

**COLABORAÇÃO PREMIADA: A APLICAÇÃO ESTRATÉGICA DA
COLABORAÇÃO PREMIADA E A IMPORTÂNCIA DESSE INSTRUMENTO
DE OBTENÇÃO DE PROVA PARA O ENFRENTAMENTO DA
MACROCRIMINALIDADE**

Lorena Bezerra Ribeiro¹

Lincoln J. Rufino²

RESUMO

A técnica da delação premiada vem recebendo destaque no cenário atual tendo em vista que a sua utilização se tornou amplamente conhecida devido ao processo de investigação da Operação Lava-Jato, considerado este o maior escândalo de corrupção que o Brasil já viu. O presente estudo busca exatamente realizar uma análise quanto ao tema, à luz do Código de Processo Penal Brasileiro e sua Legislação Esparsa, que será discutida no decorrer desse estudo. Apesar de que a colaboração premiada ainda não possua autonomia própria, esta vem conquistando o seu espaço à medida que a ciência criminológica se aperfeiçoa e os seus agentes tornam-se mais refinados na execução de seus crimes. Busca-se, dentro de uma exploração geral e utilitarista do instituto, a utilização da colaboração premiada para o enfrentamento e repressão do crime organizado, verificando suas lacunas, divergências doutrinárias, aplicação, extensão de seu âmbito de incidência e a eficácia deste mecanismo.

Palavras-chave: Delação Premiada. Operação Lava-Jato. Crime Organizado. Divergências Doutrinárias. Eficácia.

ABSTRACT

The award-winning technique has gained prominence in the current scenario, since its use became widely known due to Lava-Jato Operation investigation process, which is considered to be the largest corruption scandal in Brazil. The present study seeks to accurately perform an analysis on the subject, in light of the Brazilian Criminal Procedure Code and its Sparse Legislation, which will be discussed in the course of this study. Although the award-winning collaboration does not yet have its own autonomy, it has been gaining ground as criminological science improves and its agents have become more refined in the execution of their crimes. It seeks, within a general and utilitarian exploitation of the institute, the use of

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: lorenaribeiro@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: linrufino@yahoo.com.br

the prize-winning collaboration to confront and repress organized crime, verifying its gaps, doctrinal divergences, application, extension of its scope of incidence and the effectiveness of this mechanism.

Keywords: Plea Bargain. Lava-Jato Operation. Organized Crime. Doctrinal Divergences. Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de crise política e de desequilíbrio econômico-financeiro, ligar a TV e deparar-se com reportagens que exibem com clareza o processo de obtenção de provas por meio de acordo realizado entre o Estado e ao sujeito que pretenda fornecer informações pertinentes à elucidação do fato delituoso em questão, tornou-se prática rotineira. Essa técnica de obtenção de provas e de investigação começou a tornar-se notoriamente pública após o escândalo que levou à instauração da Operação Lava-Jato onde, nesse esquema, procura-se exterminar a maior organização criminosa de corrupção já descoberta no Brasil que envolve uma série de rede de postos de combustíveis e lava jato de veículos que serviam para movimentar dinheiro ilícito. Até hoje, com diversos procedimentos instaurados e buscas e apreensões já realizadas, inclusive com conduções coercitivas e prisões preventivas e temporárias já efetivadas, pode-se afirmar que o vasto esquema de corrupção na Petrobras ainda é imprevisível quanto ao seu fim.

Com efeito, ao tempo que esse instrumento vem à tona ganhando cada vez mais espaço, é importante analisá-lo de forma equiparada quanto à evolução da ciência criminológica. É inegável que os crimes praticados no século XXI possuem evolução exacerbada das práticas ilícitas dos séculos anteriores, visto que, a criminologia, como toda ciência, acompanha o homem em todo o seu processo de evolução, sendo fortemente influenciada pelo meio ao qual o ser humano está inserido que, consequentemente, desenvolver-se-á ligações com diversas áreas de conhecimento que procurarão analisar e explorar o seu objeto. Deste modo, assim como o crime vem se aperfeiçoando e se tornando cada vez mais sofisticado, as técnicas de obtenção de prova também acompanham tal linha de forma que as fronteiras foram ultrapassadas sem que necessariamente todo o prosseguimento do devido processo legal seja seguido realmente à risca. Tais divisas foram superadas em prol da excessiva preocupação da sociedade como um todo em solucionar, com eficácia e

agilidade, os crimes de colarinho branco e o vasto esquema de corrupção que afronta e estremece o semblante do brasileiro enquanto telespectador.

Aprofundando as discussões anteriormente explicitadas, nota-se que os réus infratores procuram se organizar de forma ainda mais refinada para que o sucesso de sua ação seja constantemente alargado quanto ao ganho auferido – isto no âmbito da criminalidade econômica – na prática dos mais variados crimes. O surgimento desses grupos deu-se após a ascensão das máfias ítalo-americanas³ sob a forte influência do capitalismo e o fenômeno iminente da globalização⁴. Em consonância com a fixação em nossa vida cotidiana de determinados grupos considerados, por ora, de práticas refinadas, grupos estes que permeiam e instruem a prática de crimes de colarinho branco, isto é, crimes cometidos por um indivíduo, geralmente unidos em organizações criminosas, que pertencem ao alto *status* social do Estado, no exercício de suas atividades, conseguem apresentar ameaças à segurança da *sociedade de bem* para a sobrevivência da própria democracia.

Examinam-se, em sequência, como forma de combate ao aumento acelerado da criminalidade, formas de cessação, ainda que utópica ou, ainda assim, ao menos uma redução da prática de tais crimes em questão em combate direto contra seus agentes transgressores pertencentes a tais grupos criminosos. A busca por um mecanismo não somente moderno e eficiente é uma das maiores preocupações não somente do sistema jurisdicional, mas também da sociedade como um todo que visa estagnar a atuação desse modelo de criminalidade organizada e complexa. Sendo assim, neste contexto, o debate fixado neste estudo terá por objetivo analisar a importância das declarações prestadas pelo colaborador, em sede de colaboração premiada⁵ como forma de enfrentamento e combate à macrocriminalidade, ou seja, delitos que atingem simultaneamente números indeterminados de pessoas, conferindo-se a toda uma coletividade, independentemente do grupo social à qual pertence, por meio de um agente criminoso que está integrado ao grupo de pessoas de elevado *status* social. Desta última característica, tem-se, em destaque, o exemplo da corrupção como uma prática reiterada de seus membros que, por atingir concomitantemente a diversos grupos de

³ Famílias da Máfia Americana organizadas por grupos de imigrantes italianos em busca de oportunidades, dinheiro e poder no final do século XIX. Gangsteres e bandidos solitários se juntaram e se associaram e com o passar do tempo foram ficando cada vez mais organizados e mais fortes.

⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 4.

⁵ A questão da terminologia gera divergências doutrinárias, ora apontando-se os termos “delação” e “colaboração premiada” como sinônimos, ora indicando haver divergências. No entanto, para os fins propostos no artigo, os termos serão empregados de forma indiscriminada.

indivíduos, acaba que estes não percebem e não notam o que acontece ao seu redor para que haja o despertar de sua repulsa social. E, quando notam, considera-se tarde demais. Os agentes criminosos, por sua vez, continuam por praticar técnicas corruptivas porque se sabe que, em tese, a impunidade é mínima e gradativa e, não havendo controle incisivo por parte da burocracia estatal ao combate de tais crimes, a prática torna-se comumente rotineira, com o intuito destes de cada vez mais se beneficiarem burlando os procedimentos e exigências legais que deveriam reprimir tais ações de corrupção.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Para que seja dado o pontapé inicial da discussão do tema em realce, faz-se necessário que seja realizado um breve estudo cronológico do instituto da delação premiada. Ressalta-se, inicialmente, tendo em vista que posteriormente a matéria será analisada desde os primórdios até então, que o instituto em destaque está amparado na própria legislação vigente em forma de Legislação Complementar, mais precisamente na Lei n.º 12.850/2013, que regula e contempla expressamente o debate em tela quando dispõe acerca das hipóteses em que se poderá aplicar a colaboração premiada como meio de investigação e de obtenção de prova. Nesse contexto, considerado como um meio hábil e célere para os doutrinadores, visto que, devido à inovação e aperfeiçoamento dos crimes praticados por seus agentes, o Estado procurará também alcançar tais delitos que são considerados de difícil investigação por meio do instituto da delação premiada. Todavia, como a prova é um vocábulo com múltiplos significados, a depender de sua função e, para que tal instrumento de auxílio para a persecução penal não seja confundido com outros mecanismos de investigação de prova, torna-se estritamente necessário conceituar-se a ferramenta da colaboração premiada, sendo visto a seguir.

