COLABORAÇÃO PREMIADA E A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

Evânio Moura*
Fábio Fraga**

> "*Ainda que agrade a traição, ao traidor tem-se aversão*". Miguel de Cervantes – Dom Quixote de La Mancha

RESUMO: O presente artigo procura definir a polêmica prova obtida mediante a utilização da delação premiada, promovendo uma análise de sua origem histórica, perpassando pelo debate de algumas questões éticas e pelo estudo de dispositivos constitucionais, penais e processuais penais diretamente ligados ao tema, finalizando com a discussão acerca dos aspectos processuais da aplicação do instituto da Colaboração Premiada, previsto na Lei nº 12.850/2013.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração Premiada. Justiça Criminal Negocial.

1 CONCEITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA E ORIGEM HISTÓRICA

O instituto da Colaboração Premiada é a nova roupagem dada à Delação Premiada, que por sua vez tem origem etimológica do latim, advindo de *delatio,* que significa o ato ou efeito de delatar; acusação secreta; denúncia; divulgação de algo ignorado ou secreto; mostra, revelação.

Por sua vez o acréscimo da expressão "premiada" tem como origem a palavra prêmio, que tem dentre suas variações recompensa, lucro, vantagem. Em suma, cuida-se de um benefício legal concedido ao réu que

* Doutorando em Direito Penal pela PUC/SP. Mestre em Processo Penal pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UFS. Professor de Processo Penal da Pós-Graduação da UNIT/SE, Ciclo e Escola Judicial de Sergipe (Ejuse). Professor de Processo Penal da Fanese. Advogado. Procurador do Estado de Sergipe.

** Pós-Graduado em Direito Penal, Processual Penal e Direito Eleitoral. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogado militante há 10 anos. Professor de Direito Penal da Fanese desde 2011. Atua com Direito Penal, Processual e Eleitoral.

aceita colaborar com a investigação e acusação, confessando os delitos praticados e promovendo a identificação dos demais corréus.

Conclui-se pela própria interpretação semântica e gramatical da expressão Delação Premiada que se trata de uma acusação que traz como consequência alguma gratificação para quem a fez.

Na seara jurídica, sua acepção não diverge muito, pois com exceção de algumas ressalvas, quer dizer exatamente isso, um indivíduo, envolvido em uma associação criminosa, que delata seus parceiros e o esquema criminoso em troca de privilégios para si ou mesmo para pessoas que lhes são próximas.

A delação desenvolve-se juntamente com a história da humanidade, pois está envolvida nela desde seus primórdios, como exemplo disso pode ser destacado o primeiro e mais famoso delator do mundo cristão ocidental na pessoa de Judas Iscariotes, que segundo os escritos bíblicos delatou Jesus Cristo ao exército romano, sabendo que o mesmo seria crucificado[1].

E não é só. Diversos os momentos históricos em que pessoas foram delatadas por seus comparsas, em troca dos mais variáveis benefícios recebidos por aqueles que delataram. Mafiosos, ativistas, militares, figuras bíblicas, antiguidade clássica, Idade Média ou modernidade, a delação passeou por todos eles, e continua causando rebuliços ainda nos dias atuais.

Ao se debruçar sobre a evolução histórica da delação premiada, Pedro Henrique Carneiro da Fonseca assevera que:

> A delação premiada não é instituto novo na história da Justiça. Desde os primórdios bíblicos, passando pela Antiguidade Clássica (Roma/Grécia), pela Idade Média, pelos movimentos industriais até a modernidade, é possível identificar a delação em troca de uma vantagem qualquer. Na história do Brasil, nota-se a delação em conflitos políticos como a Conjuração Mineira de 1789, em que alguém teve a maliciosa ideia de se livrar de problemas financeiros delatando colegas e, consequentemente, condenando-os à forca. Foi assim que o Coronel Joaquim Silvério dos Reis obteve o perdão de uma dívida. Quase no mesmo momento histórico da denúncia de Joaquim, dois outros sujeitos também denunciaram o movimento ao Governador Luiz

> Antônio Furtado de Mendonça. A consequência da denúncia foi o esquartejamento de Joaquim José da Silva Xavier em Vila Rica. Na Conjuração Baiana, de 1798, o soldado Luiz das Virgens foi delatado por um capitão de milícias e, também, a consequência da denúncia foi a morte em troca de favores e em prol de interesses. Na ditadura militar, principalmente depois do Ato Institucional n° 5, era constante a delação de figuras importantes da política brasileira, bem como de artistas, sempre com a intenção de se evitar uma prisão ou até mesmo a tortura. A sistemática da delação premiada, nos tempos atuais, tem origem na legislação estrangeira, como a inglesa, a norte-americana e a italiana.[2]

Nesse contexto, impõe-se destacar que nos Estados Unidos da América surge o instituto do *Plea Bargaining,* que por sua vez tem origem no sistema da C*ommon Law,* consistindo em uma negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado. Em referida transação (acordo) normalmente o acusado apresenta importantes informações e em contrapartida o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente.

Já na Itália, o instituto da Delação Premiada, cognominada de *Pentitismo*, começou a ter maior incidência em meados da década de 1970, na busca de conter os crimes de extorsão mediante sequestro e o terrorismo, entretanto, ganhou maior destaque no combate à máfia, sendo ainda um dos pilares da famosa *"Operazione Mani Pulite*" – Operação Mãos Limpas, que foi desencadeada na década de 1990.

