



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ECJ
CURSO DE DIREITO

STELLA BRANDÃO DA CUNHA

A APLICABILIDADE ESTRATÉGICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rio de Janeiro

2017

STELLA BRANDÃO DA CUNHA

A APLICABILIDADE ESTRATÉGICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal do Estado do Rio de
Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a: Simone Schreiber

Rio de Janeiro

2017

STELLA BRANDÃO DA CUNHA

A APLICABILIDADE ESTRATÉGICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof.^a: Simone Schreiber

Prof.^o: Thiago Bottino

Prof.^o: Lucas Medeiros

Rio de Janeiro

2017

AGRADECIMENTOS

Atendendo aos ensinamentos de meus pais, agradeço antes de mais nada a Deus por ter me proporcionado tudo aquilo que me trouxe até aqui.

A minha família, primeiramente agradeço aos meus pais Álvaro e Angela por acreditarem tanto em mim e pela base que me proporcionaram. Aos meus irmãos Thiago e Isabela agradeço por serem meus exemplos e pelo incondicional companheirismo ao longo da vida.

Não posso deixar de agradecer à Ana Paula, desde 2007 cuidando da família e presenciando meus primeiros passos na faculdade, e agora, minha formatura. Sempre dizendo por aí que “a encho de orgulho e surpreendo a todos”.

Agradeço ainda aos meus amigos, em especial a Bruna Durães, Camila Zadra, Camilla Zambrotti, Isabela Farret, Júlia Lorena, Luiza Alves, Maíra Rosado, Mariana Haddad e Nathalia Correia por estarem sempre ao meu lado acompanhando meus passos e vibrando a cada conquista.

Por fim, agradeço a minha orientadora, Professora Simone Schreiber, por toda a atenção e ajuda no desenvolvimento do presente trabalho.

Com carinho, a todos, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente estudo busca conceituar o instituto da colaboração premiada abordando seus elementos jurídicos, suas principais críticas e divergências doutrinárias, levando em consideração sua eficácia no combate ao crime organizado.

O tema em análise recebe destaque quando se verifica um atual cenário marcado pela falência do sistema penal ante a carência dos meios aptos de produção de prova tradicionais. É nesse contexto que o direito premial surge como uma modalidade de direito que ainda não tem autonomia, mas ganha cada vez mais espaço no ordenamento jurídico, assumindo papel complementar à disposição do Estado, de forma a preencher a lacuna existente quanto a sua funcionalidade.

Inserida entre polos de latente tensionamento, buscou-se encontrar uma perspectiva consoante à constitucionalidade de forma a ajustar o instituto ao ordenamento jurídico constitucional positivo.

Por fim, buscou-se demonstrar a colaboração premiada dentro de uma concepção utilitarista, sendo interpretada como uma técnica alternativa e excepcional de alcance ao fim desejado, qual seja, a efetiva tutela jurisdicional. Apontando sempre a necessidade de prévia delimitação de aplicação do instituto premial e seu uso apenas quando insuficientes forem as ferramentas probatórias convencionais.

Palavras chave: Colaboração Premiada. Organização Criminosa. Princípios Constitucionais. Utilitarismo. Ineficiência do Sistema Penal. Teoria dos Jogos. Agentes Racionais.

ABSTRACT

This study aims to conceptualize the plea agreement establishment, approaching its legal aspects, the main criticisms regarding this subject, its doctrinal divergences, as well as its impacts over organized crime combat.

This theme is highlighted in case of a scenario characterized by penal system failure due to scarcity of traditional means for legal evidences gathering. In this context, rises the plea bargain as a category of law which presents no autonomy so far, but has been gaining importance among legal framework, assuming complementary role, and is available to be used by State to fulfill the gap regarding its functionality.

Despite the polemic environment underlying that issue, this study pursues an approach in line with constitutionality, which allows the adjustment between plea deal and the positive constitutional legal framework.

Finally, it was sought to demonstrate the plea agreement as part of utilitarian theory, being presented and interpreted as a particular alternative to reach the desired objective, independently of the valid judicial protection. Accordingly, it was pointed the previous need to delimitate plea bargain application, as well as restricting its use for cases which conventional evidences are not sufficient.

Keywords: Plea Bargain, Plea Agreement, Plea Deal, Criminal Organization, Constitutional Principles, Utilitarianism, Penal System Inefficient. Game Theory. Rational Agentes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPITULO I.....	12
DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	12
1. UMA BREVE ANÁLISE QUANTO A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA E ITALIANA NO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	12
2. ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL	16
2.1. Natureza Jurídica	17
2.2. Requisitos	19
2.3. Valor probatório da colaboração	20
2.4. Procedimento	22
CAPÍTULO II.....	24
CONSTITUCIONALIDADE.....	24
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL.....	25
2.1. Princípio da presunção de inocência	25
2.2. Princípio da não autoincriminação	27
2.2.1. A voluntariedade da colaboração premiada.....	30
2.3. Princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do delito.....	34
2.4. Princípio da obrigatoriedade.....	37
2.4.1. Necessidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade	40
CAPITULO III	43
COLABORAÇÃO PREMIADA E SUAS ESTRATÉGIAS	43
3. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA SOB UMA PERSPECTIVA UTILITARISTA.....	43
4. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DE AGENTES RACIONAIS	49
4.1. Fundamentos da Teoria dos Jogos.....	49
4.2. Aplicação da Teoria dos Jogos à Colaboração Premiada no ordenamento jurídico brasileiro	51
4.3. Comportamento estatal à luz da Teoria dos Jogos	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa abordar a discussão sobre o instituto da colaboração premiada, tema de evidente notoriedade nos dias atuais e objeto de constante fomento devido as recentes investigações quanto ao crime de lavagem de dinheiro no caso da operação “Lava Jato”¹.

O instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 8.072 de 1990 – a conhecida Lei dos Crimes Hediondos – como forma de minimizar a insegurança pública, representando uma solução para a diminuição da criminalidade. Gradativamente, sofreu alterações legislativas sendo a mais recente a versar sobre o tema, a Lei nº. 12.850/13. A legislação, no entanto, ainda se mostra escassa no que tange a matéria em análise apresentando lacunas e conseqüentemente, inúmeros conflitos, entendimentos e divergências doutrinárias.

A colaboração premiada é um instrumento de investigação criminal que consiste, em síntese, na possibilidade de se atribuir recompensa legal ao autor ou partícipe de infração penal que opte por ajudar os atores da persecução penal, contribuindo efetivamente para a identificação dos demais coautores ou partícipes, recuperação total ou parcial do produto do delito e/ou localização da vítima com a sua integridade física preservada. Em outras palavras, o instituto da delação premiada consiste em um benefício concedido ao acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime².

No panorama atual, o que se observa são as inúmeras notícias vinculadas à sucessivos acordos de colaboração premiada, o que acaba banalizando o tema.

¹ Trata-se da maior investigação sobre corrupção conduzida até hoje no Brasil. Ela começou investigando uma rede de doleiros que atuavam em vários Estados e descobriu a existência de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo políticos de vários partidos e as maiores empreiteiras do país.

Segundo o Ministério Público Federal funcionava da seguinte forma, diretores e funcionários da Petrobras cobravam propina de empreiteiras e outros fornecedores para facilitar seus negócios com a estatal. Os contratos dessas empresas com a Petrobras eram superfaturados para permitir o desvio de dinheiro dos cofres da estatal para os beneficiários do esquema. A propina paga pelas empreiteiras e fornecedores da Petrobras foi desviada para lobistas, doleiros e outros operadores encarregados de repassá-lo a políticos e funcionários públicos. Todo esse esquema beneficiava os partidos políticos responsáveis pela indicação dos diretores da Petrobras que colaboravam com o esquema na estatal.

Previstos na legislação brasileira, os acordos de delação premiada deram grande impulso às investigações. Os delatores se comprometem a contar tudo o que sabem sobre os crimes de que participaram e a fornecer provas, além de devolver recursos obtidos ilegalmente. Em troca, recebem garantias de que suas penas serão reduzidas ao final dos processos na Justiça. Fonte: PINHEIRO, Junior. Folha explica: Operação Lava Jato. Folha de São Paulo. São Paulo, 31.03.2015. Disponível em < arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato >. Acesso em 05.06.2017.

² HC 174.286-DF.

Incontáveis são os leigos que debatem sobre o assunto e se mostram inconformados com a “impunidade” de determinado réu colaborador.

Nesse contexto, diante da simbiose existente entre os veículos de comunicação e a sociedade civil, cria-se uma demanda por uma nova política criminal mais gravosa, com meios de atuação investigativa mais invasivos, constrição dos direitos e garantias constitucionais e, no fim, com medidas prisionais cada vez mais duras.

Cria-se, com isso, um ambiente propício para a criação do que Fauzi Hassan Choukr³ chama de um sistema cultural e normativo de emergência, no qual há a sensação de que a ordem jurídica parece estar sempre em jogo, sendo, por isso, constantemente mudada, tornando-se cada vez mais repressiva, sem que se respeitem os limites sistemáticos e constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

No dizer de Sergio Moccia⁴, constata-se diante desse quadro a habitualidade em ceder nas emergências de qualquer tipo, às sugestivas ilusões de ameaça, resultando quedas verticais em termos de legalidade, sem apreciáveis contrapartidas em termos de eficiência.

Em vista disso, o embate travado na sociedade atual erroneamente coloca em campos radicalmente opostos e aparentemente inconciliáveis a segurança pública e os direitos e garantia conferidos ao cidadão.

O referido instituto objetiva contribuir para a aquisição de elementos investigativos ante o bloqueio na apuração pelos modelos tradicionais. No entanto, tais métodos probatórios apresentam discussão a respeito da colisão entre o interesse na eficiência da Justiça Penal e os direitos de liberdade e princípios constitucionais que norteiam a persecução penal.

Nesse contexto, o incentivo à colaboração premiada insere-se em um campo de tensão entre dois polos tendencialmente opostos, de um lado tem-se a operatividade do sistema penal na investigação e esclarecimento dos delitos; e, de lado oposto, a legitimidade do sistema na conformidade a princípios e garantias típicas do Estado de Direito, tais como relação de proporcionalidade entre fato delituoso e sanção, tratamento

³ CHOUKR Fauzi Hassan, “*Temas de direito e processo penal*”. Rio de Janeiro, 2004. pp. 133 – 140 apud SACERDO, Leandro, “*A delação premiada a e necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*”. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2011. p. 194.

⁴ MOCCIA, Sergio. “*Emergência e defesa dos direitos fundamentais*”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo 1999, pp. 58-91 apud SACERDO, Leandro, “*A delação premiada a e necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*”. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2011. p.195.

isonômico dos acusados, preservação dos direitos fundamentais de liberdade, entre outros.

O que se busca discutir não é a harmonização estável desses dois valores, mas a moderação possível em um quadro de constante oscilação. Insere-se o tema na busca do improvável equilíbrio entre a pretensão da operatividade repressiva e o asseguramento dos direitos de liberdade, como condição legitimante das normas de incentivo à colaboração premiada.

Em síntese, o objeto do presente estudo é saber se as razões de suposta eficiência político-criminal podem, em conflito com princípios básicos do sistema penal, permitir moderações a ponto de legitimar o recurso ao instrumento premial. Ou seja, busca-se analisar até que ponto a tutela penal deve levar em consideração a pretensão da eficiência do sistema penal.

Não se pretende negar a realidade e a inevitabilidade da previsão e da utilização da delação premiada no Brasil, mas sim alertar para a necessidade de regulamentação da aplicação do instituto, para o comedimento com que deve ser utilizado, bem como para a necessidade de harmonizá-lo com os demais preceitos constitucionais norteadores do processo penal.

Nos dizeres de Rubens Casara⁵, estamos vivendo um momento em que os princípios e as regras inerentes ao Estado Democrático de Direito estão sendo colocadas em dúvida. Se o Estado Democrático de Direito antes se caracterizava pela existência de limites rígidos ao exercício do poder, hoje cada vez mais, caminhamos para uma era pós democrática onde esses limites não têm sido observados. Direitos e garantias constitucionais que historicamente foram ou são os principais limites do poder penal estão sendo percebidos como obstáculos a eficiência punitiva do Estado ou mesmo a eficiência do mercado.

Sem a pretensão de respostas definitivas, recorrer-se-á à máxima da proporcionalidade como procedimento argumentativo, ponderando os valores e princípios contrapostos no tema da colaboração premiada, pretendendo-se, com isso, suscitar os mais controversos debates.

Bem como, chama-se atenção para que essa sensação de emergência repressiva não converta a exceção da colaboração premiada em regra. De forma a preservar a aplicação de um instituto tão excepcional a casos realmente excepcionais.

⁵ Palestra de lançamento do livro “Colaboração (Delação) Premiada” de autoria de Marcos Paula Dutra Santos, proferida em 30.09.2016 na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

1. UMA BREVE ANÁLISE QUANTO A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA E ITALIANA NO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um instituto há muito existente no Brasil. Inspirado na política criminal norte-americana, foi introduzido maciçamente na década de 1990, época em que essa ideologia teve maior apogeu no País, sobretudo com a edição da Lei de Crimes Hediondos.

Embora não represente uma novidade, vem despertando a atenção do público em geral, pelo fato de imprimir maior eficiência na obtenção de informações, sobretudo no âmbito da criminalidade o qual envolve as organizações criminosas, revelando um novo espaço de consenso na Justiça Penal Brasileira. Encontra-se aqui um quadro onde o que se avalia não são as consequências do fato delituoso, mas sim a maior capacidade negocial do Estado para com o colaborador. Simultaneamente, ao lado desse “negócio jurídico” encontramos o viés punitivo do instituto, onde se busca a condenação do maior número de agentes delatados.

