



Recebido em 15 abr. 2015

Aceito em 4 maio 2015

CRIMINALIDADE ORGANIZADA E JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: DELAÇÃO PREMIADA

*Luiz Flávio Gomes**

*Marcelo Rodrigues da Silva***

1 MUDANÇA DE PARADIGMA (DA JUSTIÇA CONFLITIVA À JUSTIÇA CONSENSUADA)

Até 1990, a Justiça criminal brasileira seguia (ferreamente) o modelo conflitivo (clássico), que pressupõe investigação, denúncia, processo, ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentença, duplo grau de jurisdição, etc. Praticamente, estava vedado qualquer tipo de negociação entre a acusação e a defesa. Não que um corréu não pudesse delatar seu comparsa; isso sempre foi possível; mas não se falava em novo paradigma de Justiça (mudanças pontuais não alteram o paradigma). Em 1990, com a lei dos crimes hediondos, foram ampliadas as possibilidades de delação premiada (mas ainda não se falava em novo paradigma).

Mudança relevante no cenário aconteceu, verdadeiramente, com o advento da Lei dos Juizados Criminais (Lei 9.099/95), que rompeu o velho paradigma conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo (infrações com pena não superior a dois anos). Desde 1995, os dois subsistemas convivem, cada qual tendo validade num determinado âmbito da criminalidade. O importante é que o sistema de Justiça negociada nunca foi declarado inconstitucional pelo STF.

O oposto da Justiça conflitiva é a Justiça consensuada (que prega a resolução alternativa do conflito penal). Dentro do guarda-chuva “Justiça consensuada” é necessário distinguir quatro subespécies: (a) *Justiça reparatoria* (que se faz por meio da conciliação e da reparação dos danos – juizados criminais; crimes ambientais-TAC); (b) *Justiça restaurativa* (que exige um mediador, distinto do juiz; visa a solução do conflito, que é distinta de uma mera decisão); (c) *Justiça negociada* (onde se encaixa a *plea bargaining*, tal como nos EUA – 97% dos casos

* LUIZ FLÁVIO GOMES, jurista e diretor-presidente do Instituto Avante Brasil (membro do MCCE).

** MARCELO RODRIGUES DA SILVA, advogado, especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura e especialista em Direito Contratual pela PUC-SP.

são resolvidos pela negociação, de acordo com o juiz federal norte-americano Jeremy D. Fogel, em entrevista para o Conjur) e (d) *Justiça colaborativa* (que é subespécie de Justiça negociada, caracterizando-se por premiar o criminoso quando colabora consensualmente com a Justiça criminal).

2 SISTEMA NORTE-AMERICANO

A Justiça consensuada (1) veio para ficar (nisto consiste o processo de norteamericanização da Justiça criminal), ou seja, pelo que é possível perceber vai se firmando a cada dia como novo paradigma da Justiça criminal; (2) implica necessariamente na existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos (onde se permite a Justiça negociada há uma proliferação de microssistemas jurídicos); (3) destaque merece, no sistema norte-americano, o instituto da *plea bargaining*, que exige a declaração de culpabilidade do agente - *guilty plea*; (4) a *plea bargaining* é diferente da *plea of nolo contendere*, que vale no Brasil para os juizados criminais: neste sistema o réu não admite sua culpabilidade, mas, ao mesmo tempo, não quer contender, não quer litigar, por isso aceita a transação; a *plea bargaining* tem como subespécie o *approval*, que consiste na impunidade de um agente pelo testemunho dado, ou seja, pela colaboração dada; neste caso o sujeito não é sequer processado, tal como se permite agora na Lei 12.850, art. 4º, § 4º; (5) não se pode confundir a Justiça negociada (consensuada) com a mera confissão do crime (que no sistema nacional é circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, “d”, do CP); (6) a *plea bargaining* norte-americana se divide em *charge bargaining* (negociação sobre a imputação; troca-se uma acusação maior por uma menor, por exemplo), *sentence bargaining* (negociação sobre a pena e demais consequências do delito) e *negociação mista* (as duas coisas ao mesmo tempo); (7) a *plea bargaining* existe no sistema norte-americano desde o final do século XIX; (8) incontáveis razões levaram à sua adoção, destacando-se: o excesso de processos, amplo poder discricionário ao MP, complexidade do tribunal do júri, satisfação dos interesses dos atores processuais (excesso de trabalho com escassez de meios, pessoas e recursos, racionalização do trabalho; ganho de honorários mais rápido; evitar penas mais severas; excesso de trabalho dos defensores públicos, previsibilidade do resultado do processo, “crime wave” dos anos 60 nos EUA, reconhecimento da *plea bargaining* nos anos 70 pela Suprema Corte etc.); (9) dentre as razões da Justiça negociada nos EUA cabe destacar a ampla discricionariedade do MP (princípio da oportunidade extremada); (10) assim como a ampla disponibilidade do objeto do processo pelas partes.

