Neto. **Teoria dos Jogos e Direito**. 2006. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/quest-eco/teoria-jogos.pdf>>. Acesso em: 27 de julho de 2017.
- BÊRNI, Duilio de Avila. **Teoria dos Jogos**. São Paulo: Reichmann Affonso, 2004.
- BARATA, André. **A Construção da Confiança. Teoria dos Jogos e Ética**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.
- BORTOLOSSI, H; GARBUGIO, Gilmar; SARTINI, Brígida Alexandre. Uma introdução a Teoria dos Jogos. **Notas de Minicurso SEMAP/UFF online**, 2004.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 de junho de 2017.
- _____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2017.
- _____. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de jul. 2017.
- _____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de jul. 2017.
- _____. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de jul. 2017.
- _____. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de julho. 2017.
- _____. Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 de jul. 2017.
- _____. Lei n. 9.269, de 02 de abril de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de jul. 2017.

_____. Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

_____. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de jul. 2017.

_____. Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de jul. 2017.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de jul. 2017.

_____. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de jul. 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus n 127.483. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, Diário da Justiça nº 181, de 14 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?dataPublicacaoDj=5&incidente=4747946&codCapitulo=2&numMateria=26&codMateria=4>>. Acesso em: 26 de jul. 2017.

CANÁRIO, Pedro. Para PGR, delegados de polícia não podem fazer acordos de delação premiada. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-29/pgr-delegados-nao-podem-acordos-delacao-premiada>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **Introdução à Teoria dos Jogos no Direito**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2012.

ESTADOS UNIDOS. Federal rules of criminal procedure. Washington: US. Government Printing Office, 2010. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Criminal%20procedure.pdf>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRO, Ana Luiza Almeida, GAZZOLA, Gustavo dos Reis e PEREIRA, Flávio Cardoso. **Criminalidade organizada – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013** - Curitiba: Juruá, 2014.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FONSECA, C. B. G. *et. al.* **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 02 de agosto de 2017.

GOMES, Luiz Flavio. Coordenador e autor responsável. **Lei de drogas comentada**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

ITÁLIA. **Constituzione della Repubblica Italiana. Roma: Assembleia Costituente**, 1947. Disponível: <https://www.governo.it/Governo/Constituzione/ConstituzioneRepubblicaItaliana.pdf>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPODIVM, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 5. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

MOSSIN, Heráclito Antonio e MOSSIN, Júlio César O. G. **Delação premiada – Aspectos Jurídicos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo, JH Mizuno, 2016.

NUCCI, **Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Vol. 2**. 9ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. Empório do Direito, 2015.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SIGMAN, Shayna M. **An analysis of rule 11 plea bargaining options**. The University of Chicago Law Review, Chicago, v. 66, 1999.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações – investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TUCCI, **José Rogério Cruz e Direito processual civil europeu contemporâneo**. José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.