Inspirada no direito norte-americano e italiano, merece destaque o estudo do direito comparado percorrendo brevemente as respectivas legislações das mencionadas fontes de inspiração premial.

Inicialmente, para fins elucidativos cabe diferenciar os sistemas de *common law* basilar do ordenamento jurídico americano e *civil law*, também denominado romano-germânico, norteador do direito italiano e brasileiro.

No *common law*, encontramos um sistema jurídico onde a aplicação de normas e regras estão sancionadas pelos costumes e jurisprudência. Aqui, as normas jurídicas surgem do caso particular para o geral, a lei nasce da solução dada pelo Judiciário a um conflito de interesses concreto, sendo as decisões judiciais anteriores de mesma natureza, a base desse direito.

No *civil law*, por sua vez, as normas são criadas com observância da ideia de justiça e moral, priorizando doutrinas dogmáticas e interpretativas dos textos legais sobre

a aplicação prática do direito. Em síntese, a principal fonte de direito desse sistema é a lei escrita.

Após inicial distinção, passemos a análise do instituto da colaboração premiada em cada um dos ordenamentos elencados.

O direito penal norte americano intitula o procedimento negocial como *plea bargaining* e os acordos quanto à sanção a ser imposta correspondem às *guilty pleas*. O que ocorre aqui é uma renúncia ao direito constitucional de um julgamento em troca de uma pena – sem a possibilidade de defesa – menos gravosa, a fim de evitar uma pena mais severa, revelando-se dessa forma a enorme possibilidade de barganha pelo órgão acusatório norte americano.

O réu possui, em geral, três alternativas: declarar-se expressamente culpado; afirmar que não contesta a acusação, sem, no entanto, assumir a culpa; ou declarar-se inocente.

A declaração de culpa implica condenação criminal, com todos os gravames daí decorrentes, inclusive título executivo judicial à disposição da vítima. Entre as opções de acusação ou de sanção apresentadas pela promotoria, o acusado escolhe a resposta penal que lhe parece mais branda. Em suma: o réu prefere declara-se culpado, obtendo por conta disso, uma reprimenda mais leve, a enfrentar um julgamento e assumir o risco de ser apenado com mais rigor, em caso de condenação. De qualquer forma, a declaração de culpa dá azo a uma sentença penal condenatória, perpassando, inclusive, pela imposição de sanções privativas da liberdade⁶.

O poder de barganha do Estado se traduz nas declarações de culpa ou de não contestação onde, após debate preliminar entre acusação e defesa, as partes podem pactuar que a promotoria retire algumas das acusações contra o réu. A acusação pode, igualmente, recomendar ao juiz determinada condenação, ou aprovar a proposta de título condenatório vinculada pela defesa, bem como, podem as partes estipular uma condenação específica para o caso concreto.

Diante desse contexto, o sistema acusatório norte americano torna-se uma verdadeira utopia posto que quase a totalidade das condenações se dão em razão de admissão de culpabilidade resultantes de uma transação entre o órgão acusador e defesa, sem a avaliação de provas lícitas e contundentes ou a possibilidade de absolvição por dúvida razoável.

⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016, cit., p.33 - 34

Outra observação feita ao sistema penal norte americano, tange ao exercício da ação penal pública, orientado pela absoluta discricionariedade dos promotores. Segundo Rosanna Gambini Musso⁷, tamanha liberalidade justifica-se em razões políticas e utilitaristas, segundo as quais procura-se descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no seio social, sendo esse o motivo de combate.

Já nesse momento, verifica-se uma primeira divergência em relação ao sistema processual penal brasileiro que pautado no princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, leciona que uma vez ciente do fato delituoso, o órgão acusatório estará obrigado a oferecer a denúncia. Tal entendimento, apesar de estar sofrendo mitigações como será abordado em oportuno momento, ainda prevalece na doutrina posicionando-se antagonicamente ao mencionado sistema norte americano que, regido pelo princípio da oportunidade admite com fundamentos de conveniência, utilidade ou eficiência, a possibilidade do órgão acusatório não ofertar a denúncia ou suspender o processo.

Uma segunda diferença a ser observada é que a política de barganha no *common law* tem como razão de ser, evitar que o processo se apresente. Novamente contrapondo-se a tal entendimento, no *civil law*, a colaboração do acusado depende sempre da existência de um procedimento judicial, bem como, seu objetivo versa em suprir a dificuldade na obtenção de prova e não em evitar a jurisdição.

Em síntese, os modelos de premiação dos colaboradores da justiça nos sistemas de *common law* e *civil law* aproximam-se em alguns pontos, mas afastam-se em outros. Enquanto o primeiro configura oportunidade do órgão acusatório barganhar livremente com réu e os efeitos penais e processuais de sua conduta, o segundo estabelece a possibilidade do acusado cooperar com o Estado em razão da concessão do benefício, quando preenchidos os requisitos previstos em lei, com o indispensável controle judicial.

O modelo de justiça negocial italiano por sua vez, também exerceu forte influência sob o instituto premial brasileiro.

Denominado na Itália como *patteggiamento*, trata-se de um acordo estabelecido entre o Ministério Público e o réu em torno da pena a ser aplicada⁸. Em muito se assemelha com a colaboração premiada atualmente conhecida no Brasil, no entanto apresenta algumas peculiaridades as quais serão expostas a seguir.

⁷ MUSSO, Rosanna Gambini. II Processo Penale Statunitense, 2001, pp 32-35 apud SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: JusPODIVM 2016, cit., p. 31.

⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ob.cit., p.60

Tal instituto consiste na aplicação imediata de uma pena a pedido do acusado. Este, autoriza que lhe seja aplicada uma pena restritiva de direitos ou pecuniária, reduzida de até um terço, ou mesmo uma reprimenda privativa de liberdade, desde que, minorada também de até um terço, não ultrapasse cinco anos de detenção, cumulativamente ou não com sanção pecuniária – art. 444, *comma* 1, do CPP. Observa-se aqui, que a decisão pela qual se acolhe o *patteggiamento* equipara-se a uma sentença penal condenatória, uma vez que como fruto desse acordo tem-se uma sanção penal imposta ao acusado.

Ao exigir o consenso do acusado, a sentença impositiva da pena pleiteada pelo denunciado torna-se insuscetível de apelo uma vez que, mediante a anuência deste, não haveria interesse recursal.

Sobre o acordo estabelecido, haverá um controle de legalidade feito pelo juiz, que também irá avaliar a conveniência da pena pactuada à conduta delituosa aparentemente cometida, sancionado os casos em que houver razoável lastro probatório. Mensura ainda, o consentimento do acusado ao *patteggiamento*, uma vez que este deve ser sempre livre e consciente.

Outra característica de tal instituto é que este não se reserva a toda e qualquer infração penal, nem tampouco acusado, mostrando-se vedado, por exemplo, ao delinquente profissional, habitual. Por vezes, condiciona-se à restituição integral do objeto ou do proveito da infração penal.

À semelhança da experiência norte-americana, em que o estudo da *plea bargaining* já compreende, subliminarmente, a delação premiada, uma vez que muitos acordos em torno da capitulação delitiva e/ou da reprimenda aplicável ao réu condiciona-se à potencial colaboração à persecução, na Itália a negociação, quer em torno do procedimento a ser adotado, quer acerca da reprimenda, não raro se atrela, disfarçadamente, à disposição do acusado para auxiliar o Estado na apuração e repressão da atividade delituosa⁹.

Examinada a colaboração premiada à luz dos ordenamentos processuais penais norte-americano e italiano, resta clara a inspiração pátria apesar de certas divergências. No entanto, tais diferenças se justificam em razão da necessidade que surgiu de adaptar às particularidades ao sistema normativo brasileiro, de modo que o instituto da colaboração premiada, pudesse ser aplicado a um contexto onde ansiava-se pela criação de uma ferramenta de política criminal eficaz ao combate da crescente criminalidade.

⁹ *Ibidem*, p.64.

Dessa forma, observa-se que diferentemente de outros países onde a delação surgiu de forma programada e esquematizada para o combate específico ao crime organizado, no Brasil surgiu como consequência, já que os métodos de investigação tradicionais não eram mais vistos como eficazes. Nesse contexto, diversas leis especiais passaram a dispor sobre o instituto, variando apenas, quanto a seu objetivo, bem como no tocante aos benefícios concedidos pela lei ao colaborador.

2. ANÁLISE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

Conforme já apresentado, o instituto da colaboração premiada consagra-se no indivíduo que se dispõe a colaborar com a persecução penal, contribuindo efetivamente para os seguintes resultados: I - identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Assim, por disponibilizar informações que vão além da simples admissão do fato delituoso, lhe é oferecido um incentivo, geralmente materializado em uma redução na pena.

Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto em análise aparece em esparsas leis. Além da Lei nº 9.807/99 de proteção às testemunhas, em seus artigos 13 e 14, existem outras hipóteses específicas de delação premiada as quais serão elencadas a seguir para fins de conhecimento: Lei nº 8.072/90, relativa aos crimes hediondos em seu art. 8º, parágrafo único; O Código Penal em seu art.159, §4º quanto ao crime de extorsão mediante sequestro; Lei nº 7.492/86, nos crimes contra o sistema financeiro nacional em seu art. 25, §2º; Lei nº 8.137/90, nos crimes contra a ordem econômica e tributária em seu art. 16, parágrafo único; Lei nº 9.613/98, de lavagem de capitais, em seu art. 1º, §5º; Lei nº 11.343/06, quanto aos entorpecentes, em seu art. 41; e por fim, a Lei nº 12.850/13 referente as organização criminosa em seu art.4º, sendo esta última a única a receber disciplina mais detalhada.

Dessa forma, a mencionada Lei nº 12.850/13 preencheu de certo modo, a lacuna normativa existente ao reservar hipótese especial de colaboração premiada para o crime organizado, e fixar procedimento aplicável, por analogia, a todos os demais casos de

delação premiada. Motivo pelo qual será objeto de estudo seguir, onde será abordado a natureza jurídica do instituto, seus requisitos e valor probatório, bem como seu procedimento sempre nos termos da lei em análise.

2.1. Natureza Jurídica

Inicialmente em uma breve análise quanto a natureza jurídica do instituto, a doutrina entende que a colaboração premiada comporta duas acepções, material e processual.

O Superior Tribunal de Federal, no julgamento do HC nº 127.483/PR¹⁰ de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, fixou ao instituto, natureza de negócio jurídico processual, pactuado entre o acusado e o Estado, por escrito, cuja validade estaria condicionada à homologação pela autoridade competente. Segundo tal entendimento:

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).

Entendemos que reduzir a colaboração premiada ao status de negócio jurídico processual significa não a examinar em toda sua dimensão, haja vista as consequências matérias do instituto. Materialmente a delação premiada pode traduzir-se no perdão judicial, atuando como causa extintiva da punibilidade, em causa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, causa de fixação do regime inicial aberto ou semiaberto, causa de redução da pena nos termos normativos, ou ainda, como causa de exclusão ou de atenuação dos efeitos da sentença penal condenatória¹¹.

Assim, entende-se que os enfoques processual e material da colaboração premiada não são excludentes, e sim complementares, o que reforça a natureza híbrida do instituto. Nesse sentido, sustenta-se o caráter misto enfatizando que o acordo, em si, rege-se por normas processuais, mas a repercussão é inteiramente material, sendo a natureza da delação premiada, em verdade, processual material – forma e conteúdo processuais, mas com efeitos materiais.

¹⁰ *Habeas Corpus* no qual foi reconhecida a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada.

¹¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ob.cit., pp. 81-86

Conveniente abordar em dado momento, discussão a respeito do direito subjetivo do colaborador à sanção premial. Parte da doutrina, bem como o Superior Tribunal de Federal argumentam no sentido de que concretizados os resultados pretendidos com a cooperação, a premiação torna-se direito público subjetivo do delator.

Esse entendimento encontra-se bem pontuado¹² pelo Pleno do Supremo também no julgamento do HC nº 127.483/PR, no qual se afirma que “caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiaias estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial.”

Nesse mesmo sentido:

Caso se configure, pelo integral cumprimento de sua obrigação, o direito subjetivo do colaborador à sanção premial, tem ele o direito de exigí-la judicialmente, inclusive recorrendo da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier a aplicá-la em desconformidade com o acordo judicialmente homologado, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

[...]

Não haveria sentido à homologação se não vinculasse o Poder Judiciário. Aliás, a homologação judicial tem a finalidade de garantir futuramente o cumprimento do acordo pelo Estado juiz se alcançar os resultados. (Habeas Corpus nº 127.483/ PR).

Frederico Valdez Pereira¹³, por sua vez, afirma:

Tendo o colaborador auxiliado as autoridades, revelando os fatos de que tinha conhecimento, a incidência do benefício estipulado não constitui mero exercício de discricionariedade judicial, mas sim direito subjetivo a seu recebimento.

[...]

O acordo preliminar homologado judicialmente não importa a concessão antecipada do benefício, mas significa que, preenchidos os seus termos, cumprindo o agente com suas obrigações e ônus assumidos no acerto, passa a ter direito a tratamento favorável, o que deveria mesmo constar no termo, o qual é condicional, mas vinculado pelo seu conteúdo.

Nesse contexto, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou auto acobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo

¹² Informativo nº 796.

¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2014, apud HC nº 127.483/PR, pp. 55-56.

criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade. (Habeas Corpus nº 127.483/ PR).