São incontáveis (11) as críticas ao sistema de Justiça negociada nos EUA. Dentre os abusos praticados pelo MP destacam-se a *overcharging* (o MP se vale da sua posição privilegiada para imputar mais crimes do que as provas permitem), a *overrecommendation* (o MP ameaça com pena maior que a recomendada pelos critérios de justiça) e a *bluffing* (o MP afirma mentirosamente ter mais provas do que realmente possui). Para suavizar ou eliminar as vantagens do órgão acusatório, luta-se pelo respeito à (12) *discovery* (que consiste no recíproco conhecimento

das provas, incluindo as das investigações paralelas, permitidas no sistema norte-americano); (13) à *plea bargaining* se aplica a teoria dos jogos, ou seja, se um delata, a posição mais favorável é a de todos delatarem; (14) a Justiça negociada dos EUA prevê uma série de garantias: documentação das negociações (em audiência aberta- *in open court*), presença de advogado, supervisão de um juiz (neste ponto nosso sistema é distinto); (15) quanto aos requisitos de validade da negociação cabe elencar os seguintes: capacidade do acusado, declaração informada, declaração voluntária (nenhum tipo de coação ou ameaça), existência de base fática (que possa derrubar a presunção de inocência); (16) exige-se a homologação do juiz; (17) cabe revogação da negociação por vício da vontade (ameaça, constrangimento, violência) e impugnação por vícios precedentes (provas ilícitas, por exemplo); (18) outras críticas ao instituto da negociação criminal são as seguintes: desjudicialização do conflito (o acordo se faz entre a acusação e a defesa, cabendo ao juiz a homologação), erosão do princípio acusatório (ou seja, do velho processo conflitivo), erosão das garantias da defesa, aplicação desigual da lei penal, desconformidade com os fins da pena; (19) em virtude de todas as críticas, fala-se sempre em abolição do sistema ou regulação mais detalhada ou ainda em reforma (que significaria mais informação ao réu sobre as provas em poder do MP, novo papel para a vítima, mais participação do juiz, evitar o máximo possível o acordo com réu em prisão preventiva, abolir qualquer tipo de coação, alteração do quadro punitivo em geral); (20) a *plea bargaining* triunfou nos EUA, mas continua sendo muito complicado dizer que também triunfaram a Verdade, a Igualdade e a Justiça¹.

3 SISTEMA BRASILEIRO

A colaboração premiada não é instituto exclusivo da Lei 12.850/2013. Este mesmo instituto é também tratado em outros diplomas sob a denominação “delação premiada”, tais como:

- a) Artigo 8º, parágrafo único da Lei 8.072/1990;
- b) Artigo 159, § 4º do CP (extorsão mediante sequestro);
- c) Artigo 25, § 2º da Lei 7492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional);
- d) Artigo 16, parágrafo único da Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem econômica e financeira);
- e) Artigo 1º, § 5º da Lei 9.613/1998 (com redação dada pela lei 12.693/2012);
- f) Artigos 13 e 14 da Lei 9.807/1999;