Teve grande êxito no país, o que incentivou a criação de várias legislações a fim de sistematizar o tema. Ainda segundo Pedro Henrique Carneiro da Fonseca:

> No direito italiano, o instituto da delação premiada foi incentivado nos anos 70 na luta contra o terrorismo e a extorsão mediante sequestro. Obteve força nos anos 80 com uma atuação maior no combate à máfia. Denominado pentitismo, ela ensejou uma inflação de arrependidos buscando

> benefícios legais. Na Itália existe diferença quanto ao significado de pentito, dissociado e colaborador da Justiça. Pentito deu origem ao pentitismo, que, por sua vez, foi criado pela imprensa com referência ao sujeito que confessava e informava as autoridades detalhes dos crimes conexos com o terrorismo, bem como apontava outros agentes criminosos. O dissociado, da mesma forma, tinha relação com o terrorismo, no entanto, era definido na legislação e não na imprensa, além de se exigir do delator uma ruptura com a ideologia política que motivava o seu comportamento criminoso. Por fim, a figura do colaborador da Justiça é uma evolução dos modelos anteriores abarcando aqueles que genericamente colaboravam com a Justiça apresentando informações úteis durante as investigações, independentemente de serem coautores, partícipes, testemunhas ou qualquer outra pessoa. Foi sucesso na Itália e gerou inúmeras leis sistematizando o tema[3].

Na mesma linha de raciocínio, pode-se citar a jurisprudência britânica, onde já foram proferidas diversas decisões judiciais no sentido de admitir relatos de um dos acusados contra seus cúmplices em troca de sua impunidade após a delação. Sendo utilizada também como forma de oposição ao terrorismo norte-irlandês e a criminalidade econômica, dentre outros.

Constata-se, portanto, que mencionado instituto se protraiu pelo tempo, nas mais diferentes civilizações e sistemas judiciais, sendo de grande relevância nos mais importantes momentos históricos, seja na história mundial, como na Revolução Francesa, no Stalinismo, no "*macartismo*"[4], ou na história do Brasil, como na Inconfidência Mineira, Conjuração Baiana, Ditadura Militar e hodiernamente, na Operação Lava Jato.

2 HISTÓRIA DA DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

A delação ou colaboração premiada é um instituto que vem sendo cada vez mais utilizado pela justiça criminal brasileira.

Pode-se registrar sua introdução no nosso ordenamento jurídico com o advento das Ordenações Filipinas que vigorou até o surgimento do Código Criminal do Império de 1830.

Colhe-se do Livro V das Ordenações Filipinas duas passagens onde se verifica o embrião da delação premiada, inclusive com previsão de perdão ao réu colaborador, quais sejam: "*Do crime de lesa-majestade*" e "*como se perdoará os malfeitores que derem outros à prisão*" [5].

É possível notar a incidência desse instituto em outros momentos marcantes da história nacional, vigorando por influência do Tribunal do Santo Ofício e da Inquisição Portuguesa[6]. Ela esteve presente no Brasil Colônia, existindo vários julgamentos denominados "Autos de Fé", merecendo destaque os processos abertos por apostasia contra os cristãos-novos que viviam no Brasil, podendo-se afirmar que desde 1645 o Estado negocia com delatores[7].

Também merece destaque o incentivo à delação durante a Inconfidência Mineira, um dos conflitos políticos de maior importância no país, estando presente nos fatos que resultaram na morte do líder da Joaquim José da Silva Xavier, o alferes Tiradentes, hoje protomártir do Brasil.

Graças à colaboração de Joaquim Silvério dos Reis, depois alçado ao posto de Coronel, foi possível prender os principais líderes, denominados inconfidentes, sendo que Silvério dos Reis "*denunciou o levante e contou em detalhes todos os seus planos*" [8].

Durante a Conjuração Baiana, o soldado Luiz das Virgens viu-se delatado em troca de favores por um dos capitães de milícia, sendo ao final assassinado.

Não se pode deixar de destacar o período que compreendeu a Ditadura Militar, notadamente após o Ato Institucional nº 05, momento em que a delação esteve em evidência sendo que figuras importantes, de militantes, políticos a artistas, eram delatados por aqueles que temiam ser presos ou até mesmo torturados[9].

A história da Delação Premiada é uma história de horrores.

A sistemática atualmente utilizada no país, entretanto, e como visto, tem origem na legislação estrangeira, de países como Itália, Inglaterra e Estados Unidos, conforme destacado.

Fazendo um traçado histórico recente do advento da delação premiada no nosso ordenamento jurídico, situando-a como "*instituto de natureza penal, posto que se constitui em fator de diminuição da reprimenda penal*

ou do perdão judicial, causa extintiva da punibilidade"[10]. A Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) introduziu o § 4º no art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), prevendo causa de diminuição da pena de 1/3 a 2/3 na hipótese de concurso de agentes, havendo a delação as autoridades por um coautor, facilitando a libertação da vítima.

Posteriormente, a Lei nº 9.034/95 que tratava das organizações criminosas, também previa que os crimes praticados por organização criminosa, poderiam ter a pena reduzida de 1/3 a 2/3 quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento das infrações penais e de sua autoria.

A Lei nº 9.080/95 alterou o art. 25, § 2º da Lei nº 7.492/86 (define os crimes contra o sistema financeiro nacional) para estabelecer a possibilidade de redução de pena no patamar de 1/3 a 2/3 para o coautor que colaborasse com as autoridades, praticando delação. O mesmo diploma inseriu o parágrafo único no art. 16 da Lei nº 8.137/90, estabelecendo que nos crimes contra a ordem tributária cometidos em quadrilha ou coautoria, aquele que revelar em confissão espontânea toda a trama delituosa será beneficiado com a redução da pena (1/3 a 2/3).