2.1 DO CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A colaboração premiada é um instrumento que, ideologicamente, ampara-se ao protótipo de política criminal Lei e Ordem (*Law and Order*), motivada e inspirada pelo modelo norte-americano. Foi na década de 70 que os Estados Unidos ampliou tal doutrina,

tendo como principal propósito reprimir vigorosamente condutas delituosas por meio da pena, da prisão, da punição e a penalização de grande quantidade de condutas ilícitas. Adotando tais regras, o movimento Lei e Ordem separou a sociedade em dois grandes grupos: as pessoas de bem e os delinquentes, onde estes últimos sofreriam severamente com a aplicação da lei penal. Foi só então a partir da década de 90 que tal política foi inserida de forma amena no Brasil, sobretudo com o advento da Lei de Crimes Hediondos à vista da Lei n.º 8.072/1990, que surgiu para viabilizar e combater crimes considerados polêmicos e que despertasse grande repressão e clamor social, haja vista que foi nesse mesmo período que se instalou um surto de sequestros no Brasil. Em consequência de tais eventualidades, a sociedade se comportou de forma a clamar por leis mais severas como meio de combate e enfrentamento de tais crimes repugnantes. Como exemplo, dentre os crimes listados na Lei de Crimes Hediondos, pode-se arrolar o homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, estupro, corrupção de medicamentos etc., assim como, nesta mesma ordem, crimes considerados equiparados a hediondos, entre eles o tráfico de entorpecentes, a tortura e o terrorismo. Todos estes recebem punições mais rigorosas devido à ideia de repressão à criminalidade de forma implacável e com o total apoio da sociedade.

Cumprir afirmar, portanto, que tal instituto não é novo. Sua aplicação se rastreia, mais uma vez, pela influência de um ordenamento norte-americano denominado *plea bargaining*⁶, isto é, acordo contratual proferido entre a acusação e o réu por meio de troca de informações que esclareçam o crime como forma de permuta de *favores* na aplicação de concessões benéficas ao acusado. Ora, nada mais seria que uma espécie de justiça colaborativa. Contudo, cabe ressaltar que apesar dos méritos conquistados por meio de tal instituto, pequena parte da doutrina americana desaprova esta negociação, haja vista que, ao aceitar o acordo, o réu abriria mão de certas prerrogativas fundamentais, como por exemplo, o direito de não se autoincriminar. Em contrapartida, a Suprema Corte dos EUA tem se posicionado de forma favorável à aplicação deste procedimento, desde que seja feito de forma espontânea, excluindo qualquer forma de coerção.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 127.483/PR, no qual foi reconhecida a constitucionalidade do instituto da delação premiada, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, fixou ao instituto a natureza de negócio jurídico processual, pactuado entre o

⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining – Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** São Paulo: Almedina, 2007, p. 123.

acusado e o Estado, por escrito, cuja validade estaria condicionada à homologação pela autoridade competente. Segundo tal entendimento, *in verbis*:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. (Habeas Corpus nº 127.483/ PR)

Ainda sob a discussão quanto à sua natureza jurídica, a doutrina admite que esta varie conforme sua aplicação em harmonia com o caso concreto. Sumariamente, a delação premiada se consagra por meio de um acordo entre o acusado e o Ministério Público por meio de fornecimento de informações ao *parquet*, como já fora explicado anteriormente. Em tese, quanto mais esclarecimentos forem dados, maior será o benefício a ele proporcionado. A concessão de tais benefícios está vinculada ao atendimento e preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos que, ao serem cumpridos, poderão ser concedidas ao delator a substituição, redução ou isenção de pena e, ou o cumprimento da pena menos gravoso ou o perdão judicial, com sustentação no art. 13 da Lei n.º 9.807/1999. No mesmo entendimento, a delação premiada também possui um viés processual penal, visto que tais delações não serão consideradas como prova absoluta contra aquele que está sendo delatado, de forma que a utilização desse instrumento será instruída paralelamente demais provas que corroborem com as informações apresentadas pelo delator.

2.2 A COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DO DIREITO COMPARADO

A fim de se entender e alcançar como a colaboração premiada foi introduzida no Brasil, convém analisar os principais modelos que serviram de inspiração para fundamentar a nossa legislação à luz do Direito Comparado, especialmente o modelo de justiça penal negocial norte-americana e italiana. O estudo, ainda que superficial destes sistemas jurídicos, ajudarão a compreender a construção do nosso direito nacional e como o instituto da delação premiada se aperfeiçoou e se consagrou, tornando-se o que é hoje.

O *common law*, sistema pertencente ao modelo norte-americano, em comparação com o sistema romano-germânico, diferente deste, àquele procura caracterizar e sistematizar o seu direito de forma a acomodá-lo por meio da aplicação aos casos concretos. Ou seja, as normas jurídicas surgem de acordo com a solução dada pelo Poder Judiciário a um caso particular. No Brasil, o Ministério Público⁷, por sua vez, atua com absoluta discricionariedade nas atividades policiais e jurisdicionais, não se concebendo qualquer controle jurisdicional quanto ao tocante dos limites concedidos à promotoria. O Judiciário fica a mercê de práticas da promotoria, como por exemplo, quando estes decidem pelo arquivamento do processo, tornando-se cada vez mais evidente que quem dita os rumores da política criminal é a promotoria⁸.

Partindo agora para uma visão crítica acerca do *plea bargaining*, que presume a iniciativa da promotoria para que lhes seja deflagrado e concedido o procedimento negocial, pode-se afirmar que, por meio de estudos realizados para o desenvolvimento deste artigo, a declaração de culpa por parte do agente criminoso seria a forma mais branda, na mente do acusado, para uma penalidade mais leve. Ou seja, este prefere se declarar culpado, sob pressão da promotoria, para que não corra o risco de enfrentar um julgamento e ser apenado com mais rigor, em caso de condenação. Para ilustrar tal entendimento, conduz-se trazer ao debate um fato que ocorreu em meados de 1990, onde John Dixon foi denunciado por roubo e abuso sexual contra uma jovem de 21 anos, em Nova Jersey. Forçado pela promotoria, frente à ideia de que poderia ser condenado com uma pena mais severa, caso não se submetesse à barganha⁹, preferiu admitir a culpa. Mesmo com a declaração de culpa, John Dixon foi condenado a 45 anos de prisão. Ocorre que, 10 anos depois, por meio de exame de DNA, o mesmo sujeito foi considerado inocente.

Em contrapeso, na Itália, diferente dos EUA, o *parquet* somente inicia a ação penal quando notar que há o mínimo de lastro probatório para o ajuizamento da denúncia, ou seja,

⁷ Nos EUA, não se fala na existência de um Ministério Público, tal qual conhecemos no Brasil e em outros países. A promotoria norte-americana é composta por escritórios de advocacia – não há funcionários de carreira –, e a escolha do Procurador-Geral é eminentemente política, inclusive através de eleição.

⁸ MUSSO, Rosanna Gambini. **Os processos criminais nos EUA**. Tradução de Marcos Paulo D. Santos. Itália: Giappichelli, 2001, pp. 32-35.