¹ Ver sobre o tema ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*: aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007; BITTAR, Walter Barbosa; PEREIRA, Alexandre Hagiwara (colaborador). *Delação premiada*: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; GARCÍA ESPAÑA, Elisa. *El premio a la colaboración con la justicia*: especial consideración a la corrupción administrativa. Granada: Comares, 2006; GOMES, Luiz Flávio. “Delação é coisa de cana-lha?” *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, ano IX, n. 53, Porto Alegre: Magister, abr./maio 2013, p. 62-64; MAYNARD, Douglas W. *Inside plea bargaining*: the language of negotiation. New York: Plenum Press, 1984; PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, ano X, n. 56, Porto Alegre: Magister, out./nov. 2013, p. 24-29; QUEZADO, Paulo; VIRGINIO, Jamile. *Delação premiada*. Fortaleza: Gráfica Editora Fortaleza, 2009; RIQUERT, Marcelo Alfredo. *La delación premiada en el Derecho Penal*: el “arrepentido”: una “técnica especial de investigación” en expansión. Buenos Aires: Hammurabi, 2011; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La justicia penal negociada*: experiencias de derecho comparado. Salamanca: Universidad Salamanca, 1997.

- g) delação via acordo de leniência prevista nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/2011;
- h) Artigo 41 da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes).

Antes do advento da Lei 12.850/2013, entendia-se que o instituto era previsto com contornos de norma geral na Lei de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas – 9.807/1999 (arts. 13 e 14)-, pois os requisitos gerais estavam previstos nesta lei, sendo que a temática especial era tratada na Lei 9.034/1995, art. 6º (combate ao crime organizado); Lei 9.613/1998, art. 1º, § 5º (com a redação conferida pela Lei 12.683/2012) (lavagem de dinheiro); Lei 8.072/1990, art. 8º, parágrafo único (crimes hediondos); Lei 8.137/1990, art. 16, parágrafo único (crimes contra a ordem tributária); Lei 7.492/1986, art. 25, § 2º (crimes contra o sistema financeiro nacional); Código Penal, art. 159, § 4º (extorsão mediante sequestro); e Lei 11.343/2006, art. 41 (tráfico de drogas). Esta posição de que a Lei 9.807/1999 tratava-se de norma geral de regulação da delação premiada era inclusive a posição sufragada pela 4ª Turma do STJ². Veja-se:

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR HABEAS CORPUS. DELAÇÃO PREMIADA. EFETIVA COLABORAÇÃO DO CORRÉU NA APURAÇÃO DA VERDADE REAL. APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. O sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício. 3. A delação premiada, a depender das condicionantes estabelecidas na norma, assume a natureza jurídica de perdão judicial, implicando a extinção da punibilidade, ou de causa de diminuição de pena. 4. A aplicação da delação premiada, muito controversa na doutrina e na jurisprudência, deve ser cuidadosa, tanto pelo perigo da denúncia irresponsável quanto pelas consequências dela advinda para o delator e sua família, no que concerne, especialmente, à segurança. 5. Competindo ao Órgão ministerial formar o convencimento do juiz acerca da materialidade e autoria delitiva aptas a condenação, ficou consagrado o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Apesar da ausência de previsão expressa do princípio da não autoacusação na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, ficou assegurada a presunção de inocência e o direito absoluto de não ser torturado. 6. O Pacto de São José da Costa Rica consagrou o princípio da não autoacusação como direito fundamental no art. 8º, § 2º, g, dispondo que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem a se declarar culpado. 7. A delação premiada, por implicar traição do corréu ao comparsa do crime, não pode servir de instrumento a favor do Estado, que tem o dever de produzir provas suficientes para o decreto condenatório. 8. Ao delator deve ser assegurada a incidência do benefício quando

2 STJ. HC 97.509-MG. 4ª Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. j. 15.06.2010.

da sua efetiva colaboração resulta a apuração da verdade real. 9. Ofende o princípio da motivação, consagrado no art. 93, IX, da CF, a fixação da minorante da delação premiada em patamar mínimo sem a devida fundamentação, ainda que reconhecida pelo juízo monocrático a relevante colaboração do paciente na instrução probatória e na determinação dos autores do fato delituoso. 10. Ordem concedida para aplicar a minorante da delação premiada em seu grau máximo; a informação disponível não será considerada para fins de contagem de prazos recursais.

A delação premiada da Lei 9.807/1999 pode ser aplicável a quaisquer crimes, inclusive culposos, observados os requisitos legais, e ressalvada a legislação específica sobre delação/colaboração.