A Lei nº 9.807/99 (lei de proteção às testemunhas) passa a ampliar os efeitos da delação ou colaboração premiada, permitindo, inclusive, o perdão judicial (art. 13, Lei nº 9.807/99), merecendo registro que referido diploma legal "*não está voltado a nenhum fato punível de maneira especial*"[11], aplicando-se a todos os delitos.

A Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) em seu art. 41 estabelece a possibilidade de diminuição da pena em favor do acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime.

Em 2012, a Lei nº 12.683 deu nova redação a Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro e ativos) estabelecendo a possibilidade de redução da pena de um a dois terços, bem como, o seu cumprimento a despeito do *quantum*, em regime aberto ou semiaberto, possibilitando ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipes colaborar espontaneamente com as autoridades.

Por fim, tem-se o advento da Lei nº 12.850/2013 que expressamente revoga a Lei nº 9.034/95, remanescendo vigentes os demais diplomas que cuidam da colaboração ou delação premiada e da redução da pena ou perdão judicial.

Acerca de incidência da Lei nº 12.850/13, assim se posiciona a doutrina:

> Na nossa ótica, com este diploma legal define organização criminosa e disciplina integralmente esse instituto, parece-nos legítimo sustentar que a Lei n. 12.850/2013 revogou a delação ou colaboração premiada para todas as outras hipóteses em que as infrações penais não tenham sido praticadas por organização criminosa.
> Pelas mesmas razões, em circunstâncias em que esteja presente uma organização criminosa, mas o crime praticado seja um daqueles constantes nas demais legislações, do conflito resultará possível a aplicação da Lei n. 12.850/13, que claramente é mais benéfica porque oferece as possibilidades do perdão judicial, da redução da pena de um a dois terços e a substituição da privação da liberdade por restrição de direitos[12].

Esse o atual estágio da legislação versando sobre a delação premiada no Brasil, tendo surgido no início da década de 1990 e estando aperfeiçoada e regrada (inclusive com previsão da parte procedimental, do momento processual para ser apresentada, autoridades que podem cuidar da negociação, momento da homologação, hipóteses de revogação, tipificação da falsa delação, etc.) na Lei nº 12.850/13, sendo referido diploma, dentre os anteriores citados o mais benéfico para o réu arrependido.

3 *OPERAZIONE MANI PULITE* E OPERAÇÃO LAVA JATO

No início da década de 1990 fora deflagrada, na Itália, a cognominada "*Operazione Mani Pulite*" ou "Operação Mãos Limpas" e teve como mote o combate à corrupção, e que tinha se alastrado vertiginosamente por suas principais cidades, em especial em Milão, sendo que a mesma, à época, passou a ser conhecida como "*Tangentopoli*" ou "*Bribesville*" - cidade da propina, tendo em alça de mira que todos os contratos públicos estavam eivados de atos ilícitos, sendo a maioria das obras superfaturadas, desaguando numa aguda crise política e econômica.

Sérgio Fernando Moro, em artigo doutrinário sobre o tema, assevera

que referida operação "*constitui um momento extraordinário na história contemporânea do judiciário*"[13], considerando que em dois anos, mais de 2900 mandados de prisão foram expedidos, sendo 1978 foram contra administradores locais, 872 foram contra empresários, 438 contra parlamentares, sendo 4 desses contra primeiros-ministros.

Toda a trama passou a ser desbaratada empós a prisão de Mario Chiesa, diretor de uma instituição filantrópica em Milão. Ademais, após ter sido preso, Chiesa passou a delatar diversas autoridades italianas, destacando-se Betino Craxi (líder do Partido Comunista Italiano), trazendo à baila diversos delitos praticados em desfavor da Pública Administração.

Para tanto, efetuava-se a prisão preventiva do candidato à delação premiada, disseminando-se boatos sobres correntes de delações que estavam sendo feitas por debaixo do tapete nos gabinetes dos magistrados. Todo esse cenário incutia na mente dos envolvidos não só o ímpeto de confessar seus delitos afim de alguns privilégios, como também a delatar seus comparsas, para melhorar ainda mais sua condição.

Atribui-se o sucesso da operação mãos limpas ao uso crescente da delação premiada, contando o Estado com a colaboração dos réus arrependidos.

Descrevendo esse fenômeno e o combate ao crime organizado na Itália, notadamente a *famiglia* mafiosa denominada *Cosa Nostra*, tem-se como oportuno citar as impressões do juiz Giovanni Falcone, principal protagonista da *Operazione Manu Polite*.

Em livro depoimento, afirma o magistrado que foi morto vítima de um atentado em razão de sua atuação profissional:

> (...) Nessa Sicília, nessa Cosa Nostra das regras inapeláveis e formalismo intransigente, nasceram os arrependidos. Nas salas dos palácios da justiça circulava um lugar-comum tranquilizador: '*o mafioso não fala nunca, do contrário seria um louco ou um homem morto*'. Corretíssimo numa situação de normalidade, digamos. Não em plena guerra da máfia. Não em plena ofensiva do Estado.
> Por trás do lugar-comum do mafioso que não fala, escondem-se outras coisas: fatalismo, falta de confiança, recusa de ir adiante. Não é por acaso que assim que um *homem de honra* expressa desejo

> de colaborar seja batizado de forma por também reveladora: *arrependido, delator, desprezível*, fazendo o jogo da *Cosa Nostra*, mostrando a cultura do pecado que existe em nós, e a falta de pragmatismo que nos angustia.
> O *arrependido,* diferentemente do clássico informante anônimo, do colaborador da polícia utilizado nas investigações e deixando à sombra, expõe diferentes e novas questões para a magistratura e para a opinião pública. Ele acusa a si próprio no momento em que acusa outros e pede proteção[14].