⁹ A barganha é utilizada como um eufemismo para o instituto da delação premiada, tendo em vista que o que acontece, na realidade, nada mais seria que uma troca de favores penais entre o réu colaborador e o Estado. A utilização dessa expressão remete à Idade Média, onde os servos, nas relações feudais, obtinham o direito de cultivar as terras de uma nobre família em troca de proteção econômica e militar.

este proferirá um juízo de legalidade que, sendo preenchidos os requisitos e havendo uma pretensão punitiva, denuncia-se. Só então após esta fase que será possível aplicar as modalidades da justiça negocial que vigoram na Itália. Neste caso, a barganha discutida não se resume apenas à penalidade aplicada, mas também, ao rito a ser adotado no processo. Diferente do sistema norte-americano, aqui não se procurará preencher requisitos de caráter objetivo ou subjetivo. Destarte, o único requisito para a que o réu seja legitimado a propor tal negociação premiada é que este seja mentalmente saudável, de forma que sua escolha seja livre e consciente de sua vontade própria.

Após a fase anterior, examinadas as modalidades de escolha de procedimento por parte do réu, passa-se a analisar a pena a ser aplicada, denominada de *patteggiamento*, isto é, um instituto jurídico do direito processual penal acusatório italiano relativo à negociação das penas. O imputado autoriza que lhes 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 – art. 444, *comma* 1, do CPP. Cabe aqui salientar que, ao exigir o consenso do acusado, a sentença impositiva da pena pleiteada pelo réu torna-se insuscetível de apelo uma vez que, mediante a anuência deste, não havia interesse recursal.

3 DA PRÁTICA DA DELAÇÃO PREMIADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como já fora mencionado anteriormente, o instrumento da colaboração premiada é considerado uma técnica especial de investigação, isto é, um mecanismo diverso dos tradicionalmente conhecidos dos meios de obtenção de prova, como a prova documental ou oral. Contudo, tal instituto não foi introduzido em nosso ordenamento de forma previsível. O contexto no qual essa técnica surgiu no Brasil derivou de um surto de insegurança pública em meados da década de 90, sendo inspirado, para tal inserção, por ordenamentos estrangeiros, sobretudo do norte-americano e italiano. Com a criação da Lei dos Crimes Hediondos, o instituto foi ganhando forma e se dinamizando gradativamente. No entanto, apesar de sua evolução, se comparada às suas discussões preliminares por volta dos anos de 1990, a matéria ainda apresenta lacunas que conseqüentemente, acarretam incontáveis conflitos entre os seus

entendimentos no que tange às divergências doutrinárias que serão elencadas nos capítulos posteriores.

No panorama atual, o que se constata é que, devido à proporção desenfreada da aplicação do instituto na operação Lava-Jato e dos sucessivos acordos concebidos, o tema foi banalizado, trazendo à tona a discussão, entre amadores e leigos no assunto, a questão da impunidade perante aquele que prestou colaborações ao *parquet*. Além disso, atenta-se para o fato de que, por ser um instrumento especial de obtenção de prova, sua utilidade é emergente, não se tornando regra, preservando, dessa maneira, o seu caráter de aplicação excepcional a casos estritamente extraordinários. Conveniente abordar neste momento que tal instituto em análise aparece em leis esparsas. Além de estar elencada na Lei n.º 9.807/1999 que dispõe da vertente da proteção aos réus colaboradores em seus arts. 13, 14 e 15, o instituto também é destacado, apenas para fins de conhecimento, na Lei n.º 8.072/1990 a qual disserta sobre os crimes hediondos, à luz do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que determina outras providências a serem tomadas juntamente com o art. 8º, parágrafo único, da mesma Lei. Não obstante, o assunto também se encontra na Lei n.º 7.492/1986, em seu art. 25, § 2.º, quanto a crimes contra o sistema financeiro nacional; nos crimes contra a ordem econômica e tributária, em seu art. 16, parágrafo único, da Lei n.º 8.137/1990; crimes de lavagem de capitais, em seu art. 1.º, § 5.º, da Lei n.º 9.613/1998; na Lei n.º 11.343/2006, que dispõe acerca dos entorpecentes, em seu art. 41; inclusive no Código Penal, em seu art. 159, § 4.º, quando relata sobre o crime de extorsão mediante sequestro; e, em desfecho, na Lei n.º 12.850/2013, já mencionada nos capítulos anteriores, quando trata de disciplinar, de forma mais gradual e detalhada, tal instituto por meio dos crimes de organização criminosa, em seu art. 4.º da mesma Lei.

3.1 TÉCNICAS DE COLABORAÇÃO

Premiar o réu pela colaboração prestada, embora incomum nos termos dos procedimentos legais já conhecidos, rege muito de acordo com a personalidade individual do agente. A aplicação da pena será de caráter particular, analisando todas as circunstâncias

pessoais do colaborador, inclusive as de reincidência¹⁰. Convém, portanto, reconhecer de forma pragmática, que a colaboração premiada é extensa quanto à análise do seu instituto, dividindo-se, ademais, em outras quatro espécies, não se restringindo apenas ao que popularmente se conhece por *mera delatio*.

Tomando como base o art. 4.º, *caput*, da Lei n.º 12.850/2013, referencia-se as espécies¹¹ de colaborações existentes. Inicialmente, em seus incisos I e II, remonta-se a natureza da delação premiada *stricto sensu* quando corresponder na identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, assim como, de sua estrutura hierárquica e na divisão de tarefas. Em seguida, em seu inciso III, tem-se a *colaboração preventiva* quando, como o próprio nome já enuncia, a partir das informações prestadas, aplica-se a prevenção nas infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa. Posteriormente, ressalta-se a *colaboração para localização e recuperação de ativos*, elencada no inciso IV do mesmo artigo, quando ocorrer a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa. Por último e, não menos importante, disserta-se, no inciso V, a *colaboração para libertação*, isto é, quando o colaborador indicar a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Entretanto, apesar de que, aparentemente, essa divisão apresentar-se de forma solidificada e dirimida perante a doutrina, ainda muito se discute, entre os próprios autores, tais critérios de classificação apresentados anteriormente. Muitas críticas ainda são feitas não somente quanto a esta classificação, como também, à própria denominação correta do instituto, se colaboração premiada ou delação premiada. Em vista disso, diante da divergência existente entre os próprios doutrinadores, só constata a fixação de um embate travado entre a confiabilidade de aplicação do referido instituto quanto à sua suposta eficiência no sistema processual penal. Por ora, ao réu sempre foi permitido delatar os corréus como uma demonstração de autodefesa. A questão é que, hoje, por opção legislativa, a concessão de uma barganha perante aquele que fornecer informações, não retira, de modo algum, a sua essência. Sendo um meio legítimo e legal de autodefesa, retirar este mecanismo de obtenção de prova seria sim, inconstitucional.

¹⁰ HC n.º 93.815, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 04/04/2013, acórdão eletrônico DJe-083, divulg. em 03/05/2013, publ. em 06/05/2013, assentando-se, na ementa, que “...o aumento pela reincidência está de acordo com o princípio da individualização da pena. Maior reprovabilidade ao agente que reitera a prática delitiva...”

¹¹ SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas, Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/2013**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 53.

3.2 REQUISITOS PARA O ACOLHIMENTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Com a concepção dada no diploma legal da Lei n.º 9.807/1999 que aborda, em seu capítulo II, sobre a proteção aos réus colabores, pode-se considerar que foi por meio do art. 13 da mesma Lei que foram traçados os primeiros requisitos gerais para a prática da delação premiada. Antes da edição da mencionada lei, o instrumento da colaboração premiada era aplicável apenas aos tipos penais descritos nas leis especiais que previam tal instituto. Contudo, com a elaboração desta norma, a hipótese da delação foi fixada para que pudesse ser aplicada, por analogia, a todos os tipos penais, com base na posição majoritária que entende que a aplicação desse mecanismo tornou-se irrestrita, uma vez que tal norma não especificou, de forma expressa, para quais tipos de crimes estaria designada. Entretanto, não basta somente o acolhimento imediato da delação premiada. É necessário o preenchimento de determinados requisitos que serão listados a seguir.