A Lei 12.850/2013 é muito mais detalhista quanto ao procedimento da colaboração premiada quando comparada à Lei 9.807/1999. A Lei 12.850/2013 disciplinou vários aspectos procedimentais, tais como: a impossibilidade de participação do juiz nas negociações realizadas entre as partes, a forma de homologação do acordo de colaboração pelo juiz, a possibilidade de retratação da proposta e suas consequências jurídicas, etc.

Assim, surge o seguinte questionamento: A Lei 9.807/1999 deixou de ser norma geral, abrindo-se espaço para a Lei 12.850/2013 ser o novo paradigma procedimental para a realização de delações premiadas?

Muito embora a lei 12.850/2013 não tenha revogado as demais leis³, ela pode servir como norma geral de regulamentação do instituto no que diz respeito aos seus aspectos procedimentais. Neste mesmo sentido leciona Eduardo Luiz Santos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Nahur (2014, p. 182):

“Entende-se que o advento da normatização da lei 12.850/13, além de não revogar os dispositivos anteriores, pode servi-los de complemento em suas respectivas áreas de aplicação, uma vez que o atual diploma legal normatiza de forma bem mais detalhada os procedimentos para a colaboração. Isso, aliás, era uma lacuna por demais prejudicial à devida aplicação do instituto por meio dos diplomas legais que antecederam à atual Lei do Crime Organizado”.

4 DIÁLOGO DAS FONTES

Há vários microssistemas de colaboração premiada (ou delação premiada) espalhados em nosso ordenamento jurídico (como listado anteriormente), sendo pertinente a aplicação (também no âmbito do direito interno) da Teoria pós-moderna do *Diálogo das Fontes* (idealizada pelo alemão Erik Jayme, e difundida no Brasil pelos professores Cláudia Lima Marques e Valério Mazzuoli) à multiplicidade de fontes legislativas que versam sobre delação premiada. Tal

3 Neste sentido: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Op. cit.*, p. 1289.

“Diálogo” surge com o objetivo de fornecer ao intérprete uma nova ferramenta hermenêutica hábil a solucionar o conflito entre as leis de um mesmo ordenamento, ultrapassando os critérios tradicionais de solução de antinomias, sendo plenamente passível de utilização no âmbito penal (muito embora no Brasil só se tenha notícias de sua utilização no âmbito do direito privado).

O diálogo das fontes ampara o entendimento no sentido que quando duas regras de diferentes ramos no direito regem o mesmo fato, *haverá possibilidades de o juiz, por meio de seu papel consolidador do sistema, escolher por aquela que mais ampara os direitos fundamentais*, ainda que configure norma de natureza geral diante de norma de natureza especial.

Assim sendo, as normas de delação premiada devem complementar-se umas às outras, no que lhes forem compatíveis, mantendo-se *um diálogo sistemático de coerência*, ou seja, é necessário que essa complementação se dê de forma coerente com o sistema em que cada uma se encontra inserida.

Destarte, *plenamente possível que, por exemplo, se aplique o procedimento de formalização do acordo da colaboração premiada da Lei 12.850/2013 (que deve ser escrito e obedecer aos requisitos do artigo 6º desta lei) às outras normas que não disciplinaram tal procedimento*⁴ (tais como as Leis 8.072/1990, 7.492/1996, 9.807/1999, 9.613/1998, 11.343/06, 8.137/1990, 12.529/2011 e artigo 159, § 4º do Código Penal), pois *além do fato de trazer segurança ao réu colaborador/delator, respeita-se a garantia constitucional do devido processo legal*.

De outro lado, como já afirmado, por certo que deve tal diálogo das fontes manter um sistema de coerência (diálogo sistemático de coerência). Destarte, se uma organização criminosa pratica o crime de lavagem de capitais, não haveria que se falar em necessidade de obtenção de algum dos resultados previstos no artigo 4º e incisos da Lei 12.850/13 para se falar em concessão do prêmio previsto no artigo 1º, § 5º da Lei 9.613/98 com relação a este crime, pois *a Lei de 9.613/98 exige como requisito do recebimento do prêmio que o delator leve ao resultado da identificação dos autores, coautores ou partícipes “ou” (conjunção alternativa) que leve à localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime*, ao passo que a Lei 12.850/13 (artigo 4º, inciso I) *exige a soma desses dois resultados* para a obtenção do prêmio (identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa “e” das infrações penais por eles praticadas).