Desta feita, as autoridades de persecução, com as delações colhidas no maxi-processo, passaram a seguir o mesmo *modus operandi,* valendo-se da barganha, ou mesmo da técnica consistente no Dilema do Prisioneiro (jogo muito famoso que representa bem o dilema entre cooperar e trair, promovendo-se uma análise entre as vantagens e desvantagens de referidas posturas).

A seu turno, Operação Lava Jato iniciada em 17 de março de 2014 no Brasil, após o cumprimento de buscas e apreensões e prisões temporárias autorizadas pela Justiça Federal, apresenta a mesma finalidade que a *Mani Pulite* teve na Itália, combate e tentando estagnar a crescente curva de corrupção no país, que o levou a atual crise política, econômica e social.

Mas além de um contexto político e social semelhante, passou a justiça brasileira a permitir o uso das técnicas de investigação de forma bastante similar – para não dizer idênticas – as da operação italiana, pois, como na Itália, o método utilizado para se chegar a raiz do problema também fora, como já citado acima, a cultura do medo e a barganha que, por via de regra, tem como desdobramento a delação.

Atualmente na 34ª Fase, a Operação Lava Jato já conta com mais de 80 (oitenta) delatores, sendo que vários arrependidos colaboradores, além de apresentarem informações precisas sobre o esquema de desvio de dinheiro público da Petrobrás S/A, batizado pela mídia de "*petrolão*", também passaram a promover o ressarcimento ao erário.

Enaltecendo os métodos da Lava Jato, principalmente as negociações de delação premiada, colhe-se de livro-reportagem escrito sobre o assunto, a seguinte passagem, *verbis*:

> Esses acordos de colaboração foram fechados pelos investigados e pelos procuradores da força-tarefa da Lava Jato. Depois seriam submetidos ao juiz Sérgio Moro. Exímios negociadores, os procuradores eram especialistas em delação premiada. Alguns deles ajudaram a criar essa possibilidade de colaboração. A delação, apesar de prevista em lei desde 1990, só foi regulamentada em 2013 pela nova lei do crime organizado. Era um novo instrumento de combate ao crime que estava dando muitos resultados. Os procuradores pediam, além de informações e provas, que os investigados se comprometessem a fazer uma coisa poucas vezes vista no país: devolver o dinheiro roubado. E conseguiram. Mas não foi fácil[15].

Estima-se que bilhões tenham sido desviados dos cofres da Petrobras S/A, a maior estatal do país, sem contar, ainda, com a enorme expressão política e econômica daqueles envolvidos no esquema de corrupção, destacando-se dentre os investigados parlamentares federais (senadores e deputados federais), ex-ministros de Estado, empresários de elevado poder aquisitivo e o ex-Presidente da República.

Entrementes, não se pode perder de vista a desenfreada utilização de prisões pré-processuais ao bel-prazer, como forma de induzir "colaborações" premiadas, sem que se observe os requisitos mínimos para a aplicação dessa ferramenta processual penal, mantendo o suspeito preso temporariamente ou preventivamente até que o mesmo seja convencido a colaborar com as investigações.

Outro ponto de interseção entre as duas operações é o largo uso da impressa. Na operação italiana, a imprensa tinha um papel crucial em incentivar novas delações, uma vez que a publicidade dada as investigações deixava de sobreaviso os próprios investigados, pois os alertavam da quantidade crescente de informações obtidas pelos magistrados, além de serem vazadas algumas informações sigilosas, que mantinham a atenção e o apoio popular presos ao desenvolvimento da operação.

De forma não muito diferente, porém um pouco menos discreta, a impressa brasileira também vem sendo utilizada de forma a trazer o apoio da população as ações tomadas pelo Judiciário, alertando os investigados acerca dos passos adotados pela investigação, sendo que a todo momento

divulga-se ao grande público informações que teriam um caráter sigiloso, acordos inteiros de delação premiada são veiculados na imprensa, inclusive na internet, chegando-se ao ápice do vazamento, no jornal televisivo de maior audiência no país, de uma conversa telefônica travada entre a então chefe de governo do Estado, a presidente da República Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula[16], em um total desrespeito a previsão constitucional do foro por prerrogativa de função, agasalhado no art. 102, I, *"b"* da Constituição Federal.

A partir do cenário posto, faz-se necessário avaliar em que ponto a eficácia investigativa pode se sobrepor aos princípios e regras trazidos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal ou até mesmo se esta é uma premissa válida no direito brasileiro.

É bem verdade que a Operação *Mani Pulite* tenha sido, mesmo com todos os pontos controvertidos, eficaz naquilo que se propôs, entrementes, não se pode transportá-la *ipsis litteris* para o Brasil, notadamente em razão das diferenças atinentes ao ordenamento jurídico de cada país, de modo que institutos como a Delação Premiada devem respeitar regras caras do Estado Democrático de Direito.

Em matéria de processo penal, sob o tosco argumento da busca da verdade real os fins nunca justificam os meios, sendo imperioso respeitar as garantias constitucionais do acusado ou investigado.

O Direito Processual Penal e o Direito Constitucional pátrio não são uma arena de vale-tudo, mas sim o palco democrático onde os direitos e garantias individuais têm especial valor e devem ser respeitados, sob pena de malferimento a preceitos consagrados pela ordem jurídica.

4 DELAÇÃO PREMIADA E A TEORIA DOS JOGOS

Concebida pelo matemático John Nash, Prêmio Nobel de Economia em 1994 e imortalizado na cinebiografia *"uma mente brilhante"*, a teoria dos jogos implica na utilização racional de mecanismos em que restem diversas opções aos contendores, viabilizando a utilização de uma estratégia que busque a negociação e a análise dos riscos.