Com base nas disposições do art. 13 da referida norma, a aplicação da delação premiada possui caráter de discricionariedade regrada, haja vista que a concessão dos bônus previstos no artigo, ao réu colaborador, ficará a critério do juiz quando, em seu *caput*, institui o termo *poderá*, em vez de *deverá*. Do mesmo modo, é indispensável que o réu seja primário na perspectiva da delação, e não de seus antecedentes. Urge ainda avaliar se o direito ao perdão judicial concedido é realmente aplicado ao caso, tendo em vista que tal procedimento é uma exceção, e não regra. Nota-se a evidência na própria lei que sua aplicação não será usada de forma desenfreada, assim como, não será qualquer informação dada que servirá para a obtenção de benefícios. Todas as informações prestadas deverão ser analisadas simultaneamente com o binômio necessidade e utilidade, da mesma maneira que, se as informações narradas já tiverem sido pronunciadas por outro investigado, de nada consubstanciará o seu efeito¹².

Não se ignora, sob o mesmo aspecto, a necessidade do inquérito policial. A barganha que for conferida ao delator deverá ser feita em juízo, tendo em vista que a concessão da benesse será concedida na fase da ação penal. Contudo, nada impede que o delator colabore durante a investigação. O art. 14 da lei em realce é bastante claro ao elencar a expressão

¹² MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação Premiada: uma realidade sem volta**. In: ESPÍNEIRA, Bruno e caldeira, Felipe. **Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Ed. D' Plácido, 2016, cit., p. 242.

indicado ou acusado, o que dá a entender que a colaboração premiada também é aplicável em casos que o indiciado venha, em um momento posterior, retratar-se em juízo, seja antes ou depois da homologação, analisando também, paralelamente, as consequências acarretadas. Sob este aspecto, o Supremo Tribunal Federal¹³ já se manifestou de acordo com o que foi mencionado. O que se pretende dar ênfase neste caso é que o benefício não será concedido antes dos resultados obtidos por meio dessa colaboração, é o que reporta o art. 13 da Lei n.º 9.807/1999. Além disso, ainda na lista dos requisitos, elenca-se a voluntariedade por parte do agente colaborador, o que não se confunde com a espontaneidade, visto que, a prática da delação espontânea só seria aplicada por aqueles que possuem conhecimento de tal instrumento e na possibilidade de utilizá-lo, surgindo de forma não provocada. Sob este entendimento, consente a cláusula 26 do Termo de Acordo de Colaboração Premiada do ex-diretor de Abastecimento da Petrobrás, Paulo Roberto Costa¹⁴:

Cláusula 26: Nos termos do art. 6º, inc. III, da Lei 12.850/2013, o colaborador e seu defensor declaram a aceitação ao presente acordo de livre e espontânea vontade - reconhecendo, inclusive, que a iniciativa do acordo foi do próprio acusado, quem procurou o Ministério Público por meio de sua advogada constituída a fim de colaborar com a Justiça - e, por estarem concordes, firmam as partes o presente acordo de colaboração premiada, em três vias, de igual teor e forma. (grifo nosso)

Voltando à discussão inicial quanto aos requisitos necessários para a utilização da delação premiada, muito ainda se discute as exigências elencadas no rol do art. 13 da Lei n.º 9.807/1999, se devendo analisá-las de forma cumulativa ou não. Diversos são os entendimentos contrários já remetidos sobre o tema, inclusive entre a 6ª Turma do STJ¹⁵ e a 2ª

¹³ Al nº 820.480-AgR/RJ, 1ª T, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 03/04/2012, votação unânime, merecendo destacar o seguinte trecho da emenda: “Delação premiada. Perdão Judicial. Embora não caracterizada objetivamente a delação premiada, até mesmo porque a reconhecidamente preciosa colaboração da 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 de pena do art. 14 da Lei nº 9.807/1999, sendo irrelevantes a hediondez do crime de tráfico de entorpecentes e a retratação da ré em Juízo, que em nada prejudicou os trabalhos investigatórios...” (grifo nosso)

¹⁴ Foi o primeiro a assinar um acordo de delação premiada dentro da Operação Lava Jato. É investigado pela Operação Lava Jato pelos crimes de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública, formação de organização criminosa e obstrução da investigação de organização criminosa.

¹⁵ RESP nº 1.109.485/DF, 6ª T, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 12/04/2012, DJ de 25/04/2012, votação unânime, merecendo citação do seguinte trecho do voto: “Quanto ao resultado buscado por meio do

Turma do STF¹⁶. Sob uma visão particular, se analisado os requisitos de forma cumulativa, a aplicação da delação premiada tornar-se-ia intimamente restrita, pois dificilmente seria possível conseguir a reunião dos três requisitos para a concessão da premiação, à luz do artigo citado.

3.3 DO PROCEDIMENTO

Após parte da omissão do legislador ter sido preenchida no tocante da publicação da Lei n.º 9.807/1999, no qual disciplinou as hipóteses e requisitos para a atribuição da delação premiada, voltando-se, sumariamente, à proteção do delator, ainda que pautada com brechas, foi a que mais se aproximou e que se preocupou, em inaugurar, a regulamentação de tal instituto. Contudo, foi só então com a Lei n.º 12.850/2013, que editou todo o procedimento que deverá ser seguido quando houver a utilização do mecanismo em discussão. Ressalta-se que, tal redação poderá ser adotada, por analogia, a todos os demais casos que a lei processual permitir.

referido instituto: ‘a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; a localização da vítima com a sua integridade física preservada; a recuperação total ou parcial do produto do crime’, tem-se que não há se falar em cumulatividade. Por fim, no que concerne à possibilidade de redução de pena, constata-se que as exigências são menos rígidas, não se exigindo primariedade nem a efetividade da colaboração, bastando que haja a colaboração voluntária. Ou seja, para redução da pena, “basta o acusado se dispor a colaborar”. (ob. cit). Constata-se, dessa forma, que o legislador, ao disciplinar a matéria na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, não direcionou o instituto da delação premiada a nenhum crime específico, não cabendo, portanto, ao intérprete restringir onde não o fez o legislador. De fato, deve se ter em mente que ‘o uso da Lei n.º 9.807/1999 fica para todos aqueles crimes que não configuram delitos tipificados nas leis específicas que já possuem o instituto da delação premiada’. (DA FONSECA, Pedro Henrique Carneiro. (ob. cit). Tem-se, assim, que a comentada Lei permitiu o alastramento da concessão do beneplácito para todo o direito pátrio, possibilitando o cabimento em toda e qualquer modalidade de crime”. (grifo nosso)

¹⁶ HC n.º 85.701/SP, 2ª T, j. em 10/02/2009, votação unânime, lendo-se na ementa: “Ação Penal, Condenação, Sentença condenatória. Crime de roubo consumado. Perdão judicial ou redução da pena. Benefícios denegados. Acerto. **Confissão do fato. Ato que, no entanto, não permitiu a localização da vítima com integridade física preservada.** Colaboração, ademais, não voluntária. Não atendimento aos requisitos cumulativos previstos nos arts. 13 e 14 da Lei n.º 9.807/1999. HC denegado. Além de ser voluntária a colaboração aí prevista, são cumulativos os requisitos constantes dos arts. 13 e 14 da Lei n.º 9.807/1999”. O Min. Cezar Peluso, no seu voto, chega a explicitar que é “inadmissível a concessão dos benefícios da Lei n.º 9.807/1999 aos condenados por roubo qualificado e cuja colaboração não tenha permitido a localização da vítima com a integridade física preservada, o que torna impossível a satisfação cumulativa dos requisitos previstos no art. 13 daquele diploma legal” – a imputação envolvia roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas (art. 157, § 2.º, I e II, do CP). (grifo nosso)

Como já fora mencionado em capítulos anteriores, a concessão do benefício parte da ideia da discricionariedade regrada, ou seja, partirá da premissa de que o bônus que poderá ser concedido, manifestará como sendo um direito público subjetivo do acusado. Significa dizer que, apesar do acordo ter sido realizado, sua recompensa não será certa, apesar de que, com a celebração deste, essa ideia possa vir a gerar expectativa ao ser potencializada.