Entende-se também que as outras legislações de delação premiada podem complementar a Lei 12.850/2013. Veja-se que o artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas (LOC) reza que o juiz poderá, em razão do acordo de colaboração (alcançado um dos resultados elencados), reduzir a pena em até 2/3, não fixando, portanto, um patamar mínimo de redução da pena (o que poderia levar ao absurdo de o juiz poder reduzir a pena em apenas 1 dia, por exemplo).

Salienta-se que todas as outras leis que tratam do instituto da delação premiada trazem um patamar mínimo de redução da pena (qual seja: 1/3). Desta forma, para se manter a coerên-

4 Neste mesmo sentido EUGÊNIO PACHELLI DE OLIVEIRA (2014, p. 857): “Até por ausência de especificação das demais leis acerca da matéria, o procedimento de formação da homologação do acordo de colaboração previsto na Lei 12.850/13 poderá ser aplicado àquelas hipóteses, desde que compatíveis com as regras de proteção à testemunha previstas na Lei n. 9.807/99”.

cia do sistema, é necessário que haja complementação da Lei 12.850/2013 pelas demais normas especiais sobre o instituto, devendo o quantum mínimo de redução da pena ser também de 1/3 na LOC (lei de organizações criminosas). Há controvérsia doutrinária neste ponto, que será abordada quando tratarmos dos prêmios relativos à colaboração premiada.

Alguns institutos preveem que a delação deve ser espontânea (ex vi, Lei 7.492/86, 9.613/1998 e 8.137/1990) e outros preveem que a delação deve ser voluntária (ex vi, Lei 12.850/2013, 8.072/1990, 9.807 etc.). A diferença é que o ato espontâneo é aquele em que a intenção de praticá-lo nasce exclusivamente da vontade do colaborador, sem interferência externa. Já o ato voluntário permite que o agente colabore por interferência alheia. Neste ponto, também entendemos que deve haver uma uniformização dos institutos pelo intérprete, pois se até com relação à organização criminosa (socialmente mais grave) permite-se que a colaboração premiada seja voluntária, não há motivos para se exigir que as delações premiadas dos outros diplomas normativos sejam espontâneas.

Ademais, os direitos do colaborador previstos no artigo 5º da Lei 12.850/2013 devem ser aplicados a todos os outros diplomas normativos que cuidam de delação premiada.

O Diálogo das Fontes insere-se dentro do contexto de constitucionalização do direito penal (direito penal constitucional), pois possibilita que as leis penais respeitem a carta de direitos fundamentais.

5 ASPECTOS CRÍTICOS

A doutrina é dividida no que tange à admissibilidade ou não da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro. Em sentido crítico encontram-se Alberto Silva Franco (2007, p.343), Eugenio Raúl Zaffaroni (1996, p. 45), Juarez Cirino dos Santos (1994, p. 214-224), Silva Barona Vilar (1996, p. 85-106), Luiz Racovski (2011, p. 36), Gustavo H. R. I. Badaró e Magalhães Gomes Filho (2013, p. 36 citado por CUNHA; PINTO, 2013, p. 36) e Rômulo de Andrade Moreira (2014, p. 46). Favoravelmente opinam Carlos Fernando dos Santos (citado por FERRO, 2014, p. 93), José Paulo Baltazar Júnior (2014, p. 1290-1291), Renato Brasileiro de Lima (2014, 515-516), Roberto Delmanto *et alii* (DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2014, p. 1031), Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2013, p. 36-39) e Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 602-603).

Com a Lei 12.850/13 o instituto da colaboração premiada (da qual a delação é uma modalidade) recebeu tratamento jurídico meticuloso, sempre procurando preservar a autonomia da vontade, o que significa que ela necessariamente deve vir ancorada na liberdade de negociar ou não negociar, na presença de advogado. A ausência de liberdade para negociar constitui um dos motivos para se declarar a nulidade do ato colaborativo. De forma alguma se justifica qualquer tipo de coação ou extorsão para se obtê-la (sob pena de nulidade do ato).