É perfeitamente possível aplicar a teoria dos jogos no processo penal, podendo-se afirmar que para que o jogo processual transcorra com regularidade, devem as regras serem rigorosamente observadas, buscar-se um tratamento isonômico das partes e principalmente, que os

contendores conheçam com profundidade as regras do jogo.

Colhe-se da doutrina a seguinte passagem:

> A metáfora da teoria dos jogos como instrumento de compreensão do processo penal parte da pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo, até porque a valoração do desempenho é feita do lugar do órgão julgador. O comportamento dos jogadores pode influenciar significativamente o resultado do processo[17].

No dizer de Calamandrei, apenas conhecer as regras do jogo de xadrez não transforma ninguém em um grande enxadrista, entretanto, um grande enxadrista é também quem conhece as regras do jogo.

Além disso, como em qualquer jogo, também no processo criminal devem os contendores (autor e réu) dentro dos limites lícitos lançarem mão de estratégias e táticas, sempre buscando um resultado favorável.

Nesse sentido, pode-se demonstrar a utilização da teoria dos jogos no processo penal brasileiro, sempre que possível o *plea bargaining*.

A primeira hipótese seria com a incidência dos institutos despenalizadores contidos na Lei nº 9.099/95 (transação penal – art. 76 e suspensão condicional do processo – art. 89).

Competirá ao suposto autor do fato ou denunciado, em ambas as possibilidades, acompanhado de sua defesa técnica, traçar a melhor estratégia, aceitando ou não a proposta formulada pelo representante do Ministério Público.

Com efeito, acaso ausentes provas mínimas ou existentes apenas indícios frágeis, provavelmente não se apresenta como interessante para o demandado vir a aceitar a proposta de transação penal ou o *sursis* processual. Entrementes, acaso existente prova robusta em desfavor do suposto autor do fato ou denunciado, evidente que se apresenta como recomendável que o réu venha a aceitar as medidas despenalizadoras, evitando, com isso, o advento de uma decisão condenatória acompanhada dos efeitos deletérios da condenação criminal.

Também na delação premiada regulamentada pela Lei nº 12.850/13

pode-se afirmar ser possível incidir a teoria dos jogos.

Evidentemente que somente os acusados que efetivamente praticaram condutas delituosas é que devem vir a aceitar referida proposta do órgão de acusação, evitando o risco de colaborar com o feito, delatarem e mesmo assim serem absolvidos, pois "*os réus que eventualmente colaborarem no feito, podem, ao final, ser absolvidos ou ter extinta sua punibilidade, gerando a perda do objeto do acordo homologado*"[18], notadamente porque os efeitos do acordo de colaboração premiada somente são aplicados na sentença de mérito do processo.

Portanto, deve o acusado, antes de firmar qualquer acordo de colaboração premiada, juntamente com o seu defensor, ponderar todas as jogadas e desdobramentos processuais possíveis.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS PENAIS DA JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL (*PLEA BARGAINING*)

Não bastassem as ressalvas de cunho subjetivo ao instituto da Delação Premiada, impõe-se que sejam feitas algumas observações acerca de aspectos Processuais e Materiais que estão imbricados no que concerne à Justiça Criminal Negocial.

Primeiro ponto a ser abordado diz respeito à delegação de superpoderes ao Judiciário na medida em que se permite o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, consistente no perdão judicial, de forma indistinta (art. 4º, § 2º, Lei nº 12.850/13), quando o Código Penal, ao revés, traz rol de hipóteses previamente estabelecidas.

Não se pode perder de vista que o instituto sob análise é aplicável quando presente a figura da organização criminosa, assim definida como 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 (art. 1º, § 1º, Lei nº 12.850/13).

Noutro diapasão, inaplicável a Colaboração Premiada, *verbi gratia,* ao réu que confessa a prática criminosa, auxiliando na elucidação do delito de furto qualificado, engendrado em concurso de pessoas, o que demonstra inquestionável violação ao princípio da proporcionalidade.

Segundo ponto a ser debatido diz respeito à aplicação dos princípios processuais da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada (art. 129, I, da Constituição Federal).

Não se advoga aqui a aplicação cogente destes princípios, sob pena de se engessar a atuação do Órgão Ministerial, além de violar sua independência funcional, porquanto o mesmo seria obrigado a oferecer denúncia, em qualquer situação, bem como, estaria proibido de desistir da *persecutio criminis* já deflagrada.

Evidentemente que ao se deparar com a presença de causas extintivas da punibilidade, causas de justificação, ausência de justa causa, falta de tipicidade material etc, estará o *parquet* desobrigado de instaurar a ação penal, o que não violaria os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

Entrementes, a situação trazida na Lei nº 12.850/2013 transborda, e muito, das hipóteses já conhecidas, na medida em que confere ao Ministério Público a possibilidade de deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa, ou mesmo, se for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo (art. 4º, § 4º).

Neste ponto, confere-se ao Órgão Ministerial, também, superpoderes, dando-lhe a 'Espada de Dâmocles', decidindo o *parquet* quem deve, ou não, ser denunciado, ainda que presentes as condições da ação, como forma de retribuir a 'generosidade' do réu colaborador. Quem fiscalizará o fiscal? Quem fará jus a esse benefício? Não se olvide esta situação não se aplica aos crimes comuns, como o estelionato, por exemplo.