Torna-se importante ressaltar que o preenchimento dos requisitos legais torna certo o prêmio inerente à delação ao acusado, mas não a espécie e/ou *quantum* reducional. Quanto mais eficiente e ampla tiver sido a colaboração, maior benefício concedido ao réu, daí a efetividade da delação premiada apenas ser mesurável, na imensa maioria das vezes, na sentença¹⁴.

Em conclusão ao entendimento firmado, sob o ângulo processual, inexistente incompatibilidade em vislumbrá-la, simultaneamente, como direito público subjetivo do acusado, de um lado, e meio de formação de provas do outro, porquanto são perspectivas distintas do mesmo instituto.

2.2. Requisitos

O primeiro requisito para acolhimento da colaboração premiada é sua efetividade. Está evidente na lei que não é qualquer informação que poderá servir para a obtenção de benefícios. As informações devem necessariamente, levar aos resultados elencados no rol do art. 4º, §4º, incisos de I a V da Lei 12.850/13.

Observa-se o binômio necessidade e utilidade, pois as informações devem ser úteis e necessárias, ou seja, aquilo que já foi relatado por outro investigado ou que já seja de conhecimento das autoridades não possui efeito¹⁵.

Como segundo requisito, tem-se a voluntariedade, que será objeto de estudo em dado momento, mas que merece algumas considerações iniciais. A primeira observação que deve ser feita é que “voluntariedade” não se confunde com “espontaneidade”. Ser espontâneo é não ser provocado, é surgir sem uma causa aparente. A delação por sua vez, não precisa ser espontânea, basta ser voluntária. Na prática, a delação espontânea só seria viável para aqueles que conhecem a legislação e a possibilidade de obter o benefício¹⁶.

¹⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ob.cit., p. 84.

¹⁵ 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.

¹⁶ *Ibidem*, p. 243

Nestes termos, a cláusula 26 do Termo de Acordo de Colaboração Premiada do ex-diretor de Abastecimento da Petrobrás Paulo Roberto Costa¹⁷ consente:

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.

Isso significa que a ideia de voluntariedade para a delação é absolutamente incompatível com quaisquer meios de coação ou fraude. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, trata-se de uma faculdade do agente, sendo vedado qualquer tipo de ameaça e forma de coação. Nessas circunstâncias, as medidas cautelares devem ser cuidadosamente aplicadas, recebendo especial atenção a prisão preventiva que tem sido objeto de fortes críticas ao ser vista como medida coercitiva à delação.

A grande dificuldade em delimitar os conceitos que fundamentam a prisão preventiva abre margem para interpretações que a intitulam como meio de coagir o acusado a delatar. Nesse cenário, repudia-se tal atitude e ressalta-se a necessidade de uma interpretação restritiva afim de evitar arbitrariedades e manter a liberdade como regra e a privação da liberdade como exceção.

A colaboração premiada não pode ser obtida a todo custo, com o uso de meios coercitivos pelo Estado. Em suma, prender com a finalidade de delatar representa verdadeira violação a direitos constitucionais, devendo a prisão preventiva ser concedida estrita e fundamentadamente às hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

2.3. Valor probatório da colaboração

Aqui se reconhece a colaboração premiada como um veículo de produção probatória, moldando-se um instrumento de duas dimensões: primeiro como um **indício de prova**, que permitirá a busca de outros meios probatórios, segundo como **meio de**

¹⁷ 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. Foi o primeiro a assinar um acordo de delação premiada dentro da Operação Lava Jato.

prova, através dela o acusado colabora com a persecução penal com a respectiva redução da pena ou perdão judicial quando cabível.

Indício de prova como se extrai do próprio termo, é a indicação de uma prova, não sua confirmação. A prova é a confirmação de um fato, o indício de prova, portanto, é a indicação de que um fato pode ter acontecido, é justamente aqui que se amolda o instituto da colaboração premiada, onde as informações fornecidas pelo delator são apenas um esboço de uma possível comprovação do fato investigado. Ideia que se traduz no art. 4º, §4º da Lei 12.850/13, assegurando que a delação isolada, separada de outras provas não poderá servir para fundamentar eventual condenação.

Posicionamento semelhante foi sustentado pelo Ministra Carmen Lúcia em seu voto, no julgamento do HC nº 127.483/PR:

Assim, o acordo de colaboração premiada apresenta-se como meio de obtenção de prova, porém os depoimentos nele contidos caracterizam - se como meio de prova ou, ao menos, indício probatório.

[...]

Reconhecido que o acordo de delação premiada tem natureza jurídica dúplice, sendo, além de meio de obtenção de prova, elemento de prova ou, no mínimo, indício probatório [...].

Exposto o entendimento, resta por fim constatar a coexistência do instituto da colaboração premiada à atenuante da confissão. A delação premiada consubstancia espécie de confissão complexa, pois além de admitir a responsabilidade penal pelo injusto, o acusado fornece informações que ajudam na persecução penal.

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 acusatória¹⁸. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já acumula precedentes¹⁹.

¹⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*, Salvador: JusPODIVM 2016, cit., pp. 87 – 89.

¹⁹ RESP nº 897.581/AM, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 2/6/2009, DJ de 29/6/2009, votação unânime; HC nº 84.609/SP, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 4/2/2010, Dje de 1/3/2010, extraindo-se da

2.4. Procedimento

Nos moldes da lei 12.850/13, o procedimento da delação premiada é composto por três fases: negociação, homologação e sentença, que podem acontecer no momento do inquérito policial ou no curso da ação penal, mesmo após o seu trânsito em julgado.

A fase de negociação ou de acordo é realizada entre autoridade policial²⁰ e o acusado, com a manifestação do Ministério Público, ou diretamente entre o acusado e o Ministério Público, sendo obrigatória a defesa técnica em todas as fases.

A fase de negociação se inicia com as tratativas e encerra-se com a realização do acordo de colaboração. Nessa fase, o acordo é uma proposta, não vinculativa, na qual constará o possível benefício a ser concedido, sendo reduzido a termo nos moldes do art. 6º da Lei 12.850. Nesse sentido, a cláusula a seguir, retirada do já citado Termo de Acordo de Colaboração Premiada de Paulo Roberto Costa exemplifica:

Cláusula 5ª: Em vista disto, salvaguardada a necessidade de ratificação e homologação judicial deste acordo, uma vez cumpridas integralmente as condições impostas adiante, neste acordo, para o recebimento dos benefícios, bem como no caso haver efetividade da colaboração, o Ministério Público Federal (MPF) propõe ao acusado os seguintes benefícios legais, cumulativamente.

A fase de homologação por sua vez, é efetuada pelo juiz com a finalidade de analisar a regularidade, isto é, se preenchidos os requisitos do art. 6º, a legalidade, se

ementa que “1. Ao contrário do que afirma o acordão ora vergastado, não há impossibilidade de aplicação simultânea da atenuante da confissão, na 2ª fase de individualização da pena, com a da delação premiada, na 3ª etapa, por se revestir, no caso do art. 14 da Lei 9.807/99, de causa de diminuição de pena...”

²⁰ Dispositivos da Lei 12.850/2013 que atribuem a delegados de polícia o poder de realizar acordos de colaboração premiada são alvos de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508) ajuizada no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot. O procurador-geral questiona especificamente trechos dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º, que atribuem a delegados poder para realizar acordos de colaboração. O primeiro dispositivo diz que, “considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial”. Já o parágrafo 6º prevê que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”. Para Janot, os trechos impugnados da lei, ao atribuírem a delegados de polícia legitimidade para negociar acordos de colaboração premiada e propor diretamente ao juiz concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, contrariam os princípios do devido processo legal e da moralidade. Contrariam, ainda, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (artigo 129, inciso I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (artigo 129, parágrafo 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia como órgão de segurança pública (artigo 144, especialmente parágrafos 1º e 4º). Notícias STF. *Ação questiona poder de delegado para realizar acordo de colaboração premiada*. Disponível em < stf.jus.br >.

ocorreu nos termos do art. 4º e a voluntariedade da proposta, verificando ausência de coação para celebração do acordo que fora firmado sem a sua participação.

Nesse sentido, a Ministra Carmen Lucia afirma que:

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).

O pedido de homologação é distribuído sigilosamente²¹ e o juiz pode solicitar a oitiva do colaborador, sempre na presença de seu defensor, antes de proferir sua decisão. Essa decisão não produz coisa julgada, permitindo posterior retratação do colaborador.

Por fim, é na fase da sentença que haverá apreciação de mérito, com aplicação ou não do benefício e graduação do mesmo. O juiz poderá adequar a proposta ao que melhor indicar o caso concreto, levando em consideração o grau de efetividade da colaboração e as circunstâncias pessoais do delator.

²¹ O sigilo do termo subsiste apenas até o oferecimento da denúncia.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALIDADE

A constitucionalidade da colaboração premiada é tema de notória polêmica doutrinária. Dentro da sistemática processual penal brasileira, pautada nos princípios constitucionais, o instituto enfrenta um sério problema de legitimação, porquanto não se coaduna com muitos dos princípios que norteiam a persecução penal.

O ponto de partida quando se discute a legitimidade possível do prêmio a agentes colaboradores, deve ser a compatibilidade ou não dessa previsão com os princípios e garantias asseguradas constitucionalmente. É evidente a tensão existente entre o instituto premial e alguns desses princípios, tais como, a isonomia, a proporcionalidade, a não autoincriminação, e a obrigatoriedade, gerando custos à dinâmica do sistema jurídico.

A legitimidade constitucional do instituto premial, está inserida entre polos de latente tensionamento. Em um dos lados encontram-se princípios constitucionais direcionados à exigência de operatividade do sistema penal compreendido conjuntamente, os quais radicaram em um interesse da ordem jurídico-penal de eficiência na investigação e esclarecimento dos delitos. No extremo contrário estão princípios oriundos de conformidade à justiça e garantias, que em tese tenderiam a afastar a possibilidade da ordem jurídica receber ajuda de coautores de crimes. O que se busca saber, é se diante desse quadro, o ordenamento jurídico constitucional positivo consente conviver com a figura do delator.

Partindo-se do princípio de que inexistente procedimento típico no direito brasileiro para tratar da delação premiada, uma vez que o legislador apenas indicou o instituto sem dispor sobre qualquer aspecto procedimental, conclui-se que a validade do procedimento probatório a ser adotado para os casos de delação premiada, pressupõe a coexistência de regras e princípios que permitam a atuação eficaz dos órgãos responsáveis pela persecução penal e, ao mesmo tempo, assegurem a efetivação das garantias do devido processo penal.

Assim, uma vez inexistente o procedimento típico, faz-se necessário aferir se é possível amoldar as hipóteses de colaboração ao ordenamento jurídico, sem ofensa ao direito de defesa e, conseqüentemente, prejuízo ao imputado.

O que se pretende fazer a seguir, é justamente, através do estudo dos mais relevantes princípios orientadores do direito processual penal, ajustá-los ao instituto em análise tendo sempre como norte do raciocínio delineado, a necessidade do sistema processual penal em alcançar soluções diferentes ao modelo tradicional, buscando maior eficiência para, na prática, satisfazer-se com a justiça. De forma ponderada, tenta-se apresentar algumas considerações parciais que podem levar à admissão do reforço no polo da eficiência investigativa do instituto em análise.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1. Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é, no Brasil, um dos princípios basilares do ordenamento jurídico, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos. Está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, o qual enuncia: “ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em conjunto com as demais garantias elencadas no rol constitucional, a presunção de inocência assegura ao acusado pela prática de uma infração penal, um julgamento justo, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Visando a tutela da liberdade pessoal, ao salientar a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que de forma constitucional é presumido inocente, esse princípio, assim como as demais garantias, torna-se instrumento limitador do poder estatal e garante a proteção da dignidade da pessoa humana.

É certo que o Estado brasileiro tem legítimo interesse em punir indivíduos que tenham condutas em desconformidade com a lei, podendo aplicar sanção àqueles que cometem ilícitos. No entanto esse poder-dever de punir deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites da lei.

Dessa forma, em consonância com o princípio em análise, o instituto da colaboração premiada traz como um de seus pilares a regra disposta no art. 4º, §16 da Lei 12.850/13, segundo o qual “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

O referido dispositivo prevê regra de orientação ao juiz, impedindo-o de proferir sentença condenatória com fundamento exclusivamente nas declarações do agente colaborador, devendo basear-se também, em outros elementos probatórios²².

Diante da literal interpretação consolida-se a premissa de que a delação premiada, isoladamente, não tem capacidade de embasamento na formação de um juízo condenatório. Isto é, se não constatadas por outros meios, as declarações do colaborador tornam-se mera *noticia criminis*; e é justamente esta a pertinência da questão no que tange a necessidade de aprimoramento das informações oriundas da colaboração.

Nesse sentido, Frederico Valdez Pereira, no artigo “Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)”, afirma que:

Todas as provas, isoladamente, são relativas, e só o exame crítico do seu conjunto pode levar a uma razoável certeza, que jamais será a certeza ideal e absoluta, muito além da contingência humana, mas será a certeza da condenação ou da absolvição²³.

Não só a doutrina, mas também a jurisprudência, conforme bem assentado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC nº 127.483/PR, consideram que a colaboração premiada é, em si, veículo de produção probatória. As declarações do colaborador consubstanciam meio de prova, porquanto, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de provas que a endossem.

Ressalte-se aqui a necessidade de uma cisão, distinguindo a cooperação em si como o instrumento de formação de provas, do depoimento fornecido como o meio de prova²⁴. O instituto prima pela dualidade, ao atuar simultaneamente 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.

Como linha argumentativa que embasa a conclusão pela indispensabilidade de confirmação das declarações do arrependido para fins probatórios, tem-se como principal fundamento o princípio constitucional do estado de inocência do acusado.