A fim de conservar a imparcialidade do juiz, o art. 4º da mesma Lei, em seu § 6.º, afirma que o juiz permanecerá distante da formalização do acordo realizado entre o delegado de polícia, o investigado e o seu defensor, com a manifestação do Ministério Público. A participação do delegado de polícia é fundamental nesta fase, tendo em vista que ele utilizará de seus conhecimentos prévios para verificar se seria realmente necessário assentar um acordo de colaboração, contudo, cabe aqui ressaltar que a palavra final acerca de seu implemento ou não seria do próprio Ministério Público. Sendo assim, cumpre afirmar que, todos os órgãos – a polícia e o *parquet* – que buscam a repressão criminológica, atuam de forma integrada.

De forma resumida e aparente, a delação premiada se divide em três fases: a negociação – mencionada no parágrafo anterior –, a homologação que, por sua vez, é realizada pelo juiz com a finalidade de verificar sua regularidade, à luz dos requisitos dispostos no arts. 4º e 6º da mesma Lei, à qual, nesse sentido, afirma a Ministra Carmen Lúcia:

Como afirmado, na fase inicial de homologação do acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário se restringe à análise de sua formalidade e legalidade, ressaltando que eventuais inconsistências poderão ensejar, no momento da sentença, até mesmo na sua ineficácia. (Habeas Corpus nº 127.483/ PR).

Em última fase ocorrerá a apreciação do mérito por meio da sentença prolatada, com a concessão ou não do benefício, levando em consideração todas as premissas que seriam necessárias, seja por meio das circunstâncias pessoais do delator ou a efetividade de sua colaboração para o processo.

4 A CONFIABILIDADE DAS DECLARAÇÕES E O SEU VALOR PROBATÓRIO NO COMBATE DO CRIME ORGANIZADO

A colaboração premiada, sob uma visão utilitarista, enseja e difunde como uma possibilidade de combater e de alcançar os avanços dos crimes, de forma repressiva, tendo em vista que, por meio das ferramentas de investigações e de punições tradicionalmente conhecidas, torna-se praticamente inviável, apenas com o uso delas, o combate satisfatório da criminalidade. Rudolf von Ihering¹⁷, em seus primeiros estudos, já afirmava que em um dia não tão distante, as relações sociais se tornariam tão complexas que o Direito seria insuficiente para a proteção dos interesses da sociedade somente à base das penas, necessitando, portanto, premiar o indivíduo que contribuísse para a solução do crime cometido no plano do direito penal. Tal ideologia é exposta no seguinte trecho, *ipsis verbis*:

Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas, sobretudo, no interesse superior da coletividade¹⁸.

Sob essa ótica e perante uma versão moderna do instituto, a delação premiada ganhou ainda mais força diante da grave crise democrática a qual vivenciamos, sendo utilizada de forma emergencial devido à ineficiência da persecução penal no combate do crime organizado. Contudo, descabe potencializar o valor da colaboração, haja vista que as informações prestadas pelo réu colaborador consubstanciam espécie de confissão complexa, isto é, confissões feitas em relação a um fato por parte do réu, reconhecendo a prática de diversos atos delituosos. Portanto, a confissão, não sendo mais tratada como a rainha das

¹⁷ Rudolf von Ihering (1818-1892) é jurista alemão, doutor pela Universidade de Berlin e professor de sólida formação romanística, foi o pioneiro a garantir grandes contribuições para o Direito Privado, bem como para o Direito Público.

¹⁸ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 67 *apud* MESQUITA, Bruno Utsch. **A colaboração premiada no Direito Brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do Garantismo de Ferrajoli e do Garantismo Integral**. In: Revista do Ministério Público, Distrito Federal, n. 9, 2015, p. 488.

provas¹⁹, como se dá, por exemplo, nos Estados Unidos, deverá ser apreciada com as demais provas obtidas ao longo do processo, verificando, entre ambas, a sua compatibilidade.

É imperativo afirmar que o instituto premial, perante as declarações prestadas pelo réu, é a indicação de uma prova, não sua confirmação. É justamente nessa hipótese que a delação se ajusta perante as informações fornecidas pelo delator, sendo considerada apenas um esboço de uma possível comprovação do fato investigado. Tal ideia é indubitável à luz do art. 4.º, § 4.º da Lei 12.850/2013, à qual dispõe sobre tal mecanismo, assegurando que a delação isolada, separada de outras provas, não poderá servir para fundamentar eventual condenação.

Dessa forma, como a colaboração representa significativo *plus* ante a confissão, inexistente *bis in idem* em cumular a última, na qualidade de atenuante genérica, aplicável na segunda fase de aplicação da pena, com a delação, cuja premiação projeta-se em outra fase – a depender da hipótese, na terceira, enquanto causa de diminuição de pena ou quando da estipulação do regime prisional ou substituição da privação libertária por restrição de direitos. Os fundamentos são distintos, atenua-se a reprimenda, na segunda etapa, em virtude de o acusado ter admitido a autoria da infração reconhecendo sua responsabilidade penal; após, minora-se a sanção na terceira fase, implementa-se regime mais benéfico e/ou reprimenda substitutiva de prisão, em virtude da contribuição prestada à persecução acusatória²⁰. Na mesma ótica, o Superior Tribunal de Justiça já acumula precedentes nessa linha²¹.

Nota-se que, de um lado, enquanto a colaboração premiada é utilizada como um instrumento de produção probatória, noutra perspectiva, este mecanismo é utilizado em consonância com alguns princípios constitucionais orientadores do direito processual penal,

¹⁹ Antigamente, no âmbito do Sistema Inquisitório, quando o agente confessava a prática da infração, não haveria mais a necessidade de se recorrer a outros elementos probatórios, pois se o imputado confessou o crime, este deveria ser considerado culpado sob a justificativa de que ninguém melhor do que acusado pode saber se é ou não, efetivamente culpado. No processo medieval, a confissão gozava da licitude de torturar o suposto culpado a fim de arrancar-lhe a confissão. Por vezes, premido pela crueldade da tortura, inocentes confessavam sua pretensa culpa para se livrar do juízo divino.

²⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016, cit., pp. 87-89.

²¹ RESP nº 897.581/AM, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 02/06/2009, DJ de 29/06/2009, votação unânime; HC nº 84.609/SP, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 04/02/2010, Dje de 01/03/2010, extraindo-se da emenda que “1. A contrário do que afirma o acórdão ora vergastado, não há impossibilidade de aplicação simultânea da atenuante de confissão, na 2.ª fase de individualização da pena, com a da delação premiada, na 3.ª etapa, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/1999, de causa de diminuição de pena...” (grifo nosso)

como por exemplo, o princípio da presunção da inocência, ao afirmar que ninguém será culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória; o princípio da não-autoincriminação, quando reconhece que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; o princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do delito, marcado pela proporção entre o ato praticado e a respectiva sanção; o princípio da obrigatoriedade, reconhecendo a existência inescusável da ação penal, não podendo o Ministério Público desistir desta. À vista disso, necessita-se, por conseguinte, realizar uma cisão, ao atuar o instrumento como meio de prova, no que concerne às declarações do acusado em si, e como meio de formação de provas, no que diz respeito às evidências colhidas a partir da delação.