Terceira situação que merece atenção, diz respeito à exigência de o réu colaborador, sendo que na Argentina, a delação premiada é traduzida pela figura do "*arrependido*", segundo o Código Penal daquele país, deverá renunciar, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade (art. 4º, § 14, Lei nº 12.850/13), indo de encontro ao constitucional princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Quarto ponto a ser destacado se refere à aplicação de regime prisional menos severo do que aquele previsto para a pena aplicada (art. 33, § 2º, do Código Penal).

Para que tenha real dimensão desta situação, impende destacar que um dos delatores na Operação Lava Jato, em agosto do ano passado

próximo, foi condenado a 16 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão porque, segundo o magistrado que preside a ação penal, por ter intermediado contato do ex-diretor da Petrobras com um grupo coreano. Segundo o termo de colaboração, homologado no Supremo Tribunal Federal, o delator cumprirá sua pena em regime prisional semiaberto, ainda que não preenchidos os requisitos objetivos trazidos no Código Penal.

Pelo que se verifica a execução torna-se *a la carte,* ou seja, mesmo que o sentenciado seja condenado a penas superiores a oito anos de reclusão, poder-se-á ser aplicada regime prisional semiaberto, aberto, ou mesmo prisão domiciliar, deixando ao talante do atores jurídicos de plantão a sua definição.

As ofensas a princípios de envergadura constitucional, penal e processual penal vêm causando preocupação tendo como mote a barganha na Justiça Criminal Negocial.

A tendência de expansão do instituto da Colaboração Premiada é evidente, notadamente em razão dos contornos que vêm sendo trazidos pela Operação Lava Jato, sofrendo influência dos modelos norte-americano da *plea bargaining*; o italiano do *patteggiamento*; e o prático-forense alemão (cuja implantação evidenciou o conflito do *law in action* com o *law in books*).

Quanto à aplicação da justiça negocial, cita-se o entendimento de professores que afirmam, *verbatim:*

> A *negotiation* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limitasse a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.
>
> O pacto no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos

> caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao "acordo" vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.
> Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao "negócio"[19].

A inversão de valores chega a ser ofensiva, na medida em que se dá ao delator a aura de arrependido e colaborador, como se o mesmo perdesse a marca, o ferrão de criminoso.

Ademais, as autoridades judiciais e parte da população veem com simpatia, ou mesmo aplaudem a utilização da inquisitorial prisão cautelar como mecanismo de coação na celebração do acordo de colaboração premiada.

Perdeu-se qualquer pudor. O próprio Ministério Público Federal passa a conceber uma nova hipótese de argumentação para a prisão *ante tempus*, afirmando que o ergástulo provisório serve para se arrancar, a fórceps, a delação premiada[20]. A prisão, que sempre deverá ser uma exceção, passou a ser a regra, descuidando da observância de requisitos constitucionais.

Referida situação não deixou de ser criticada pela moderna doutrina processual que ao se debruçar sobre a análise de referidos pareceres afirma, *litteris*:

> Estarrecidos, lemos a entrevista e os pareceres do Procurador da República, Manoel Pastana, nos autos da Operação "Lava Jato". Sem nenhum constrangimento, arvora-se em legislador e estipula uma nova hipótese de fundamentação da segregação cautelar: a prisão preventiva que serve para a delação premiada. Ou seja, a prisão não é exceção, a prisão não tem requisitos constitucionais. Não. A prisão, agora, é para o acusado "abrir o bico". (...) Eis que, agora, aparece outro tipo de violência: a violência simbólica que, a reboque da constrição da liberdade, torna-se um "meio de obtenção de prova". Prende-se para que ocorra a delação. Pressão

> indevida. Violência psicológica. Tudo em nome da "moralização", isto é, se o Direito apresenta muitas garantias e "dificulta" o papel e a função das autoridades (polícia e MP), então ele deve ser corrigido "moralmente", com a aclamação de parcela significativa da população.
> Utilizar a prisão como forma de pressionar os acusados para que façam a delação é transformar o Direito Penal em responsabilidade objetiva. Prende-se o acusado para que, depois, este se defenda contando tudo o que a autoridade deveria descobrir por ela mesma. E por que por ela mesma? Pela simples razão de que, no Estado Democrático, o réu não precisa provar nada. Não há inversão do ônus da prova. Simples assim. Quem deve provar é a acusação. Tal função compete ao Ministério Público[21].

Referida situação tem chamado a atenção, inclusive, de integrantes do Supremo Tribunal Federal, destacando-se as declarações do Ministro Marco Aurélio Melo, que diz:

> "(...) *Nunca vimos um número tão grande de delações. Não é aceitável que se mantenha o cidadão preso temporariamente por tanto tempo para que ele faça uma delação. Alguma coisa errada está havendo*".
> Sendo categórico em afirmar que: "*Não compreendo alguém ser enviado ao xilindró e mantido lá até haver delação premiada, algo errado está havendo. Não estou pressupondo que haja invencionice dos delatores, ou melhor dos colaboradores do Judiciário, o que não compreendo é que se prenda, invertendo o princípio constitucional, que se prenda para fragilizar o ser humano e ele vir a delatar. Sob minha ótica científica, isso está acontecendo*".
> Lembrou, ainda, que a delação premiada deve ser espontânea[22].

Portanto, pode-se afirmar que uma quantidade significativa das prisões realizadas no âmbito destas grandes operações, especialmente na Lava

Jato, tem sido concretizadas com o propósito de que o acusado venha a realizar acordos de delações premiadas.

Eis uma nova modalidade de prisão existente, criada pela práxis forense de forma tosca, em situação que se afasta completamente do processo acusatório, volvendo a utilização de regras vigentes em um sistema inquisitorial.