Não pode o corréu delatado ser condenado quando ausentes provas que corroborem com as informações trazidas ao processo pelo delator. Uma condenação

²² GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei 12.850/13*. São Paulo, 2014, p. 43.

²³ PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual*. Revista dos Tribunais: RT, n. 879, 2009, p. 486.

²⁴ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Ob.cit.*, pp. 81 - 82

baseada exclusivamente na colaboração premiada é uma clara violação da garantia constitucional da presunção de inocência e da legislação federal vigente.

Em razão do exposto, é possível dizer-se que a mera previsão legal da utilização de colaboração premiada como instrumento de prova no processo penal, sob o ponto de vista ético, não viola princípios constitucionais de garantia do acusado ou regras processuais sobre aferição da prova. O mais relevante na matéria é a adequada aplicação do instituto com a observância de enunciados fundamentais que decorrem da particularidade desse meio de prova e sua correlação com a presunção de inocência.

2.2. Princípio da não autoincriminação

Consagrado no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, o princípio da não autoincriminação dispõe 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”. Elencado também na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, inciso II, alínea “g”, garante a pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

O direito ao silêncio, leia-se de não auto incriminar-se, surgiu aos poucos no decorrer da história, se amoldando ao que hoje equivale a “garantia da não autoincriminação”. Sua positivação foi muito influenciada pelo direito norte-americano consolidando-se no *leading case* *Miranda v. Arizona*²⁵ em 1966, onde se firmou entendimento de que as declarações feitas por uma pessoa à polícia sem que o envolvido tenha sido informado acerca de seu direito de não responder, de nada terão serventia.

²⁵ O caso começou com a prisão do residente de Phoenix Ernesto Miranda, em 1963, acusado de estupro, sequestro e roubo. Miranda não fora informado de seus direitos antes do interrogatório policial. Durante duas horas de interrogatório, sem a presença de nenhum advogado, Miranda confessou ter cometido os crimes, que a polícia aparentemente registrou. No julgamento, o caso da acusação consistia apenas em sua confissão, sendo o réu condenado. Em apelo para a Suprema Corte do Arizona, alegou que a polícia havia inconstitucionalmente obtido sua confissão. O tribunal discordou confirmando a condenação. Miranda apelou para a Suprema Corte dos EUA, que revisou o caso em 1966, em uma decisão de 5-4 escrita pelo Chief Justice Earl Warren, decidindo que a acusação não poderia introduzir a confissão de Miranda como prova em um julgamento criminal porque a polícia não o havia informado de seus direitos a um advogado e a não autoincriminação. Compete a polícia informar o acusado sobre seus direitos conforme previsto na Quinta Emenda da Constituição, segundo a qual o suspeito criminal tem o direito de recusar "ser uma testemunha contra si mesmo", bem como a Sexta Emenda, garante aos criminosos o direito a um advogado. The Supreme Court History. Landmark Cases. “*Miranda v. Arizona (1966)*”. Disponível em: < www.pbs.org/wnet/supremecourt/rights/landmark_miranda.html >.

A maior parte da doutrina trata o direito ao silêncio como parte do princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, (não produzir provas contra si mesmo). Aury Lopes Júnior²⁶ (2009, p. 192) define o princípio da seguinte forma:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Assim, defende que ao expor o direito de ficar calado na Constituição Federal, por consequência, estaria positivado também o direito a não produzir provas contra si mesmo. Podendo tal princípio ser entendido também, como uma decorrência direta da presunção de inocência, pois, se a pessoa é considerada inocente, ela não deve ser obrigada a declarar-se culpada.

O direito ao silêncio, assume um caráter dúplice, é ao mesmo tempo um direito fundamental de todo acusado e garantia decorrente do princípio da presunção de inocência, funcionando como limite ao estado na produção de prova contra pessoas acusadas em geral, em face delas mesmas.

Em síntese, tal direito toma forma tanto na Constituição (art. 5º, LXIII) quanto no artigo 186 do Código de Processo Penal, que afirma que o acusado será informado pelo juiz “do seu direito de permanecer calado e não responder as perguntas que lhe forem formuladas”. A ideia central de disponibilizar o silêncio para a pessoa, além de evitar a utilização de coerção para obtenção de confissão, é permitir que o acusado possa escolher a manobra defensiva que lhe convenha.

Embora a Constituição (art. 5º, LXIII) se limite a dizer que o “preso²⁷ será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”, o direito ao silêncio constitui apenas uma das possíveis manifestações do princípio, não a única, talvez nem a mais importante, inclusive.

Nesse contexto, introduzindo o princípio da não autoincriminação e consequentemente o direito ao silêncio ao tema central, sabe-se que uma das regras orientadoras da colaboração premiada é a imprescindibilidade da intervenção da defesa

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Editora: Lumen Juris, Porto Alegre, 2009, p. 192.

²⁷ O direito ao silêncio, ao contrário do que se possa extrair de sua leitura literal, não se restringe apenas ao indivíduo preso. Thiago Bottino, em sua obra “O direito ao silêncio na jurisprudência do STF”, afirma que “a expressão “preso” compreende qualquer indivíduo, preso ou solto, que seja suspeito, indiciado ou acusado em procedimento criminal, ou ainda à generalidade das pessoas diante de qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos”.

técnica desde as tratativas do acordo, a fim de assegurar que a colaboração do imputado com a persecução penal seja fruto de uma manifestação de vontade não só livre, mas consciente. Posto que, se existente quaisquer vícios no consentimento, a colaboração se torna nula. É o que assegura o art. 4º em seu parágrafo 15 da Lei 12.850/13, segundo o qual “em todos os atos da negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

Assim, nessa linha de raciocínio em que o defensor explica ao imputado todas as consequências decorrentes da delação, não só em termos de condenação criminal, mas dos benefícios que possa vir a conquistar, é certo que, ao optar pela colaboração, não estará propriamente renunciando ao silêncio – art. 5º, LXIII, CF/88 – nem à garantia à não autoincriminação – art. 8º, 2, alínea “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos - , porque indisponíveis, e sim deixando de exercê-las naquele ato, a partir de uma manifestação de vontade marcada pela voluntariedade e consciência, afastando qualquer inconstitucionalidade²⁸.

Não há que se falar de algum dever fundamental de o investigado contrapor-se à pretensão punitiva, pelo contrário, na condição de sujeito processual o acusado pode, desde que livre e consciente e devidamente informado das consequências da sua escolha, optar por colaborar com a justiça com vista à obtenção de benefício no plano da punição. Diante da possibilidade da delação premiada tornar possível a redução da pena do imputado ou trazer-lhe outros benefícios, não há como desconsiderar a hipótese dela se constituir meio de defesa da liberdade.

Assim como não se pode exigir do indivíduo um comprometimento com a busca da verdade e a realização da justiça penal pelo Estado maior do que o comprometimento que tem com a sua própria liberdade, o oposto também não pode cair em exigência. Não há que se exigir que o compromisso moral do indivíduo com uma visão coletiva de sociedade ultrapasse o senso de autodefesa que se manifesta em situações como essa²⁹. Da mesma forma, também não se pode vedar sua escolha em a colaborar com a justiça delineando uma estratégia de defesa.

O réu não deve ser considerado um incapaz. O direito ao viabilizar a liberdade de escolha em colaborar em troca de um benefício densifica a ideia de uma sociedade livre. O estado não deve proteger o indivíduo de si próprio. O melhor juiz das vantagens da

²⁸ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ob.cit., p.125.

²⁹ BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Editora: Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p.49

colaboração é o próprio réu. Não se deve invocar questões morais como traição, mas sim argumentos jurídicos³⁰.

Conforme defendido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello³¹:

Reconhecimento maior do lado negativo da delação não pode haver, confirmada a máxima segundo a qual a coragem é a síntese de todas as virtudes. Mas as esferas do Direito, da Moral e da Religião são distintas. O que cumpre perceber é o arcabouço normativo, a ordem jurídica pátria, o Direito positivo em vigor... no afã de alcançar-se dias melhores na sofrida República brasileira, há de ter-se presente que, em Direito, o meio justifica o fim, e não este aquele, sob pena de, potencializando-se o politicamente correto, a hipocrisia, ter-se insegurança incompatível com a vida civilizada.

Sendo assim, estando diante de um direito disponível, situado na esfera de liberdade do titular do direito, compete a ele decidir, de forma livre e consciente por cooperar ou não, devendo sua decisão ser entendida como a estratégia processual a ser adotada. Entender a prerrogativa em sentido oposto significaria considerar que o acusado tem algum dever fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva do Estado.

2.2.1. A voluntariedade da colaboração premiada

Abre-se em dado momento um parêntese para análise de uma das mais controversas questões no âmbito da colaboração premiada, o debate quanto a voluntariedade do colaborador em delatar. Torna-se curioso falar em voluntariedade em delatar quando se tem em contrapartida, uma benesse lhe sendo oferecida.

Primeiramente, parte-se da premissa que instituto premial tem como finalidade³² imediata da traição para o Estado, a obtenção de informações. E como mediata, a utilização dessas informações na persecução criminal, visando a punição dos infratores, o desmantelamento das organizações criminosas e o consequente reestabelecimento da ordem jurídica.

Quanto aos motivos³³, a traição é para o Estado forma de suprir a deficiência da capacidade de investigação das forças de segurança diante de formas de criminalidade

³⁰ COURA, Alexandre de Castro e JUNIOR, Américo Bedê. *Atuação do juiz em face de acordos de colaboração premiada*. 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. 73.

³¹ Prefácio do livro *Colaboração (Delação) Premiada* de Marcos Paulo Dutra Santos Salvador: JusPODIVM 2016, p. 10

³² FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flavio Cardoso; GAZZOLA Gustavo dos Reis. *Criminalidade Organizada – Comentários à Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013 – Prefácio de Eugênio Pacelli*. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 85.

³³ *Ibidem*, p. 85.

organizada, as quais, por conta de seus elementos característicos, mostram-se refratárias aos modelos tradicionais de persecução.

O que se busca demonstrar, é que para o direito, não importa a natureza do motivo da colaboração, mas sim o fim a que se busca por meio das informações oferecidas pelo delator, o conteúdo de sua fala, antes dos impulsos que o levaram a falar. Assim, indiferente se torna delatar para obter o prêmio ou para colaborar com a justiça; delatar porque a reprimenda imposta se mostra mais gravosa do que a infidelidade aos comparsas ou por conta de arrependimento. Sendo certo que a lei não reclama a inspeção dos motivos da delação nem a finalidade visada pelo delator

O Supremo Tribunal Federal, traz no julgamento do HC nº 127.483/PR entendimento nesse sentido:

A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

[...]

Diversamente do que sustentam os impetrantes, a confiança não se extrai, previamente, da personalidade, das características pessoais ou dos antecedentes do delator; ela é construída objetivamente a partir da fidedignidade das informações por ele prestadas, dos elementos de prova que concretamente vierem a corroborá-las e de sua efetividade para as investigações.

Tanto isso é verdade que, para a validade do acordo, pouco importa o móvel do agente colaborador.

Como aduz Alberto Silva Franco³⁴:

[a] conduta do delator deve ter relevância, sob o enfoque objetivo e deve ser voluntária, sob o ângulo subjetivo. Pouco importa que tal conduta não tenha sido espontânea. Tem o mesmo significado a cooperação que decorre de um arrependimento efetivo e sincero ou que tenha sido dada por mero cálculo ou que tenha decorrido de um sentimento de vingança. Não interessa, para efeito da delação premiada, a motivação do delator.

Nesse contexto, o professor Thiago Bottino³⁵ desenvolve em seu artigo “Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato” a ideia contida na teoria econômica do crime. Baseada em estudos e escritos de Adam Smith, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, defende que os indivíduos não se tornam criminosos em razão de sua origem

³⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Apud HC nº 127.483, p. 45

³⁵ BOTTINO, Thiago. “*Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato*”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122, 2016.

social, ou de características pessoais, mas sim em razão de escolhas e decisões. Tratando-se de uma perspectiva claramente utilitarista e consequencialista, orientada para a análise das escolhas individuais na seara criminal.

Jeremy Bentham foi o primeiro a sugerir que a probabilidade de lucro proveniente do crime é a força que leva o sujeito a delinquir, ao passo que a ameaça decorrente da pena é a força que poderá dissuadi-lo. Se a primeira força (ganho potencial) for maior do que a segunda (custo potencial), um crime será cometido. Em suma, as ações humanas são motivadas por estímulos: incentivos, benefícios, riscos e dissuasões, devidamente previstos em lei e disponíveis como informação para embasarem a escolha do indivíduo³⁶.

Gary Becker³⁷ por sua vez, ampliou a análise microeconômica para um vasto campo de interações do comportamento humano, incluindo dentre eles a decisão de praticar um crime. Aperfeiçoou o raciocínio econômico aplicado à teoria do crime com base na escolha racional sustentando, em linhas gerais, a ideia de que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional³⁸.

Na fórmula elaborada por Gary Becker, a escolha pela prática criminosa ocorre quando o sujeito racional calcula que o benefício esperado com o crime é superior ao custo esperado desse. Assim, o sujeito racional calcula o custo esperado do crime levando em consideração a probabilidade de ser identificado, processado e punido. Caso a probabilidade de punição seja baixa, menor será o custo esperado do crime. Em outras palavras, essa teoria sustenta que as decisões são tomadas a partir de considerações sobre a eficiência do sistema penal.