Diante da evolução criminológica e do aperfeiçoamento do crime organizado e delitos conexos, em determinados casos, não há testemunhas presenciais e as únicas pessoas que podem fornecer informações são os próprios envolvidos. Veja, por exemplo, o delito de corrupção e crimes correlatos, cujas características também apontam para uma grande dificuldade na obtenção de provas em geral²². Sabe-se que, na organização interna destes crimes, princípios norteadores são impostos com o propósito de agregar ao seu corpo de agentes apenas indivíduos confiáveis e que respeitem sua estruturação íntima para que, caso esteja diante de uma situação estarrecedora que possa culminar a intervenção do Estado-juiz na organização e na condenação do transgressor na participação de tal delito, não leve todo o bando criminoso junto consigo. Sobretudo, cabe ressaltar que, dentre tais preceitos, apenas para fins ilustrativos e exemplificativos do que fora dito anteriormente, impera-se a lei do silêncio, a cultura da supressão de prova e o segredo aos demais envolvidos.

Daí a preocupação do instrumento de colaboração premiada não se tornar banal tanto na sua aplicação, quanto nas oitivas prestadas pelo réu colaborador. É inegável que, maior parte da doutrina e para o próprio legislador, que ocorra uma desconfiança prévia e justificada quando o réu presta suas declarações. Não se exclui a possibilidade, em mente do colaborador, de prestar depoimento apenas sob conteúdo que pudesse diminuir sua responsabilidade na prática do delito. Contudo, cabe ao próprio agente estatal de utilizar a

²² Segundo a doutrina, as características do delito de corrupção são: ser um delito sem vítima determinada, em que o corruptor e o corrupto não têm interesse em denunciar – sendo, por isto, no mais das vezes, um delito “secreto” – e, por fim, delito que em geral não deixa vestígios. Nesta linha, LI, Rebecca B. L. **Investigative measures to effectively combat corruption**. Resourc material series, No. 92, p. 139 e ss. *apud* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, cit., pp. 232-233.

ideia de que o sujeito não é um terceiro equidistante, mas sim, de um sujeito verdadeiramente ativo que resolveu contribuir com o Estado a fim de receber o direito premial. Justamente em razão da concessão de benefícios, não descarta o risco de o colaborador incriminar falsamente terceiros com o objetivo de se beneficiar a qualquer custo²³, mesmo com o dever prévio de dizer a verdade, de ser contraditado e de ser confrontado diante de tais declarações. Posto isto, para que tais atos não possam prejudicar a real investigação do Estado, cabe ao magistrado analisar, sob um plano amplo, o valor do depoimento do colaborador, fazendo-se do uso da verossimilhança e plausibilidade do que fora declarado, por meio da análise coerente, fluída e espontânea do réu, concomitante ao princípio de apreciação de provas adotado pelo nosso sistema processual penal²⁴: o da persuasão racional ou livre convencimento motivado²⁵.

5 O MECANISMO DA DELAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

Em um artigo²⁶ produzido por Aury Lopes Jr.²⁷ e Alexandre Moraes da Rosa²⁸, disponibilizado publicamente na *internet* em meados de dezembro de 2016, após serem

²³ Parte da doutrina afirma ainda que haveria sempre o risco de a colaboração ser uma forma de vingança, em que o agente buscaria prejudicar determinadas pessoas com sua colaboração. Embora isto seja verdadeiro, não é um motivo específico do colaborador e pode existir, da mesma forma, nas testemunhas. Justamente por isto, não deve ser considerada razão específica do menor valor atribuído às palavras do colaborador.

²⁴ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. P. 209.

²⁵ “Art. 157, CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

²⁶ JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos aplicada ao processo penal: dica para quando você for recebido por um julgador**. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/backup/tag/teoria-dos-jogos-aplicada-ao-processo-penal/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁷ Autor de diversos artigos jurídicos e capítulos de livros, Aury Lopes Jr. é jurista gaúcho, graduado e especialista em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande, Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade Complutense de Madrid, membro da comissão instituída pelo Conselho Nacional de Justiça que visa estudar, analisar e emitir nota técnica sobre o Novo Código de Processo Penal Brasileiro, membro do Conselho Diretivo da Ibero-América da Revista de *Derecho Procesal (Madrid/España)*, vinculada ao Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Fonte: LATTES, Currículo Aury Lopes Jr. Disponível em <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4762158U3>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁸ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor pela Universidade Federal do Paraná, Pós-Doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e pela Universidade de Coimbra – Portugal, possui atuação intrínseca nas áreas de Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito

recebidos pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça e serem indagados por advogados, resgataram e descreveram o diálogo obtido entre os envolvidos, inserindo-o numa perspectiva da Teoria dos Jogos aplicada ao processo penal, informando como o indivíduo deveria proceder ao ser recebido por um julgador, por meio de dicas esdruxulamente elencadas numericamente, na visão do *fair play*. Este mecanismo nada mais seria que uma espécie de *jogo limpo*, analogicamente comparado a um jogo de futebol, quando as partes estão em igualdade de condições, isto é, a presença de um equilíbrio harmônico no contra-ataque entre a defesa e a acusação, sob uma ótica da paridade das armas. Dentre as *dicas* descritas ao longo do artigo, destaca-se a objetividade, pontualidade, clareza, honestidade e a possível inconveniência das falas por parte daquele que está sendo ouvido.

De um modo geral, a Teoria dos Jogos é uma espécie de estratégia desenvolvida por seus agentes racionais, a partir da existência de um conflito, nos quais estes escolherão a melhor tática para si. Em tese, estes agentes tomam decisões em momentos que seus ganhos potenciais dependem não apenas de suas atitudes, mas também das ações dos demais participantes envolvidos. Assim como em um jogo, trabalha-se por meio de conceitos e situações nas quais os indivíduos tomam suas decisões considerando as consequências das decisões alheias²⁹. À luz da Teoria dos Jogos, para que tal situação seja objeto deste mecanismo, necessita-se da interação dos agentes ao que concerne a sua colocação no lugar dos outros para analisar as perdas ou ganhos de cada combinação possível de ações.

Ora, para entender melhor, a Teoria dos Jogos consiste em entender que os ganhos de uma decisão dependem da combinação de muitas ações até alcançar o equilíbrio conhecido como Equilíbrio de Nash³⁰. O exemplo mais famoso de aplicação da Teoria dos Jogos e do Equilíbrio de Nash é o Dilema do Prisioneiro. Segundo este, dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. Por falta de provas suficientes, é oferecido para cada prisioneiro duas opções: confessar, entregando o companheiro, ou não confessar. Caso ambos confessem, tanto A quanto B recebem uma pena de 5 anos. Caso ambos fiquem em silêncio, cada um recebe uma

Constitucional e Direito e Psicanálise. Fonte: JusBrasil. Disponível em: <
<https://alexandredarosa.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁹ SIMONSEN, Mario Henrique. **Macroeconomia e teoria dos jogos**. Revista Brasileira de Economia, *et al* v. 43, n. 3, 1989. p. 315-371.

³⁰ O equilíbrio de Nash representa uma situação em que, em um jogo envolvido dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente. Assim, cada um deles escolhe a melhor estratégia para si, com base nas estratégias escolhidas pelos demais.

pena de 6 meses. Contudo, caso apenas um deles confesse, aquele que ficou calado recebe uma pena de 10 anos enquanto aquele que cooperou com a polícia sai livre³¹.

Numa situação ideal para o sucesso da obscuridade do crime, o ideal seria que nenhum dos dois confessasse, pois seria o menor tempo somado das penas. Contudo, o Equilíbrio de Nash não se comporta necessariamente dessa forma. No exemplo relatado no parágrafo anterior, ambos os indivíduos analisariam caso o seu adversário confessasse e, caso isso ocorra, àquele também deveria confessar, pois dessa forma, receberia uma pena de 5 anos no lugar de uma de 10 anos. Logo, ambos entendem que qualquer que seja a decisão do outro, é mais vantajoso confessar. Dessa forma é o Equilíbrio de Nash, diferente da visão relatada inicialmente, no qual mostrava que o ideal seria que nenhum dos dois confessasse.