À toda evidência tem-se utilizado da prisão processual para que o acusado venha a "*abrir o bico*", celebrando acordos de delação premiada.

Eis situação absolutamente irregular e que deve ser combatida.

Sem se adentrar em questões antropológicas, o que renderia um artigo sobre o tema, tem-se como importante citar o entendimento do ministro aposentado da Suprema Corte Argentina, destacando que quem resolve colaborar com a Justiça em troca de benefícios como redução de pena é, sem meias palavras, um psicopata, porque "*não respeita sequer as regras da ética mafiosa para negociar a sua impunidade*"[23].

Eventuais avanços da Lei nº 12.850/13 e o combate à corrupção e as demais mazelas que assolam nosso país, não podem servir como discurso para legitimar o arbítrio e o retorno a um processo penal de regras voláteis, flexíveis e que não respeitem as garantias processuais do acusado.

Nesse sentido merece ser combatido o instituto da Colaboração Premiada, nos moldes apresentados e aplicados, devendo-se o respeito às regras do jogo.

Repise-se: criticar a delação premiada, notadamente quando sua participação é fruto de uma coação do Estado e não em razão da espontaneidade, não se trata do discurso da impunidade, como poderia esbravejar algum incauto de plantão, senão o respeito às regras do jogo, principalmente das garantias agasalhadas no texto constitucional.

O jogo, onde se detecta o *doping,* como se sabe, deve ser anulado, e não referendado.

6 CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo do presente estudo, pode-se afirmar que a colaboração ou delação premiada tem seu desenvolvimento na Idade Média, sendo utilizada frequentemente nos processos inquisitórios conduzidos pela Igreja.

A delação ou colaboração sempre esteve ligado ao ato de trair, a

ausência de pudor, coragem e honra. Por outro lado, a delação é defendida como meio de prova necessária para combater a criminalidade organizada.

Ao se promover uma análise histórica da delação premiada, no mundo e no Brasil, descobre-se sua íntima ligação com a inquisição, com o arbítrio e com a supressão de garantias constitucionais.

Promoveu-se, ainda, um breve estudo da delação premiada ou colaboração premiada no Brasil, iniciando-se com sua configuração nas Ordenações Filipinas (Livro V), passando pela legislação editada a contar da década de 90 do século passado, até a edição da Lei nº 12.850/13.

O instituto da colaboração premiada como nova roupagem dada à delação, conta com avanços em razão do advento da Lei nº 12.850/13, principalmente por estarem regradas etapas processuais. Entrementes, o abuso na utilização de referido instituto, principalmente com a banalização das prisões cautelares para obter confissões/delações, tem implicado na configuração de um processo penal inquisitorial, apartado das regras do *due process of law*.

Buscou-se realizar um paralelo entre a "*Operazione Manu Polite*" na Itália, deflagrada no início dos anos 90, ensejando a abertura de um maxi-processo ao encargo do Juiz Geovanni Falcone, sendo a *delatio* a principal prova utilizada, demonstrando como a máfia italiana (*cosa nostra*, principalmente) estava entranhada na administração pública da Itália, sendo descoberto o envolvimento de empresários, agentes públicos e políticos em verdadeiro esquema criminoso.

Fez-se um comparativo com a Operação Lava Jato, ainda em curso em nosso país, que desde o ano de 2014 investiga e já conseguiu desvendar um enorme esquema de corrupção envolvendo a estatal Petrobras S/A, sendo apurado um desvio de vários bilhões de referida empresa pública, passando a existir no âmbito de referida operação diversas delações premiadas, consistindo no principal meio de prova utilizado pela acusação, aplicando-se largamente os dispositivos contidos na Lei nº 12.850/13.

Promove-se uma análise da teoria dos jogos em cotejo com a delação premiada, fazendo uma análise do instituto do *plea bargaining*, restando evidente que a delação premiada somente deve ser aceita quando espontânea, voluntária e obtida sem nenhum tipo de coação.

Faz-se uma severa crítica a experiência brasileira atual, notadamente as diversas prisões processuais decretadas no âmbito da Operação Lava

Jato com o propósito de coagir o corréu a buscar um acordo de delação premiada, afigurando-se referida prática como algo reprovável e que se afasta completamente de um processo penal acusatório.

Quando da análise dos aspectos materiais e processuais da delação premiada busca-se não olvidar da estrita observância de todas as garantias constitucionais, fazendo-se um cotejo entre os preceitos contidos na Lei nº 12.850/13 e os preceitos agasalhados na Constituição Federal de 1988.

Por fim, apresenta-se uma crítica ao abuso das delações premiadas e ao uso corriqueiro da prisão cautelar como forma de coagir ou compelir o acusado a firmar acordos de colaboração, não respeitando referida situação as regras do jogo processual e o querer da Constituição Federal.

PLEA BARGAINING AND NEGOTIATING THE CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACT: This article to define the controversial evidence obtained through the use of plea bargaining, promoting an analysis of its historical origin, passing by discussion of some ethical issues and the study of constitutional provisions, criminal and directly linked criminal procedure to the topic, ending with the discussion on the application of the institute do plea bargaining, law nº 12.850/13.

KEYWORDS: Colaboração Premiada. Justiça Criminal Negocial.

Notas

1 Judas Iscariotes foi um dos 12 apóstolos de Jesus Cristo. Segundo o Evangelho, Judas foi otraidor que vendeu Jesus aos soldados romanos. Depois da última ceia, Jesus foi orar comos apóstolos no jardim de Getsêmani, onde Judas, em troca de trinta moedas de prata, identificou-o para os soldados, beijando-o e chamando-o de mestre (Bíblia Sagrada – Mt, 14-16; 47-51).