O mesmo pode se dizer da iniciativa em colaborar com o Estado no contexto premial. O sistema de incentivos aos criminosos para que cooperem com a parte acusatória é um evidente exemplo do modelo econômico de escolha racional em matéria criminal. Para ampliar o custo esperado do crime, atuando sobre a probabilidade de que a infração penal seja identificada e seu autor punido, podem-se criar incentivos para que

³⁶ Ibidem, p. 10

³⁷ BECKER, G.S. “*Crime and punishment: an economic approach*”. In: Journal of political economy, vol. 76, n. 01, 1968 apud BOTTINO, Thiago. “*Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato*”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122, 2016, p. 10.

³⁸ Ibidem, p. 10

determinados criminosos cooperem com a acusação relatando fatos e autoria de crimes em troca de benefícios, é justamente aqui que se insere a colaboração premiada³⁹.

Ao permitir que determinados acusados recebam benefícios para fornecer informações e indícios que poderão se transformar em provas contra outros acusados, o legislador introduz um fator que aumenta o custo esperado do crime. E, como visto, o aumento da probabilidade de punição é um dos pontos mais sensíveis quando se utiliza a teoria econômica, devido ao peso que ela possui no cálculo do curso do crime.

Dessa forma, o suspeito ou acusado que opta por cooperar com a parte acusatória também faz uma escolha racional, e no modelo da colaboração premiada, com certeza não se trata de uma ação espontânea e irrefletida, já que pressupõe a assistência de um advogado⁴⁰.

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado, dentre as vantagens que receberá pela cooperação, e o custo esperado, considerando de um lado o risco em não cooperar, ou de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo⁴¹.

O custo esperado, no caso do sujeito que opta pela cooperação, está na perda de seu direito de não se autoincriminar, fornecendo meios de investigação e, às vezes, provas que permitirão à parte acusatória provar a materialidade do crime e sua autoria em juízo; e na incerteza associada à possível não homologação do termo de colaboração ou a uma decisão posterior que despreze ou minimize os efeitos da colaboração.

Dessa forma, o que se percebe, é que o instituto instrumentaliza o delator, porque o toma não como pessoa, a qual deve ser vista como um fim em si mesmo, mas como meio ao atingimento de um fim, qual seja, obter informações para subsidiar a persecução penal, bem como, estratégia de ampliar o custo esperado de crime.

Consoante a premissa inicialmente delineada, nas palavras de Ferrajoli⁴², o direito e o Estado não possuem nem representam valores enquanto tais, e tão pouco devem ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas ou constituir fins em si próprios,

³⁹ Ibidem, p. 11

⁴⁰ Ibidem, p. 11

⁴¹ Ibidem, p. 11

⁴² FERRAJOLI, Luigi. “Direito e razão: teoria do garantismo penal”. 2, ed, ver e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 apud FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flavio Cardoso; GAZZOLA Gustavo dos Reis. *Criminalidade Organizada – Comentários à Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013 – Prefácio de Eugênio Pacelli*. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 95.

justificando-se, somente, por meio da tarefa de perseguir objetivos de utilidades concreta em favor dos cidadãos e, principalmente, de garantir-lhes o direito e a segurança.

2.3. Princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do delito

O juízo de proporção na reprimenda, ditado pela intensidade do delito, aparece tradicionalmente na doutrina penal como uma das projeções do princípio da culpabilidade, no sentido de que a penalização somente é aceitável nos limites da culpa expressada na conduta delitiva.

O direito penal em suas origens, fora marcado pela desproporção entre o ato praticado e a respectiva sanção. Ao longo do tempo, uma concepção de proporcionalidade em relação aos delitos e penas foi surgindo e ganhando espaço. No entanto, essa previsão de relativa proporcionalidade entre os ilícitos e as sanções penais a serem impostas não eliminava a crueldade das penas.

Esse quadro começa a sofrer alterações com o advento dos ideais iluministas, que, com fundamento no direito natural, sustentavam que toda pessoa possuiria direitos inalienáveis, imanentes à sua própria natureza. Motivo pelo qual a intervenção penal deveria obedecer a critérios de racionalidade⁴³.

Sob uma outra perspectiva, no campo estritamente político, os pensadores iluministas insurgiam-se contra o poder absoluto do monarca. Ora, sendo o direito penal o meio pelo qual o poder público exerce a violência, legitimamente monopolizada por ele, limitar esse poder estava intimamente relacionado aos freios à persecução criminal. Nesse contexto, essa humanização das sanções penais trouxe consigo um reforço à noção de proporcionalidade⁴⁴.

À luz de uma leitura constitucional do direito penal, atualmente, o princípio em estudo, encontra-se no rol dos “princípios da interpretação constitucional”. Expressos no texto constitucional ou implícitos, decorrentes do conjunto de valores por ela consagrados, tais princípios foram desenvolvidos a partir de uma interpretação do texto legal de forma a complementar os demais métodos clássicos de interpretação, tornando-se vetores interpretativos no ordenamento jurídico.

⁴³ ARAÚJO, Fabio R. da Silva. “O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir”. In: Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009, p. 277

⁴⁴ Ibidem, pp 277-278

A proporcionalidade consagra-se vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de modo a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado. Assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que deve ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados.

Assim, o princípio da proporcionalidade desempenha papel fundamental no sentido de legitimar e limitar o poder de punir do Estado, assumindo um critério trifásico. Ou seja, três fatores são analisados, para aplicação desse princípio, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade propriamente dita (em sentido estrito) do meio empregado em relação ao fim almejado. Para se aferir a proporcionalidade do meio empregado ao fim colimado faz-se primeiramente um juízo de adequação, posteriormente analisa-se a necessidade e por fim, a proporcionalidade em sentido estrito.

Pressupõe o terceiro elemento, a comparação entre os meios empregados e os fins pretendidos, de modo que os meios sejam os menos danosos possíveis. O meio a ser utilizado não pode apresentar-se de forma desproporcional ao fim. Há uma ponderação, de forma que, embora haja a realização ou fomento do fim perseguido, tenha-se em contrapartida, a menor restrição possível ao direito fundamental. Em outras palavras, pressupõe que as vantagens a serem trazidas pela adoção da medida superem as desvantagens.

Ocorre que, na relação de proporcionalidade entre a medida da pena de um lado, e a gravidade objetiva do fato e culpabilidade do autor de outro, o instituto da colaboração premiada pressupõe distanciar a resposta penal do juízo de proporcionalidade à gravidade objetiva e subjetiva do fato praticado pelo colaborador, com base em pressuposto de finalidade político-criminal. O instituto, ao oferecer dentre as benesses de uma colaboração eficaz a possibilidade de uma redução de pena, ou uma substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e em alguns casos a possibilidade do perdão judicial, deixa margem aos críticos que alegam ser uma situação que deixa de espelhar a maior ou menor reprovabilidade da conduta do agente passando a refletir a sua maior capacidade negocial.

No entanto, diante de tal argumento deve-se tomar como referência a máxima da proporcionalidade enquanto ferramenta argumentativa de controle de constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Conforme já exposto, o postulado da proporcionalidade impede ingerências excessivas no âmbito dos direitos fundamentais. O

princípio da culpabilidade, na sua vertente de limitar a apenação à gravidade objetiva e subjetiva do fato cometido, passou a encontrar respaldo constitucional pela máxima da proporcionalidade enquanto proibição de excesso de intervenção punitiva.

Assim, em parcial conclusão, o aspecto limitador da culpabilidade se destina fundamentalmente, a impedir a aplicação da pena para além da responsabilidade pessoal do acusado estando sempre limitadas à concreta culpabilidade manifestada no fato praticado pelo agente⁴⁵.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o enfoque diverso. Ao sustentar a ideia de que a pena adequada, entendida como aquela proporcional à gravidade objetiva e subjetiva do fato cometido, garante os melhores resultados sob o enfoque da prevenção geral, mais do que uma penalidade excessivamente severa. Esses efeitos proveitosos poderiam ser prejudicados caso a reprimenda descesse a níveis mais baixos do que o mínimo necessário. Nesse segundo sentido, o princípio da proporcionalidade da pena à gravidade do fato figuraria como limite também à redução da penalidade.

No entanto, ao contrário dessa última linha de raciocínio, conforme já argumentado, entende-se amplamente que o princípio da proporcionalidade na aplicação da pena, se apresenta como relevante aspecto de tutela do interesse do particular à sua liberdade pessoal no confronto com o poder de intervenção do Estado. Entender o contrário, apelando para concepção retributiva da pena, significaria entender o princípio constitucionalmente consagrado como norma desfavorável ao colaborador⁴⁶.

O que se pretende defender, é que a compatibilização do princípio da proporcionalidade em sua essência à premissa da culpabilidade na matéria encontra-se dispersa, ao considerar que tal princípio aparece mais como uma função de garantia individual ao autor do crime, como limitação ao excesso de punição, e menos como projeção oposta de exigência de limites mínimos a punição. Assim, é que, se razões de política-criminal, ou mesmo ideias de prevenção geral e especial não podem importar em majorações de pena para além da culpabilidade manifestada no fato cometido, o raciocínio oposto não se sustenta: o princípio garantista da culpabilidade não pode ser invocado para impedir ou deslegitimar a redução da pena aplicada em concreto ao réu⁴⁷.

⁴⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. “*Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada*”. In: *Revista dos Tribunais*: RT, n.929, 2013, p. 330.

⁴⁶ *Ibidem* pp., 328-333

⁴⁷ *Ibidem*, p.331

Posto que a premissa de tais postulados classicamente garantistas, é a garantia fundamental ao indivíduo, como limites à máxima reação estatal.

Não é que não se possa, também no plano constitucional, questionar a validade de respostas penais insignificantes ou muito aquém do mínimo razoável como reação ao fenômeno criminal; no entanto, tal perspectiva foge aos princípios individuais de controle da intervenção punitiva estatal, como é o caso do princípio em análise.

O que é imprescindível considerar, é a razão de ser da conseqüente redução da sanção criminal, que reside exatamente na finalidade de reforço repressivo, ante a constatação de um bloqueio na investigação de delitos graves praticados no âmbito da criminalidade associativa.

Diante desse quadro, a opção que se coloca não está entre afastar o recurso ao instrumento do prêmio pela colaboração, de modo a permitir a aplicação de uma pena mínima adequada à gravidade do fato. A alternativa do não uso do dispositivo premial será a prevalência da situação em que se encontra a realidade criminal, em que se verifica uma disfunção do sistema penal frente aos crimes de maior lesividade. Assim, argumentar a favor da ideia da obrigatoriedade de uma pena mínima, significaria, em última análise, manter a situação de impasse na apuração de crimes, justamente o que se buscou superar por meio da colaboração premiada. Contradição que se parece insuperável frente a “nova” realidade criminal em que se encontra o Estado.

2.4. Princípio da obrigatoriedade

O Código de Processo Penal, elaborado em 1941, vigente até os dias atuais, não dispõe expressamente acerca da obrigatoriedade da ação penal. Entretanto, a doutrina é quase unânime em reconhecer a vigência do princípio em análise, apontando, no referido Código, dispositivos que entendem evidenciar a obrigatoriedade da ação penal, como o art. 24, o qual dispõe que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público” e reforçam este entendimento destacando que o não oferecimento da denúncia pelo *parquet* é submetido ao controle judicial, conforme dispõe o art. 28, do mesmo diploma legal.

Também em consonância ao referido princípio, encontra-se o art. 42 do CPP ao dispor que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”. Assim como o art. 385, CPP segundo o qual “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença mesmo que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer

agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”; e ainda, o art. 576, CPP ao elencar que o Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

Esse princípio enuncia o dever de agir do Ministério Público, não lhe conferindo discricionariedade para se valer de quaisquer critérios de oportunidade e conveniência na propositura da ação penal. Estando o Ministério Público diante de indícios de materialidade e da autoria criminal, tem este, o dever legal de propor a ação penal pública. Ou seja, presentes os pressupostos legais que permitam a propositura da ação, deverá oferecer, obrigatoriamente, a denúncia.

Oportuno esclarecer que, quando se refere ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, a abordagem que se faz, obviamente, está relacionada ao exercício da ação penal pública. Isto porque, na ação penal privada, contrapondo-se ao princípio da obrigatoriedade, vigora o princípio da oportunidade, o qual confere ao titular da ação penal a faculdade de propô-la ou não, assim como dela renunciar, ou mesmo conceder perdão ao acusado.

Neste sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci⁴⁸, aponta que o princípio da obrigatoriedade da ação penal:

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia.

No mesmo sentido, diz textualmente que:

Não há, como regra, no Brasil, o princípio da oportunidade no processo penal, que condicionaria o ajuizamento da ação penal ao critério discricionário do órgão acusatório – exceção feita à ação privada e à pública condicionada.

Diante de tal definição, críticas surgem ao instituto da colaboração premiada no que tange ao disposto no art. 4º, §4º da Lei 12.850/13, segundo o qual:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

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

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp., 47-48

- I - não for o líder da organização criminosa;
- II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Em um primeiro momento, argumenta-se a incompatibilidade do instituto da colaboração premiada com o princípio da obrigatoriedade penal. A possibilidade do órgão acusatório transacionar com o acusado delator, deixando de oferecer a denúncia nas hipóteses delineadas, não se coaduna de forma alguma com a impossibilidade de que este mesmo órgão tem de abrir mão da persecução penal.

Ocorre que, conforme já mencionado, o princípio da obrigatoriedade, tem sua base legal nos respectivos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal, cuja redação se deu no ano de 1941. Contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando alguns valores como moralidade, racionalidade, proporcionalidade e eficiência passaram a integrar o rol de princípios formadores do Estado brasileiro, é certo que o princípio da obrigatoriedade da ação penal passou a ceder algum espaço.