Por sua vez, por encontrar respaldo nesta teoria, trazendo essa estratégia para o instrumento da delação premiada, caso A e B iniciem optando por não delatar, a melhor alternativa é que permaneçam dessa forma, pois assim permaneceriam presos por 6 meses. Todavia, no momento em que A decide delatar, torna-se interessante para B delatar também, e a pena para ambos passa a ser de 5 anos. Ou seja, os agentes se deparam, a todo momento, com diversas possibilidades de tomadas de decisões, claramente influenciadas pelos demais que decidam colaborar ou não com a persecução penal. Por esse motivo, os delatores não firmam um acordo visando o benefício mútuo entre os demais sujeitos, mas sim, sobre o que seria melhor para si com relação às possíveis obtenções de vantagens ofertadas pelo Estado, isto é, os acusados têm a opção de delatar o outro e receber vantagens do Estado ou pressupor que haverá silêncio dos demais agentes, decidindo por não delatar.

Um exemplo prático desse formato de jogo no ordenamento brasileiro, e inserido no âmbito das delações premiadas, materializa-se nos acordos firmados com Lucio Bolonha Funaro³² e José Carlos Batista³³ em uma ação criminal aberta como desdobramento do Mensalão³⁴. Nesse caso, segundo denúncias do Ministério Público Federal, ambos estavam

³¹ CARMONA, A.A; MOREIRA, B.B.C; NAVA, C.G; GROKE, L.M; MESQUITA, V.P.A. **Colaboração Premiada e Teoria dos Jogos**. Trabalho apresentado no curso de graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, sob coordenação do professor Tiago Bottino. Rio de Janeiro, 2017, p. 10.-11.

³² Doleiro envolvido no Mensalão e atualmente investigado na Operação Lava-Jato, sendo apontado como um dos operadores de propina ligado ao presidente afastado da Câmara, Eduardo Cunha.

³³ Suposto *laranja* de Lucio Bolonha Funaro. O uso deste termo refere-se àquele que “empresta” o nome para ocultar a origem ou o destinatário de dinheiro ilícito, especialmente em operações que investigam crimes de lavagem de dinheiro e corrupção.

³⁴ Escândalo que atingiu o governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2005, durante o primeiro mandato, que consistia em um esquema de pagamento de propina a parlamentares para que votasse a favor de

envolvidos em uma mesma estrutura criminosa voltada à ocultação, dissimulação e movimentação de recursos oriundos de crimes contra a administração pública entre 2002 e 2003. Ao se tornarem réus, ambos optaram por realizar o acordo de colaboração premiada e conseguiram assim, em 2013, perdão judicial. Vale ressaltar que outros nomes³⁵ envolvidos no mesmo caso e, que não fizeram esse tipo de acordo, receberam longas penas.

Sob uma visão do mecanismo da delação premiada à luz da Teoria dos Jogos e sua incidência no âmbito estatal, a modelagem da cooperação entre aquele que pretende fornecer informações e o Estado, quando ameaçada a sua liberdade individual, se preocupam em maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas³⁶. Não obstante, o conceito elencado no inciso II, § 4.º do art. 4.º da Lei 12.850/13, trazendo a ideia de “vantagem em ser o primeiro”, apesar de ser alvo de críticas na doutrina, mostra-se claramente a estratégia estatal no âmbito das delações premiadas, tendo em vista o conceito cascata que promove. Isto é, aquele que delata primeiro, instigará uma corrida ao último delator, pois este terá menos informações inéditas, precisando delatar mais que o primeiro para obter os mesmos benefícios daquele. Note, *ipsis verbis*, o que transcreve o artigo anteriormente citado:

Art. 4.º 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:

[...]

§ 4.º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.
(grifo nosso)

Portanto, resta evidente e cristalino que o instituto da delação premiada equiparado ao uso da Teoria dos Jogos no ramo do processo penal, é uma ferramenta significativa e

projetos do governo. O neologismo mensalão foi popularizado variante à palavra mensalidade, usada para se referir a uma mesada paga a deputados para votarem a favor de projetos de interesse do Poder Executivo.

³⁵ Dos 24 condenados, cita-se, como exemplo, o ex-deputado federal Costa Neto, julgado e condenado no escândalo do Mensalão a 7 anos e 10 meses de prisão; José Dirceu, ex-ministro da Casa Civil, condenado a 7 anos e 11 meses de prisão; Jose Genoino, ex-presidente do PT, condenado a 4 anos e 8 meses de prisão no regime semiaberto; Delúbio Soares, ex-tesoureiro do PT, condenado a 6 anos e 8 meses de prisão; João Paulo Cunha, ex-deputado federal, condenado a 6 anos e 4 meses de prisão.

³⁶ CARMONA, A.A; MOREIRA, B.B.C; NAVA, C.G; GROKE, L.M; MESQUITA, V.P.A, Ob. Cit., cit., p. 15.

eficiente para que seja analisado o comportamento dos agentes colaboradores, como forma de combate aos crimes de maior lesividade que, diante dos meios tradicionais de prova, se utilizados, possuem o mínimo sucesso na busca por sua solução. Desse modo, diante do cenário em que o Brasil se encontra, a estratégia de delação só tende a crescer à medida que possui cada vez mais agentes delatando. Ademais, reconhece-se que, tanto o Estado como o réu podem sair ganhando, desde que observado, com cautela, todo o procedimento ao caso concreto, uma vez que não se pode descartar a possibilidade da existência dos jogos de interesses, no que diz respeito ao fornecimento de informações que só venham a tardar a investigação ou o processo.

6 CONCLUSÃO

Fonte da Lei n.º 12.850/13, o mecanismo da delação premiada, como é popularmente conhecido, não é novo, haja vista que, desde os primórdios, já reconhecia a possibilidade do fornecimento de informações por aquele que é agente ativo do crime pautado em discussão e, de início, já se pode notar que o instituto sofreu modificações no decorrer do tempo, acompanhando a evolução prática de sua aplicação, que acabou por redundar na legislação vigente. Em tempos de abalo na estrutura político-social brasileira, o instituto que antes era restrito a casos esporádicos, ganhou notório destaque e relevância, passando a ser considerado um dos maiores instrumentos para o andamento da persecução penal.

À luz do princípio *nemo tenetur se detegere*, cuja tradução do latim para o português sintetiza-se na frase “ninguém é obrigado a se descobrir”, em tradução trazida pela doutrina e jurisprudência brasileira como o “direito de não produzir prova contra si mesmo”, tal prerrogativa incide diretamente ao instituto da delação premiada, haja vista que, como fora mencionado anteriormente no decorrer deste artigo, o acusado fornecerá informações pertinentes à elucidação do fato criminoso, mesmo que venha a se prejudicar. Portanto, sua aplicação é comprovadamente polêmica na utilização da colaboração premiada e sua tensão entre ambos os lados, doutrina e jurisprudência, sendo centro de debates e críticas.

Tais debates e críticas são aflorados tendo em vista que o mecanismo não possui tanto respaldo na legislação. A matéria em análise é escassa, não restando alternativa se não buscar soluções às lacunas existentes que melhor se adequem à Carta Magna vigente e os seus ditames constitucionais. Nota-se que tal instituto ganhou ainda mais destaque no cenário atual

por conta da falência no sistema penal e a sua carência quanto aos meios de produção de provas tradicionalmente conhecidos. Denota-se que, com o passar do tempo, diante do aperfeiçoamento das organizações criminosas não somente com relação à sua estrutura organizacional, mas aos seus crimes, a colaboração premiada atingiu um novo patamar como meio de prova, alcançando uma relevância até então jamais vista, frente a essa necessidade do sistema penal buscar soluções que alcancem, na prática, a satisfação da justiça.