Muito menos se justifica o uso da prisão ou de qualquer outro tipo de ameaça para essa

finalidade⁵. Quando isso ficar comprovado é claro que a colaboração premiada não terá nenhum valor jurídico (gerando a nulidade de todos os atos fundados nela ou decorrentes diretamente dela). Pode-se extrair do bom humor de André Karam Trindade e Lênio Streck que o passarinho para cantar não precisa estar preso. A prisão não pode ser instrumento para o acusado “abrir o bico”⁶.

Nada impede a decretação de prisão cautelar ou de medidas cautelares diversas da prisão se presentes os requisitos legais. A possibilidade de manter o colaborador na prisão está estampada no artigo 15 da Lei 9807/1999, que deve dialogar com a Lei 12.850/2013, pois esta última elenca em seu artigo 5º, inciso I como seu direito: “usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;”. A legislação específica que alude o dispositivo é o artigo 15 da Lei 9807/1999, que estabelece o seguinte: “Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva”.

O juiz deve funcionar como o semáforo do sistema: se der luz verde para arbitrariedades ou se ele mesmo é o responsável por elas, violado resulta o Estado de Direito; se usar a luz vermelha para as arbitrariedades estará convalidando o instituto da colaboração dentro dos contornos do Estado democrático de Direito (restando, nesse caso, apenas a discussão sobre a eticidade do instituto).

Verifica-se na prática que a colaboração premiada é utilizada como principal carta de um baralho, incrementando ainda mais a ideia de que processo penal seja um jogo, como prega Gregorio Robles (2014, p. 15), em que a sorte e a performance dos jogadores em face do Estado Juiz podem ser determinantes no resultado final do processo penal. Neste jogo processual, como bem leciona Alexandre de Moraes da Rosa (2014, p. 33):

“de regra, o julgador e os jogadores tomam decisões maximizadoras de seus interesses a partir da análise de custos e benefícios individuais (*payoffs*) e não levam em consideração as consequências das consequências, a saber, as externalidades e prejuízos individuais (dos demais jogadores) e à coletividade”.

5 Vale lembrar triste episódio em que o Procurador da República MANOEL PASTANA afirmou servir a prisão preventiva de estímulo ao encarcerado para realizar o acordo de colaboração premiada, que será citado *ipsis literis*: Manoel Pastana (Procurador da República): “além de se prestar a preservar as provas, o elemento autorizativo da prisão preventiva, consistente na conveniência da instrução criminal, diante da série de atentados contra o país, tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, o que poderá acontecer neste caso, a exemplo de outros tantos”. Segundo declarou Manoel Pastana, em entrevista exclusiva ao sítio Consultor Jurídico, o direito precisa evoluir. “A figura da delação premiada é recente no direito penal brasileiro. Por isso, diante de uma regra que fala da conveniência da instrução de forma abstrata como causa para a prisão preventiva, é possível se interpretar que uma dessas conveniências seja forçar o réu a colaborar”, enfatizou. O procurador disse que seus pareceres corresponderam ao que chamou de “entendimento avançado” do artigo 312 do Código de Processo Penal e se baseou no item que autoriza a prisão preventiva para conveniência da instrução criminal. Mas assegurou que não distorceu os fatos quando defendeu tal entendimento. Segundo o procurador Pastana, as prisões devem ser mantidas diante da “conveniência da instrução processual”. Diz ele: “A conveniência da instrução criminal mostra-se presente não só na cautela de impedir que investigados destruam provas, o que é bastante provável no caso do paciente, mas também na possibilidade de a segregação influenciá-lo na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos”. Pastana também discute a possibilidade de a prisão preventiva ser transformada em alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Mas ele acredita que, “por razões óbvias, as medidas cautelares alternativas à prisão são inadequadas e impróprias”. (PASTANA, Manoel. Parecer da Procuradoria da República da 4ª Região no Habeas Corpus 5029050-46.2014.404.0000 – Caso “Lava-jato”).

6 STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam. *O passarinho para cantar precisa estar preso. Viva a inquisição!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao>>, 29 nov. 2014. Acesso em: 02 mar. 2015.