Diante desse quadro o que se busca ponderar, é a necessidade do princípio da obrigatoriedade ser examinado de forma diversa após a ordem advinda da Constituição de 1988, bem como diante da atual realidade criminal em que manifestações de maior lesividade e estrutura organizacional se fazem cada vez mais presentes no cenário criminal.

Inicialmente, merece críticas o instituto, no que tange o disposto no inciso I, §4º do art. 4º da Lei 12.850/13 quanto a condição adicional relativa ao agente colaborador para a concessão do recurso premial. Trata-se de uma condição negativa, não ser líder da organização criminosa.

A segunda condição, positiva, em ser o primeiro a prestar a colaboração apesar de também ser alvo de críticas, será interpretada como estratégia do Estado em momento oportuno. Atemos, no entanto, a condição imposta pelo citado inciso I.

Condição, porém, impertinente e vulneradora do princípio da isonomia⁴⁹. Impertinente porque ao Estado, em acordo de colaboração interessa a qualidade das informações prestadas e não a condição ou posição pessoal do colaborador. Assim, no que diz respeito à personalidade do delator, seu grau de culpabilidade quanto ao delito, ou posição hierárquica ocupada na organização criminosa, todos esses fatores se mostram irrelevantes, posto que o objetivo do acordo é colher informações que permitam alcançar os resultados elencados nos incisos I a V do *caput* do art. 4º da lei em análise.

⁴⁹ FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flavio Cardoso; GAZZOLA Gustavo dos Reis. Ob. Cit. p. 129

O critério discriminatório dos admissíveis ou não a colaborar não pode ser sua condição subjetiva, mas sim, o que se tem a revelar. Ademais, a exclusão do líder dos acordos de colaboração para o propósito de evitar o oferecimento da denúncia, além de se mostrar sem nexos aos objetivos do instituto, priva aquele que teria elementos aptos a revelar mais detalhadamente uma quantidade superior de informações. Não obstante, a lei parte do pressuposto de que a organização criminosa contaria com apenas um líder, ideia que se mostra facilmente desconstruída pela realidade, em que não raras são as estruturas organizacionais com lideranças compartilhadas.

Dessa forma, não se pode considerar a condição de não líder da organização criminosa como requisito que implica na qualidade de informações sobre a atividade delinquencial. Por via de consequência, não guardam relação de causalidade com o alcance do propósito da colaboração premiada⁵⁰.

2.4.1. Necessidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade

Passemos a um segundo momento, em que, frente à necessidade de uma ponderação, sugere-se como proposta político-criminal a mitigação da obrigatoriedade da ação penal como forma de melhor harmonizar a delação premiada ao ordenamento jurídico.

Mitiga-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, previsto no art. 24 do CPP, porquanto, embora presentes as condições para o regular exercício da ação em face do delator, não será denunciado⁵¹.

A colaboração se coloca como causa de não ajuizamento da ação penal. Sob essa perspectiva, a colaboração premiada erige-se em limitador do princípio da obrigatoriedade da ação penal, à similitude do acordo de transação penal⁵².

Parte da doutrina, sustenta que com a implementação do instituto da transação penal no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 9.099/95, excepcionou-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Entende-se que a colaboração premiada por sua vez, está seguindo esse mesmo viés.

Na lei da organização criminosa, aplicar a benesse do arquivamento dos autos diante de crimes de elevada gravidade, representa mecanismo apto a evitar o processo em

⁵⁰ Ibidem, p.131.

⁵¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ob.cit., p.150.

⁵² FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flavio Cardoso; GAZZOLA Gustavo dos Reis. Ob. Cit. p. 131.

que ao final se reconheceria a favor do colaborador o perdão judicial. O não oferecimento da denúncia preconizado no §4º nada mais é do que a promoção de arquivamento, por falta de interesse de agir, ante resultados eficazes oriundos da cooperação⁵³.

A proposta político-criminal à mitigação da obrigatoriedade justifica-se frente ao cenário de ameaça de lesão, violação ou insatisfação na tutela dos direitos individuais e coletivos. Nesse contexto, faz-se necessário o uso de técnicas alternativas e excepcionais para realizar o dever estatal de proteção, ainda que sua adoção se traduza em algum nível de mitigação de garantias individuais. E não há nada de errado, injusto ou em contrariedade com a ordem jurídica nesse uso de técnicas processuais não clássicas⁵⁴.

Os dispositivos de reforço investigativo devem ser considerados enquanto se destinem ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade, que trazem consigo exatamente uma noção de emergência investigativa, pela quase impossibilidade de abordá-las de outra forma que não seja por novos expedientes de intensificação das técnicas de apuração.

A necessidade da colaboração premiada decorre da carência dos meios aptos de produção de prova tradicionais contra um tipo especial de criminalidade: o crime organizado. Com efeito, demonstrar em juízo os atos de uma organização criminosa é tarefa das mais árduas na atualidade. O maior desafio posto para o legislador e para a doutrina nos tempos modernos é o combate à criminalidade organizada, em razão da própria complexidade, especialidade e natureza sigilosa das suas atividades⁵⁵.

Diante de uma nova realidade criminal, em que se verifica uma disfunção do sistema penal, uma falência ou lacuna quanto a sua funcionalidade, crimes de maior lesividade restariam sem esclarecimento pelos tradicionais meios de prova, mediante a complexidade das organizações, a estrutura e divisão de tarefas, os meios técnicos e materiais disponíveis, os códigos de hierarquia e disciplina, a ausência, em geral de vítimas individualizadas além dos mecanismos de coerção e ameaça. Inúmeras as causas de inoperância, o que se estuda, com base no conjunto ordenamento jurídico, e nos princípios constitucionais, são as alternativas possíveis ao Estado frente a essa situação.

Ante a esse cenário, deve-se desconstruir argumentos criados pela ânsia de punição que se coadunam com a ideia de intransigência dos princípios da obrigatoriedade

⁵³ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Ob.cit., pp. 152-153.

⁵⁴ 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, nº. 9, 2015, p.507

⁵⁵ Ibidem, p.508.

e da proporcionalidade da pena. Devendo-se ter em mente que a função do direito penal não é a punição pura e simples, por meio de imposições de aflições, nem tampouco a proibição, ou mesmo coibição, de condutas com maior ou menor grau de reprovabilidade social. Em verdade, a previsão e posterior cominação de sanções são apenas instrumentos a serem utilizados para o alcance do propósito basilar do direito penal, que é a proteção de determinados bens jurídicos, considerados mais relevantes para a sociedade⁵⁶.

⁵⁶ ARAÚJO, Fabio R. da Silva. Ob.cit., p. 298.

CAPITULO III

COLABORAÇÃO PREMIADA E SUAS ESTRATÉGIAS

3. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA SOB UMA PERSPECTIVA UTILITARISTA

Ihering⁵⁷, em seus estudos, já difundia a ideia de que um dia, as relações sociais se tornariam tão complexas, que o Direito, no seu papel de conformador de tais interações, seria insuficiente para a proteção dos interesses da sociedade somente à base de penas. Seria necessário, além de punir o errado, premiar o correto. Cuida-se da ideologia do direito premial, ilustrada a seguir:

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 coletividade⁵⁸.

Trazendo essa ideia para o plano do direito penal, a realidade não se mostrou diferente. Com o passar do tempo, os crimes acompanharam a evolução da sociedade tornando-se mais complexos pelos materiais e meios técnicos disponíveis. Hoje, por meio somente das ferramentas de investigação e punição tradicionais, o Estado se mostra incapaz de combater satisfatoriamente a criminalidade. Nesse contexto, surge o direito premial como uma modalidade de direito que ainda não tem autonomia, mas ganha cada vez mais espaço no ordenamento jurídico.

Conforme já observado, a colaboração ganha o predicado de premiada quando, para aquele que se dispõe a cooperar, é oferecido um incentivo na forma de barganha, geralmente materializada como uma redução na pena. Sendo a gradação do prêmio proporcional à utilidade e à relevância da declaração prestada, variando de zero até a possibilidade do perdão judicial.

⁵⁷ Rudolf von Ihering renomado jurista alemão pioneiro na ideologia do direito advindo de propósitos e interesses, revelando ser um produto social.

⁵⁸ 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.

A versão moderna do instituto ganha notoriedade como resposta do Estado aos momentos de grave crise democrática, o que acaba por servir de justificativa para a adoção da concessão de benesses pessoais em troca da colaboração do acusado. Normalmente, são momentos emergenciais caracterizados pela ineficiência do tradicional sistema de persecução penal para combater todo o tipo de criminalidade, especialmente a que envolve o crime organizado, como tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, terrorismo político, evasão de divisas, entre outros, costumando-se vislumbrar traços gerais no *modus operandi* de tais crimes, que envolvem sempre o concurso de agentes, a tecnologia, a hierarquia e, sobretudo, o sigilo de suas operações.

Inicialmente, o discurso utilizado para abonar o uso do réu colaborador se apoia no caráter emergencial da situação e na ineficiência dos modelos tradicionais de persecução penal quando comparados aos desafios apresentados no combate às novas modalidades de crimes. A consagração de seu uso assume viés estritamente utilitarista, amparando-se no indiscutível sucesso do instituto para o combate, de modo eficaz, de um tipo de criminalidade que deixa poucos rastros e no qual o sigilo é a marca principal⁵⁹. Características estas, que somadas, dificultam o desmantelamento das organizações e a identificação ou responsabilização penal de seus integrantes.

Sob essa ótica, em resumo à teoria utilitarista, Jeremy Bentham⁶⁰ iluminista difusor da proposta, defende em sua ideologia que todas as questões devem ser respondidas acerca do fazer, admirar e viver em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Ou seja, para ele as ações devem ser analisadas diretamente em função da tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas.

Bentham argumenta que a obrigação de obedecer repousa sobre o princípio de utilidade, pois na verdade afirma que a maior felicidade do maior número de pessoas só pode ser alcançada se obedecermos à lei. Segundo ele “o objetivo que todas as leis têm em comum é o de aumentar a felicidade total da comunidade”. A punição deve, portanto, ser “útil” para se obter um maior agregado de prazer e felicidade, e não se justifica se seu efeito consistir unicamente em acrescentar ainda mais unidades, ou conjuntos, de dor a comunidade⁶¹.

⁵⁹ MESQUITA, Bruno Utsch. Ob. Cit. p. 491

⁶⁰ MORRISON, Wayne. “*Filosofia do direito*”; Tradução Jefferson Luiz Camargo; Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.221

⁶¹ *Ibidem* p. 230

John Stuart Mill por sua vez, apadrinhado por Bentham e também precursor da corrente utilitarista, a define como a crença que admite a utilidade, ou o princípio da felicidade da maioria, como funcionamento da moral. Sustenta que as ações estão corretas na medida em que tendam a promover a felicidade, e erradas quando tendem a produzir o contrário desta⁶².

Escolhendo entre aquilo que é certo ou errado, o utilitarismo não configura a análise do ser virtuoso, mas aquilo que ele faz ou deixa de fazer. Esta teoria teve forte impacto nas decisões coletivas, pois buscou um sentido voltado para o bem-estar da sociedade. E por esta razão, desde a gênese do utilitarismo idealizado por Bentham essa “escola” está vinculada ao reformismo e o progresso. Aparentemente o critério que se constitui a base da teoria utilitarista não é a felicidade individual, mas a multiplicação da felicidade na maior amplitude possível⁶³.

Nesse breve contexto apresentado, o que se busca sustentar é o instituto da colaboração premiada sob essa ótica utilitarista, segundo a qual pretende-se promover o maior saldo de felicidade. Permitindo assim, uma construção normativa capaz de atender aos interesses de uma sociedade que se vê diante de uma nova realidade criminal em que os meios tradicionais de persecução penal já se mostram insuficientes.

Uma primeira hipótese a ser considerada, é extraída da frase “escolhendo entre aquilo que é certo ou errado, o utilitarismo não configura a análise do ser virtuoso, mas aquilo que ele faz ou deixa de fazer”. Nesse primeiro momento, consideremos a voluntariedade do delator⁶⁴. Ao optar por colaborar com o Estado, a decisão por delatar não se volta contra o criminoso, mas em favor da persecução penal. Seguindo o viés utilitarista, em aplicação a hipótese sugerida, resta claro a contribuição para a maximização da felicidade de todos ou do maior número no que diz respeito ao êxito da persecução penal diante da colaboração do delator.

Em verdade, a obrigação do acusado colaborador é para com a sociedade. Trata-se de um dever de auxiliar na elucidação de crimes, sendo esse um direito de interesse da coletividade.

Passemos agora a análise do Estado fazendo uso do instituto da colaboração premiada em uma interpretação também utilitarista. Tenta-se demonstrar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade de sua adoção como justificativa de meio utilizado

⁶² Ibidem, p.238.

⁶³ Ibidem, p.240.

⁶⁴ Objeto de estudo item 2.2.1 do presente trabalho.

para alcance do fim desejado, qual seja, a “maior felicidade”, que pode ser traduzida na efetiva tutela jurisdicional atendendo aos interesses dos cidadãos.

O primeiro requisito a ser comprovado é a adequação entre o fim perseguido e o meio empregado pelo agente de poder. Um ato estatal será considerado adequado sempre que ele for considerado apto a atingir determinada finalidade, que no estudo em análise será interpretada como o dever de proteção do Estado e conseqüentemente um maior saldo de felicidade.

Segundo Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos” a avaliação do meio empregado deve ser puramente objetiva, sem valorações axiológicas em torno da sua maior justiça ou injustiça. Na adequação não se avalia qualquer aspecto de justiça ou injustiça⁶⁵.

Assim, em breves linhas, a colaboração é adequada, porque é apta à sua finalidade de instrumentalizar o Estado com informações seja sobre o destino e a localização dos bens oriundos das atividades criminosas, seja sobre a estrutura da organização criminosa.