É fato que há uma preocupação à aplicação do instituto, tendo em vista que, além da escassez de leis que permitam a real segurança jurídica de sua aplicação, há um cenário instável na esfera da segurança pública, permeado por direitos e garantias fundamentais, conforme o Democrático Estado de Direito, que são contestados à medida que a estratégia da colaboração vem sendo aplicada. Não obstante, a figura do delator, com relação ao seu comportamento e suas declarações, busca-se, a todo o momento, encontrar meios justificáveis à figura daquele, para que este seja socialmente aceito, desmistificando a ideia de *traidor*.

É preciso considerar que o instituto da delação premiada é extremamente útil, sob uma ótica utilitarista, especialmente para a investigação e elucidação de crimes de maior complexidade nos quais aqueles considerados como elementos de confiança, seria a chave de seu acobertamento, até o momento em que optem por entrar no *jogo das delações*. É evidente que os maiores triunfos ao enfrentamento da macrocriminalidade são alcançados por nossa Corte por meio da habilidosa atuação destes tipos de testemunhas. Diante disso, ressalta-se que pessoas da sociedade comum tenham certa predisposição a não confiar e frequentemente desprezar esses tipos de testemunhas, sob a ótica imaginária que estes, por si só, já deveriam ser responsabilizados por seus crimes, sem a necessidade do Estado fazer um acordo premial com estes criminosos.

O Estado tende a se preocupar em desmitificar a interpretação da concessão de uma mera benesse àquele que resolva colaborar, procurando sim, analisar toda a lógica existente por trás do instituto. Nessa medida, o Estado busca não apenas efetivar o seu exclusivo poder-dever de punir, mas também, dar uma resposta a toda a sociedade, ante o direito de proteção, assim como, entender e esclarecer como tais agentes se organizam para a efetivação de suas condutas criminosas no âmbito social. Nesse amplo cenário ameaçador dos direitos individuais e coletivos que possivelmente possam vir a ser lesados, torna-se necessário o uso de instrumentos excepcionalíssimos para satisfazer o dever estatal de proteção, ainda que tal técnica alternativa se traduza em um nível de mitigação de garantias individuais.

É nesta ótica, portanto, que o instituto da colaboração premiada surge, pois, ainda que não tenha autonomia, este vem conquistando cada vez mais o seu espaço, frente ao papel do Estado, de forma complementar, sempre buscando preencher as lacunas existentes quanto à sua aplicação e funcionalidade. Salienta-se, portanto, a necessidade de regulamentação desse mecanismo para que se estabeleçam regras claras para que se credibilize ainda mais esse meio de obtenção de prova.

O papel do colaborador para o enfrentamento da criminalidade organizada é muito importante, como já fora dito ao longo deste artigo por diversas vezes. Destaca-se que tal estrutura moderna do processo penal, ao ser aplicado o mecanismo da delação, volta-se na defesa de dois valores básicos, apesar de que, aparentemente, possam estar numa visão contraposta: acima de tudo, a garantia dos direitos do imputado e a sua consequente eficiência da persecução penal. Ora, estes dois valores devem caminhar lado a lado, necessariamente, para assegurar de maneira permanente um processo penal justo entre esses dois vetores quando permitir o enfrentamento do crime organizado e seus correlatos, atingindo uma resposta eficaz ao combate aos graves danos dos direitos fundamentais, individuais e transindividuais, cometidos por tais delitos.

É correto que a delação premiada não se deve banalizar enquanto meio de produção de prova. Tal instrumento não pode ser a regra, nem servir de modelo. Deverá recorrer-se a ele quando incapazes as ferramentas probatórias clássicas. Quanto à confiabilidade das declarações do colaborador, notório é o descrédito nas declarações prestadas e, embora a colaboração possa ser utilizada não somente pela oitiva do delator em juízo, haja vista que é passiva de colaboração a apresentação de documentos, contudo, o objeto da presente análise dissertada ao longo deste artigo são as declarações prestadas pelo colaborador.

Análogo ao descrédito das informações, ao analisar o depoimento do delator, vários fatores devem ser sondados, conjuntamente, na expectativa de não se deixar levar pelas palavras despejadas em juízo. Como motivos exemplificativos, temos o comportamento corpóreo do sujeito, assim como, a sua palavra quando tende a incriminar terceiros, ou seja, comportamentos particulares que comumente não são apresentados pelos demais que são beneficiados pelo instrumento, podendo evidenciar-se de diversas formas, desde a possível inimizade entre o colaborador e o cúmplice, trazendo à tona a desconfiança do seu testemunho, pois, como se sabe, “a sociedade criminosa não existe entre inimigos”.

Sublinha-se, deste modo, que o colaborador não narra os fatos por remorso, tendo em conta que o arrependimento interior do indivíduo não é um requisito para a colaboração. Este decide optar por colaborar devido a um mero critério utilitarista, isto é, para o sucesso do benefício processual ou material que lhes é oferecido pelo Estado, de maneira premial, tão benéfico que o colaborador analise melhor e veja que é mais vantajoso sair de sua posição defensiva, renunciando ao direito ao silêncio, para trabalhar conjuntamente com o Estado, contribuindo com sua tarefa investigatória.

Percebe-se o estudo explanando neste artigo dirimiu tal instrumento para a garantia do fim desejado, à luz do enfrentamento da macrocriminalidade, qual seja a efetiva tutela jurisdicional. Isto posto, devido à insegurança quanto à sua aplicação, torna-se necessário a regulamentação pela legislação para dizimar a instável ideia, assim como, a utilização deste instrumento de maneira cautelosa para que não seja banalizado e não ser mal compreendido.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining – Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** São Paulo: Almedina, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade Mecum Acadêmico de Direito Saraiva. 20 ed. São Paulo, 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013.** Dispõe sobre as organizações criminosas. Vade Mecum Acadêmico de Direito Saraiva. 20 ed. São Paulo, 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Penal. **Habeas Corpus. HC nº 85.701/PR**, Quarta Região, Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 10/02/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Penal. **Habeas Corpus. HC nº 84.609/SP**, Segunda Região, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 02/06/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Penal. **Habeas Corpus. HC nº 93.815/PR**, Quarta Região, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 04/04/2013.

BOTTINO, Thiago. **Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122, 2016.

CARMONA, A.A; MOREIRA, B.B.C; NAVA, C.G; GROKE, L.M; MESQUITA, V.P.A. **Colaboração Premiada e Teoria dos Jogos.** Trabalho apresentado no curso de graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, sob coordenação do professor Thiago Bottino. Rio de Janeiro, 2017.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ESSADO, Tiago Cintra. **Delação premiada e idoneidade probatória**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 101, 2013.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, *apud* MESQUITA, Bruno Utsch. **A colaboração premiada no Direito Brasileiro: uma análise de legitimidade à luz do Garantismo de Ferrajoli e do Garantismo Integral**. In: Revista do Ministério Público, Distrito Federal, n. 9, 2015.

JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos aplicada ao processo penal: dica para quando você for recebido por um julgador**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/backup/tag/teoria-dos-jogos-aplicada-ao-processo-penal/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

JUSBRASIL, Currículo Alexandre Moraes da Rosa. Disponível em: <<https://alexandredarosa.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LATTES, Currículo Aury Lopes Jr. Disponível em <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4762158U3>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LI, Rebecca B. L. **Investigative measures to effectively combat corruption**. Resourc material series, No. 92, p. 139 e ss. *apud* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Delação Premiada: uma realidade sem volta**. In: ESPÍNEIRA, Bruno e caldeira, Felipe. **Delação Premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello**. Belo Horizonte: Ed. D' Plácido, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, **Termo de Acordo de Colaboração Premiada**. Colaborador Paulo Roberto Costa. Procurador da República Deltan Martinazzo Dallagnol. Curitiba, 27 de agosto de 2014.

MUSSO, Rosanna Gambini. **Os processos criminais nos EUA**. Tradução de Marcos Paulo D. Santos. Itália: Giappichelli, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas**. São Paulo: Atlas, 2017.

SIMONSEN, Mario Henrique. **Macroeconomia e teoria dos jogos**. Revista Brasileira de Economia, *et al* v. 43, n. 3, 1989.