2 FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. A delação premiada. *De Jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n.10, p. 247-266, jan./jun., 2008.

3 FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. Ob., cit., p. 249.

4 Expressão derivada do nome do Senador norte-americano Joseph MacCarthy que instituiu no Congresso Americano na segunda metade do século passado uma verdadeira *"caça às bruxas"*buscando identificar comunistas no pós-segunda guerra que viviam nos EUA, sendo muitos os colaboradores que apontaram possíveis comunistas trabalhando no cinema, nas artes, na literatura, no jornalismo, etc.

5 Ordenações Filipinas. Livro V. Organização: Sílvia Hunold Lara. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 69 e p. 381.

6 "*Era costume no Santo Ofício solicitar que os acusados delatassem pessoas das quais soubessem ter culpas pertencentes ao tribunal. Os cristãos-novos que judaizavam em Amsterdã, por exemplo, quando processados pela Inquisição, eram instados a elaborar listas exaustivas incluindo todos os portugueses moradores da cidade que tinham apostasiado, passando a frequentar a sinagoga e a praticar ritos de judeus. Não raro havia sessões especiais somente para a coleta dessas informações, deixando-se,* pro tempore*, o exame da culpa do próprio réu*". VAINFAS, Ronaldo*Traição – um jesuíta a serviço do Brasil holandês processado pela inquisição.* São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 266.

7 Ob., cit., p. 269.

8 DORIA, Pedro. 1789: a história de Tiradentes e dos contrabandistas, assassinos e poetas que lutaram pela independência do Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014, p. 215.

9 Dentre os delatores existentes na ditadura militar instaurada em 1964, com destaque para àqueles que transitavam entre os movimentos que combatiam à ditatura e os órgãos de repressão, pode-se afirmar que o Cabo Anselmo "*foi o mais famosos dos infiltrados*", passando da condição de militante da VPR – Vanguarda Popular Revolucionária, para a de informante do Exército, entregando seus antigos aliados de luta armada contra o regime militar. GASPARI, Elio. *A ditatura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 349.

10 MOSSIN, Heráclito Antonio. MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação Premiada – Aspectos Jurídicos.* Leme: Mizuno, 2016, p. 29.

11 MOSSIN, Heráclito Antonio. MOSSIN, Júlio César O. G. Ob., cit., p. 46.

12 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 121-122.

13 MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a operação mani pulite.* Brasília: Revista CEJ, nº 26, jul/set 2004, p. 57.

14 FALCONE, Giovanni. *Coisas da Cosa Nostra. A máfia vista por seu pior inimigo.* Tradução: Luís de Paula. Rio de Janeiro: Rocco, 2012, pp. 75-76.

15 NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o Juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil* Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016, p. 81.

16 "(...) O Juiz Sérgio Moro suspendeu os diálogos gravados pela escuta legal decretada por ele nos telefones de Lula, de sua esposa, Marisa Letícia, de seu filho Fábio Luís, do Instituto Lula e da LILS Palestras. (...) Em uma conversa, que ocorrera naquele mesmo dia, aparecia a presidente Dilma Roussef falando com o ex-presidente Lula. Ela também tinha sido gravada". NETTO, Vladimir. Ob., cit., p. 356.

17 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.* 2ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014, p. 23.

18 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Ob., cit., p. 133.

19 LOPES JÚNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato. Acesso em 17.09.2016.

20 Habeas Corpus nº 5029050-46.2014.404.000 – TRF-4ª Região. Colhe-se do parecer emitido pelo Procurador Regional da República Manoel Pastana a seguinte passagem: "(...) *mas também na possibilidade de a segregação influenciá-los na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos*".

21 TRINDADE, André Karan. STRECK, Lênio Luiz. *"O passarinho para cantar precisa estar preso". Viva a inquisição!.* Consultado em 17.09.2016. http://www.conjur.com.br/2014-nov-29 diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao.

22 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. "*Augusto Nunes, para que processo então?*" http://www migalhas.com.br/dePeso/16,MI237206,41046-Augusto+Nunes+para+que+processo+entao Acesso em 17.09.16.

23 Consultado no dia 27.05.2016 em http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/entrevista-raul zaffaroni-jurista-ministro-aposentado-argentino.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013.* São Paulo: Saraiva, 2014.

DORIA, Pedro. *1789*: a história de Tiradentes e dos contrabandistas, assassinos e poetas que lutaram pela independência do Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

FALCONE, Giovanni. *Coisas da Cosa Nostra. A máfia vista por seu pior inimigo.* Tradução: Luís de Paula. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. *A delação premiada*. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n.10, jan./jun., 2008.

GASPARI, Elio. *A ditatura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. ROSA, Alexandre Moraes da. *Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato*. http://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato. Acesso em 17.09.2016.

MORO, Sérgio Fernando. *Considerações sobre a operação mani pulite.* Brasília: Revista CEJ, nº 26, jul/set 2004.

MOSSIN, Heráclito Antonio. MOSSIN, Júlio César O. G. *Delação Premiada – Aspectos Jurídicos.* Leme: Mizuno, 2016.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o Juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil.* Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.* 2. ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014.

TRINDADE, André Karan. STRECK, Lênio Luiz. *"O passarinho para cantar precisa estar preso". Viva a inquisição!.* Consultado em 17.09.2016. http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao. Acesso em 17.09.2016

VAINFAS, Ronaldo. *Traição – um jesuíta a servido do Brasil holandês processado pela inquisição.* São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. "*Augusto Nunes, para que processo então?*" http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI237206,41046-Augusto+Nunes+para+que+processo+entao. Acesso em 17.09.16.