Quanto a necessidade do instituto premial, cabe reiterar que o dever estatal é garantir a segurança de todos os cidadãos, sendo essa premissa um dos fundamentos da própria existência e legitimação do Estado.

Em consonância com tal entendimento, extrai-se novamente do Termo de Acordo de Colaboração Premiada do ex-diretor da Petrobrás, Paulo Roberto Costa cláusula, nesse sentido:

Cláusula 2ª: O interesse público é atendido com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir efetividade à persecução criminal de outros criminosos e ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes de lavagem de dinheiro e crimes praticados por organizações criminosas, inclusive no que diz respeito à repercussão desses ilícitos penais na esfera cível, tributária, administrativa, disciplinar e de responsabilidade. Há, ainda, eminente interesse na recuperação das vantagens econômicas ilícitas oriundas dos cofres públicos, distribuídas entre diversos agentes públicos e particulares ainda não identificados, bem como na investigação da corrupção de agentes públicos de diferentes setores e níveis praticada mediante oferecimento de vantagens por grandes empresas, nos termos da Lei 1 2.846/2013.

⁶⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2013, 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, nº. 9, 2015, pp. 505-506.

A justificativa que legitima a necessidade da colaboração premiada decorre exatamente dessa obrigação estatal de proteção. Da soma dos fatores obrigação de exercer o *ius puniendi* e a nocividade do crime organizado, cria-se uma conseqüente reprovação à uma insuficiente proteção por parte do Estado a tutela ao bem-estar e a segurança da sociedade. É nessa reprovação que se funda a necessidade⁶⁶.

Nesse especial cenário de ameaça de lesão, violação ou insatisfação na tutela dos direitos individuais e coletivos, torna-se necessário o uso de técnicas alternativas e excepcionais para realizar o dever estatal de proteção, ainda que sua adoção se traduza em algum nível de mitigação de garantias individuais. A necessidade da colaboração premiada decorre da carência dos meios aptos de produção de prova tradicionais contra um tipo especial de criminalidade: o crime organizado.

No entanto, cabe aqui ressaltar a defesa do instituto da colaboração premiada nos moldes de um Estado controlado por meio de regras claras, para que o sucesso de um instituto que possui, obrigatoriamente, características de excepcionalidade, nunca extrapole os estritos limites da necessidade e se vulgarize. É imperativo que a adoção dos meios excepcionais de obtenção da prova para a apuração da criminalidade organizada seja marcada pela estrita necessidade, a fim de se evitar excessos.

Por fim, resta ainda comprovada a proporcionalidade racional da adoção da colaboração premiada como medida excepcional. Em outras palavras, tenta-se demonstrar a colaboração premiada como um caminho alternativo apto a produzir os resultados almejados em uma ponderação de custos *versus* benefício.

Argumenta-se que o instituto premial agride em menor escala as garantias fundamentais individuais, levando-se em consideração, ser a voluntariedade um dos pilares do instituto. O depoimento de qualquer acusado, conforme já defendido, seja ele colaborador da justiça ou não, é uma manifestação do direito de autodefesa, direito de natureza renunciável.

Outro critério de adequação e proporcionalidade do instituto premial, fundamenta-se no método da exclusão, isto é, alguns autores sustentam que entre as medidas alternativas elencadas no art. 3º da Lei 12.850/13, como a escuta ambiental, ação controlada, afastamento de sigilos telefônicos, telemáticos, financeiro, bancário e fiscal, infiltração por policiais em atividade de investigação e cooperação entre instituições e

⁶⁶ MESQUITA, Bruno Utsch, Ob. Cit. pp. 506-508

órgãos públicos dos entes federativos a colaboração premiada é a que menos agride garantias fundamentais individuais⁶⁷.

Por este método de eliminação, dentre as medidas alternativas de idêntica finalidade, a colaboração premiada se mostra a opção menos ofensiva às garantias fundamentais individuais justamente pelo seu caráter voluntário e a imprescindibilidade da defesa técnica para validade e eficácia do ato. Sendo considerada como a mais legítima em um cenário marcado pela disfunção do sistema penal, que reclama por medidas alternativas no combate à criminalidade organizada.

Dessa forma, parece razoável perceber que, ante a necessidade de restrições de garantias, a delação premiada visa proteger em maior medida, o conteúdo mínimo dos direitos do colaborador, sendo vista como a mais legítima dentro de um Estado Democrático de Direito.

Por todo o exposto, o que se busca demonstrar é o instituto da colaboração premiada como meio a alcançar um fim desejado, qual seja, o Estado garantindo a proteção do indivíduo por meio de efetiva tutela jurisdicional assegurando a efetividade de seu poder-dever de punir. O que no contexto atual tem se mostrado mais difícil diante da evolução dos meios técnicos, possibilitando uma maior complexidade das organizações e conseqüente disfunção do sistema penal, posto que os meios tradicionais da persecução penal se tornaram insuficientes frente aos crimes de maior lesividade.

Nessa medida, o instituto premial assume um papel complementar à disposição do Estado, de forma a preencher a lacuna existente quanto a sua funcionalidade. Sustentando suas atitudes como meio de se alcançar o objetivo final, partindo da premissa, nas já mencionadas palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello⁶⁸, que “os meios justificam os fins” na busca de ações que promovam o maior saldo de felicidade. O que torna o uso da colaboração premiada meio justificável para a operatividade do sistema penal.

Exposta a ótica utilitarista do instituto premial, sob a qual o agente beneficiado pela sua utilização é a sociedade, faz-se importante observar a seguir, esse mesmo processo sob a ótica dos agentes delatores e do Estado.

⁶⁷ MIRANDA, Gustavo Senna. Ministério Público e a colaboração premiada, 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, nº. 9, 2015, pp. 510 - 511.

⁶⁸ Vide nota de rodapé n. 31.

4. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DE AGENTES RACIONAIS

Uma segunda perspectiva dada a colaboração premiada embasa-se na Teoria dos Jogos. Primeiramente, analisaremos sucintamente a proposta desenvolvida por essa teoria, em seguida, observaremos a colaboração premiada inserida nesse contexto.

4.1. Fundamentos da Teoria dos Jogos

Segundo SIMONSEN (1989), a teoria dos jogos busca descrever a forma pela qual agentes racionais tomam decisões em momentos que seus ganhos potenciais dependem não apenas de suas ações, mas também das atitudes 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 alheias⁶⁹.

Nesse viés, enfatiza-se a necessidade de interação entre agentes para que o processo decisório seja objeto de interesse da Teoria dos Jogos, devendo um agente se colocar no lugar dos demais para analisar os ganhos ou perdas de cada combinação possível de ações⁷⁰.

A Teoria dos Jogos consiste em entender que os ganhos de uma decisão dependem da combinação de muitas ações até chegar em um equilíbrio conhecido como Equilíbrio de Nash⁷¹. 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 pena de 6 meses. Por fim, caso apenas um deles confesse, aquele que ficou calado recebe uma pena de 10 anos enquanto aquele que cooperou com a polícia sai livre⁷².

⁶⁹ SIMONSEN, Mario Henrique. *Macroeconomia e teoria dos jogos*. Revista Brasileira de Economia, et al v. 43, n. 3, 1989, p. 315-371.

⁷⁰ 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.

⁷¹ O equilíbrio de Nash representa uma situação em que, em um jogo envolvendo 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.

⁷² CARMONA, A.A; MOREIRA, B.B.C; NAVA, C.G; GROKE, L.M; MESQUITA, V.P.A, Ob. Cit., cit. pp. 10-11.

Em uma situação ótima para os dois agentes simultaneamente, o ideal seria que nenhum dos dois confessasse, pois seria o menor tempo somado das penas. Contudo, o Equilíbrio de Nash não é necessariamente igual ao interpretado como ótimo aos agentes. Nesse exemplo, o indivíduo A analisaria que caso B confessasse, seria mais vantajoso também confessar, pois dessa forma ele receberia uma pena de 5 anos no lugar de uma de 10 anos. Caso B não confessasse, também seria mais vantajoso que A delatasse seu companheiro, uma vez que poderia sair livre em vez de cumprir uma pena de 6 meses. Logo, A entende que seja qual for a decisão de B, é mais vantajoso confessar. B, por sua vez, raciocinaria da mesma forma. Temos então que o Equilíbrio de Nash é A e B confessarem, diferente do ótimo visto primeiramente⁷³.

O Dilema do Prisioneiro é o exemplo mais famoso de um jogo não cooperativo com estratégia dominante⁷⁴, ou seja, os jogadores não têm a opção de firmar um contrato vinculativo, um acordo, ao qual ambas as partes deveriam aderir.

No entanto, na prática o jogo pode ser formado sob condições diferentes dessa, com por exemplo ações coordenadas. Analisando o Dilema dos Prisioneiros como um jogo cooperativo em que os jogadores têm a oportunidade de firmar um acordo, eles optariam por não delatar um ao outro e passariam ambos apenas seis meses sob custódia.

Outra condição a ser objeto de estudo é a hipótese de jogos finitos e infinitos. Ainda no exemplo abordado anteriormente, caso os prisioneiros estejam cientes de que o jogo será repetido infinidamente entre eles, torna-se interessante para ambos os agentes que somente seja feita uma alteração de suas ações, mediante mudança prévia da ação do outro prisioneiro. Vejamos a seguir.

Caso ambos A e B iniciem optando por não delatar, a melhor alternativa é que permaneçam dessa forma, pois assim permaneceriam presos por 6 meses. 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.

Contudo, se ambos A e B iniciarem optando por delatar (pena de 5 anos para ambos), B só decidiria alterar sua posição para não delator, mediante alteração da posição de A para não delator também, incidindo para ambos, agora, a pena de 6 meses. Nessa situação de não delação mútua, dado que os jogos se repetem infinitamente, caso A decida delatar, mesmo que B mantenha sua posição não delator, na rodada seguinte, visto o prejuízo sofrido por B (pena de 10 anos) ambos voltam à condição de delatores incidindo

⁷³ Ibidem, p. 12

⁷⁴ Se traduz na melhor situação possível para o próprio agente independente do que o outro opte por fazer.

a pena de 5. Portanto, existe o incentivo para A que este passe de delator para não delator, uma vez que B faça o mesmo. Esta estratégia adotada em jogos repetidos infinitamente é conhecida como “*tit-for-tat*”.

Agora, em hipótese de o número de repetições do jogo ser finito, a estratégia adotada não afetará decisões subsequentes, não há incentivos para a cooperação. Assim, no período anterior a este, os agentes criam expectativa de não cooperação no último período e optam por não cooperarem no penúltimo, seguindo este raciocínio sucessivamente, fica fácil perceber que os agentes não cooperam desde o primeiro momento. Isto é, desde a primeira rodada, optam por delatar, incidindo sob cada um a pena de 5 anos. Dessa forma, ao se tratar de um número finito de ações disponíveis aos jogadores, será estabelecido desde o primeiro momento, o equilíbrio de Nash.

4.2. Aplicação da Teoria dos Jogos à Colaboração Premiada no ordenamento jurídico brasileiro

A colaboração premiada por sua vez, encontra respaldo nessa teoria porque nela, os agentes se deparam com diferentes tomadas de decisões influenciadas pelos demais envolvidos no momento de decidir colaborar ou não com a persecução penal. Por esse motivo, pode-se entender a mesma como um jogo, o que torna a Teoria dos Jogos tema de relevante análise no presente estudo.

Em analogia ao Dilema dos Prisioneiros, partindo-se do pressuposto que a Colaboração Premiada se trata de um jogo único - aqui definido como o número de vezes em que é oferecido um acordo de colaboração premiada a um agente - ela pode se apresentar semelhante ao formato de um jogo não cooperativo com estratégia dominante, no qual os envolvidos não possuem conhecimento sobre a decisão dos demais e não estabeleceram acordo algum em prol de benefício mútuo, e, por esse motivo, tendem a realizar o que é melhor para si. Nesta hipótese, os acusados têm a opção de delatar o outro e receber vantagens do Estado ou pressupor que haverá silêncio dos demais agentes e 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 Funaro⁷⁵ e José Carlos Batista⁷⁶ em uma ação criminal aberta como desdobramento do mensalão. Nesse caso, segundo denúncias do Ministério Público Federal, ambos estavam 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, um perdão judicial. Vale ressaltar que outros nomes⁷⁷ envolvidos no mesmo caso e, que não fizeram esse tipo de acordo, receberam longas penas.

Passando para o caso de jogos cooperativos com estratégias dominantes, esse ocorre quando os jogadores conseguem se comunicar e estabelecer um acordo prévio. Contudo, dificilmente ele será visto no contexto de delações premiadas. Isso acontece porque mesmo que os jogadores estejam livres para se encontrar e coordenar suas ações, nenhum deles se utiliza desse instituto. Os incentivos externos como, por exemplo, delações de outros agentes, longa duração das penas e falta de confiança no parceiro fazem com que a decisão de se manter leal ao que fora previamente acordado seja rara⁷⁸.

Entendidas as aplicações dos conceitos de jogos cooperativos e não-cooperativos no âmbito da colaboração premiada, vejamos agora como a colaboração premiada relaciona-se com os conceitos acima definidos de jogos finitos e infinitos.

Supondo-se que um evento de colaboração premiada possa ser analisado sob a ótica de jogos infinitos, conforme visto na seção anterior, a melhor alternativa para os agentes perante a uma situação de dilema dos prisioneiros seria a *tit-for-tat*. Ou seja, um agente apenas altera a sua posição, frente a mudança do agente oposto. Uma verificação interessante dessa estratégia pôde ser observada no caso Odebrecht, no qual Marcelo Odebrecht (Agente A), acreditando tal qual fossem as infinitas oportunidades de delação, tanto ele, como os demais funcionários da empresa (Agente B) adotariam sempre a postura de cooperarem entre si, e, portanto, não delatarem, como de fato ocorreu inicialmente. Contudo, no momento em que o Agente B muda seu posicionamento e decide delatar, conforme realizado primeiramente pela datilógrafa da empresa Maria Lúcia, Marcelo Odebrecht também muda seu posicionamento optando por firmar acordo

⁷⁵ Doleiro envolvido no mensalão e atualmente investigado na Operação Lava Jato apontado como um dos operadores de propina ligado ao presidente afastado da Câmara, Eduardo Cunha.

⁷⁶ Suposto laranja de Lucio Bolonha Funaro.

⁷⁷ Costa Neto, ex-deputado federal, julgado e condenado no escândalo do mensalão a sete anos e dez meses de prisão.

⁷⁸ CARMONA, A.A; MOREIRA, B.B.C; NAVA, C.G; GROKE, L.M; MESQUITA, V.P.A, Ob. Cit., cit., p. 17.

de delação premiada, estabelecendo-se a partir de agora o equilíbrio de Nash, onde todos delatam.

Todavia, supondo-se agora que um evento de colaboração premiada possa ser analisado pela ótica de jogos finitos, o equilíbrio de Nash se daria através da estratégia de delação por ambas as partes desde um primeiro momento, pois como visto na seção anterior, uma vez que o agente A parte do pressuposto que o agente B delataria na última rodada, aquele opta por delatar na penúltima e assim sucessivamente. Chegando-se à conclusão de que a melhor opção é delatar desde a primeira rodada.

Dessa forma, após a análise do instituto premial sob as óticas de jogos, sejam eles finitos ou infinitos, conclui-se que a melhor atitude por parte dos agentes racionais será sempre delatar. Materializando assim, a ideia da colaboração premiada como uma estratégia de defesa à disposição dos agentes colaboradores, desde que pautada em uma atitude voluntária e consciente.

Apresentada as hipóteses em que a colaboração premiada pode aparecer no contexto da Teoria dos Jogos e os respectivos comportamentos possíveis a serem adotados pelos agentes envolvidos quando equiparados aos “prisioneiros”, busca-se agora entender o proveito do instituto premial inserido nessa teoria, sob a ótica do Estado.

4.3. Comportamento estatal à luz da Teoria dos Jogos

Sob uma perspectiva estatal, a Teoria dos Jogos também ganha status ao ser vista como forma de ampliar a clareza acerca dos comportamentos e objetivos dos agentes envolvidos em um processo jurídico.

Tal fato ocorre porque ao entender o Direito a partir de um jogo e todos os seus aspectos dinâmicos, regras e jogadores, segundo Alexandre Morais da Rosa, ficam evidentes os comportamentos do agente, sejam eles de cooperação ou de conflito. Assim a Teoria dos Jogos aplicada ao campo penal é importante ao ajudar a modelar como o poder público (jugador e mediador) pode oferecer benefícios para criminosos em troca de informações úteis para as investigações visto que os agentes, uma vez que existe uma ameaça à liberdade individual, se preocupam em maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas⁷⁹.

⁷⁹ CARMONA, A.A; MOREIRA, B.B.C; NAVA, C.G; GROKE, L.M; MESQUITA, V.P.A, Ob. Cit., cit., p. 15.

Ademais, o conceito de "vantagem em ser o primeiro", trazido no inciso II, §4º do art. 4º da Lei 12.850/13 apesar de ser alvo de críticas na doutrina, mostra-se como evidente estratégia estatal no âmbito das delações premiadas no que tange o efeito cascata que promove. Isso ocorre porque uma primeira delação cria uma corrida já que o último a delatar terá menos informações novas e eficazes e, portanto, precisará delatar mais para obter os mesmos benefícios que os primeiros⁸⁰.

Nesse contexto, o Estado busca incentivos para que alguém rapidamente se interesse pelo acordo de delação, uma vez que, de certa forma, o primeiro delator é valorizado pelo Ministério Público, pois além das informações de sua confissão, ele é um meio de promover e incentivar novos acordos. Exemplo prático disso no Brasil é o caso do já citado Paulo Roberto Costa, primeiro a assinar um acordo de delação premiada dentro da Operação Lava Jato, delatou outros integrantes do esquema e se comprometeu a devolver R\$ 70 milhões aos cofres públicos. Depois de sua delação, a Lava Jato fechou 51 novos acordos apenas em primeira instância⁸¹.

Pelo exposto, o que se busca demonstrar é a Teoria dos Jogos como peça chave para melhor entender as estratégias por trás das delações premiadas. Capaz de ajudar não só o jogador a tomar uma decisão como também auxiliar o Ministério Público e o Poder Judiciário, como julgadores e mediadores, a entender os incentivos necessários para que os jogadores ajam de forma a delatar seus companheiros⁸². Torna-se notório no cenário brasileiro, a relação existente entre o atual quadro de delações premiadas na Operação Lava Jato com matemática desenvolvida pela Teoria dos Jogos.

Assim, o uso da Teoria dos Jogos no processo penal e especialmente na lógica por trás dos acordos de delação premiada se mostra uma ferramenta poderosa e interessante para a análise do comportamento dos agentes bem como auxílio ao Estado em sua atuação no direito penal brasileiro. No atual cenário em que o Brasil está inserido, o incentivo a delatar só tende a crescer dado que o jogo possui cada vez mais agentes e, portanto, mais incerteza⁸³.

Nesse sentido, o que se visa demonstrar é a colaboração premiada como forma de trazer informações eficazes sobre crimes de maior lesividade que restariam sem esclarecimentos pelos tradicionais meios de prova. Assim, sob uma segunda perspectiva

⁸⁰ Ibidem, pp. 18-19.

⁸¹ Ibidem, p. 19.

⁸² Ibidem, p. 19.

⁸³ Ibidem, pp. 19-24.

o instituto se mostra novamente um meio complementar a investigações criminais em um cenário marcado pela disfunção do sistema penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, resta clara a tensão existente na doutrina e na jurisprudência no que diz respeito ao instituto da colaboração premiada que se torna centro de amplos debates e críticas. Por se tratar de uma legislação ainda escassa quanto a matéria em análise, positivos se tornam tais debates na busca de soluções às lacunas existentes que melhor se adequem aos ditames constitucionais.

A colaboração premiada recebe destaque quando na atual realidade criminal se verifica uma falência no sistema penal ante a carência dos meios aptos de produção de prova tradicionais. Em um cenário marcado pela complexidade das organizações, com elaborada estrutura e divisão de tarefas, disponibilidade de materiais e meios técnicos, códigos de hierarquia e disciplina, dentre outras inúmeras causas de inoperância, o que se tentou encontrar, foram alternativas possíveis ao Estado frente a essa a necessidade do sistema processual penal em alcançar soluções diferentes ao modelo tradicional, buscando maior eficiência para, na prática, satisfazer-se com a justiça.

Localizado entre polos tendencialmente opostos, em defesa da operatividade do sistema penal e conseqüente êxito na esfera da segurança pública, direitos e garantias fundamentais são contestados dando margem a plausíveis discussões quanto a legitimidade do instituto e sua conformidade com princípios típicos do Estado de Direito. Nesse contexto, o presente trabalho buscou discutir não a harmonia estável desses dois valores, mas uma possível moderação desse quadro que se encontra em constante oscilação.

É possível perceber que a versão moderna do instituto surgiu como resposta do Estado para momentos de grave crise democrática, o que serviu de justificativa para a adoção da concessão de benesses pessoais em troca da colaboração do acusado. Verificando-se, que o discurso do medo e da necessidade de combate ao crime é dirigido ao Poder Judiciário na forma de exigência de uma postura menos garantista e mais condenatória.

Assim, os dispositivos de reforço investigativo devem ser considerados enquanto se destinem ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade, que trazem consigo exatamente uma noção de emergência investigativa, pela quase impossibilidade de abordá-las de outra forma que não seja por novos expedientes de intensificação das técnicas de apuração.

Nesse sentido, em análise aos relevantes princípios norteadores da persecução penal, buscou-se encontrar uma perspectiva consoante à constitucionalidade ponderando as críticas, quando possível, de forma a ajustar o instituto ao ordenamento jurídico constitucional positivo. Buscou-se ainda, encontrar meios justificáveis à figura do delator, para que este seja socialmente aceito.

Com base em argumentos utilitaristas, segundo os quais as ações são analisadas de acordo com a tendência em aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas, a colaboração premiada justifica-se na promoção do maior saldo de felicidade. A visão moderna do instituto ganha notoriedade amparando-se no indiscutível sucesso ao combate, de modo eficaz, a um tipo de criminalidade que deixa poucos rastros e o sigilo é a principal característica.

É preciso considerar que a resposta penal dentro da perspectiva utilitarista importa em um sistema jurídico que permita construção normativa capaz de atender aos interesses do cidadão. Nessa medida, o Estado, além de garantir a proteção do indivíduo, tem o dever de proteger e efetivar a tutela jurisdicional de modo satisfatório, assegurando a efetividade do seu exclusivo poder-dever de punir. Sendo essa responsabilidade interesse de toda a sociedade, leia-se felicidade inerente a todos ou ao maior número, ante ao direito de proteção, bem como o de se ter esclarecidas as condutas criminosas no âmbito social.

Cominada a justificativa utilitarista, buscou-se ainda interpretar a colaboração premiada sob a ótica de agentes alvos de uma investigação criminal, demonstrando o processo decisório desses agentes em colaborar ou não, sempre objetivando maximizar seus ganhos e minimizar suas perdas no que diz respeito a liberdade individual de cada um. Ainda sob uma perspectiva estatal, pretendeu-se desenvolver a lógica existente por trás do instituto, que não deve ser interpretado como uma mera benesse.

Nesse especial cenário de ameaça de lesão, violação ou insatisfação na tutela dos direitos individuais e coletivos, torna-se necessário o uso de técnicas alternativas e excepcionais para realizar o dever estatal de proteção, ainda que sua adoção se traduza em algum nível de mitigação de garantias individuais. É nesse contexto que o direito premial surge como uma modalidade de direito que ainda não tem autonomia, mas ganha cada vez mais espaço no ordenamento jurídico, assumindo papel complementar à disposição do Estado, de forma a preencher a lacuna existente quanto a sua funcionalidade.

Pelo exposto, não se nega a realidade e a inevitabilidade da previsão e utilização da delação premiada no Brasil, uma vez que o instituto se torna útil e justificável em

algumas situações. No entanto, adverte-se a necessidade de regulamentação e comedimento de sua aplicação. Fundamental se torna o estabelecimento de regras procedimentais e materiais claras e precisas a respeito do instituto de forma a credibilizar este meio de obtenção de prova.

Os dispositivos de reforço investigativo devem ser considerados enquanto se destinem ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade, que trazem consigo exatamente uma noção de emergência investigativa, pela quase impossibilidade de abordá-las de outra forma que não seja por novos expedientes de intensificação das técnicas de apuração.

É certo que a colaboração premiada não deve vulgarizar-se enquanto meio de formação de provas. A traição não pode ser a regra, nem servir de exemplo. Recorre-se a ela quando insuficientes forem as ferramentas probatórias convencionais.

Dessa forma, o estudo em análise buscou demonstrar a colaboração premiada como meio de alcance ao fim desejado, qual seja, a efetiva tutela jurisdicional. Reafirmando-se, entretanto, a necessidade de prévia delimitação de aplicação do instituto premial, de modo a reduzir as possibilidades de má compreensão bem como a popularização do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fabio R. da Silva. “*O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir*”. In: Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 24 ed. São Paulo, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal Brasileiro*. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel, 24 ed. São Paulo, 2017.

BRASIL. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. Dispõe sobre as organizações criminosas. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 24 ed. São Paulo, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 796. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/informativo/informativoSTF.asp >. Acesso em 07.06.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus. HC nº 127.483/PR Quarta Região, Relator: Ministro Dias Toffoli, Processo: 50833605120144047000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de julgamento 27/08/2015.

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.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Editora: Elsevier, Rio de Janeiro, 2009.

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.

ESPIÑEIRA, Bruno e CALDEIRA, Felipe. *Delação Premiada: Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello*. Editora: D'Plácido, Belo Horizonte, 2016.

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

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flavio Cardoso; GAZZOLA Gustavo dos Reis. *Criminalidade Organizada – Comentários à Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013 – Prefácio de Eugênio Pacelli*. Editora Juruá, Curitiba, 2014

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa. Lei 12.850/13*. São Paulo, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. Editora: Lumen Juris, Porto Alegre, 2009

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, nº. 9, 2015.

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.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito*; Tradução Jefferson Luiz Camargo; Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. Editora: Martins Fontes, São Paulo, 2006.

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

PEREIRA, Frederico Valdez. *Valor probatório da colaboração processual*. In: Revista dos Tribunais: RT, n. 879, 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. “*Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada*”. In: Revista dos Tribunais: RT, n. 929, 2013.

PINHEIRO, Junior. Folha explica: Operação Lava Jato. Folha de São Paulo. São Paulo, 31.03.2015. Disponível em < arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato >. Acesso em 05.06.2017.

SACERDO, Leandro, “*A delação premiada a e necessária mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal*”. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 2011.

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

SIMÕES, Mauro Cardoso. *Utilidade e liberdade em John Stuart Mill*. Unibrasil. Curitiba, 2005.

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

SUXBERGER, Antônio H.G., MELLO, Gabriela S.J.V. *A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador*. In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol.3, n. 1, 2017.