Nossas instituições (a exemplo da Polícia, Ministério Público e Judiciário) estão dando um tratamento matemático às investigações, adotando a Teoria dos Jogos (de John von Neumann e Oskar Morgenstern)⁷, o que torna sua atividade mais científica e menos intuitiva⁸. Ao oferecer a todos os investigados a possibilidade de redução de pena por colaboração premiada, as autoridades recorrem à teoria dos jogos, mais especificamente a algo parecido com a problemática do “Dilema do prisioneiro” (originalmente formulado por Merrill Flood e Melvin Dresher)⁹. O dilema do prisioneiro dito clássico funciona da seguinte forma:

“Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?”

A posição mais vantajosa para cada acusado, considerando as escolhas dos outros envolvidos (equilíbrio de Nash¹⁰), passa a ser falar tudo o que sabe. Isso permite não só avançar mais nas investigações como também instruir melhor o processo. Sem a colaboração premiada, a posição de equilíbrio era ficar calado e contar com a incapacidade da polícia de coletar provas suficientes para a condenação¹¹. Muitos dos acusados na Operação Lava Jato (escândalo da Petrobras) continuam apegados a esta última perspectiva (até o momento deste artigo). Mas outros já delataram (como foi o caso de Paulo Roberto Costa, Youssef, ex-diretores da Camargo Corrêa etc.). O que se depreende da teoria dos jogos é o seguinte: se um dos implicados colaborar/delataram, o melhor resultado para todos é fazer a mesma coisa. Quem colabora/delata recebe prêmios; quem não colabora nem delata recebe o peso da lei sem diminuições de penas.

Não havendo nenhuma colaboração premiada, melhor é manter os acordos de silêncio (a omertà). Porque eles dificultam a descoberta de provas (gerando, em regra, a impunidade de todos). É a melhor estratégia para todos os investigados. Quando um dos participantes da

7 A formalização da Teoria dos Jogos ocorreu com a publicação da obra “Theory of Games and Economic Behavior” (Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico), elaborada por John Von Neumann e Oskar Morgenstern, que alvitaram a existência de situações de conflito, tomada de decisões e desenvolvimento de estratégias. Neste sentido, os teóricos de jogos analisam o comportamento de determinados indivíduos e organizações, partindo do pressuposto de que as estratégias escolhidas por estes serão as mais racionais, e, por conseguinte, melhores.

8 SCHWARTSMAN, Hélio. O dilema dos prisioneiros. *Folha de São Paulo*, 18 nov. 2014.

9 Idem.

10 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.

Para melhor compreender esta definição, suponha que há um jogo com “x” participantes. No decorrer deste jogo, cada um dos “x” participantes seleciona sua melhor estratégia, ou seja, aquela que lhe traz o maior benefício. Então, se cada jogador chegar à conclusão que ele não tem como melhorar sua estratégia dadas as estratégias escolhidas pelos seus “x” adversários (estratégias dos adversários não podem ser alteradas), então as estratégias escolhidas pelos participantes deste jogo definem um “equilíbrio de Nash”.

11 SCHWARTSMAN, Hélio. O dilema dos prisioneiros. *Folha de São Paulo*, 18 nov. 2014.

organização criminosa delata, em busca de benefícios jurídicos (de prêmios), o jogo se inverte: é melhor também fazer acordo com a Justiça (porque nesse caso o silêncio será bastante prejudicial). Na fase judicial (já iniciada) saberemos se as delações são ou não verdadeiras, se haverá mesmo recuperação ou não de dinheiro. Uma coisa é certa: se isso prosperar, haverá um “efeito dominó”, gerando colaborações premiadas sequenciais, pois todos os investigados vão querer delatar para também colher benefícios penais. Haverá um nítido efeito viral, apesar de todas as críticas (sobretudo contra os abusos nas prisões preventivas).

A Justiça criminal brasileira mudará de paradigma (sai do modelo conflitivo para entrar de vez no modelo consensual, em todos os crimes, o que é juridicamente possível combinando-se a Lei 12.850/2013, da organização criminosa, com a Lei 9.807/1999, de proteção às vítimas e testemunhas), surgindo um processo penal colaborativo movido pelos interesses das partes, de forma a se chegar o mais próximo possível da verdade (sabendo-se que a verdade real é uma utopia).

A busca incessante da verdade (um dos postulados do garantismo) não resta prejudicada com a colaboração premiada, pois o artigo 4º, § 16 da Lei 12.850/2013 traz que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. O fato de haver colaboração premiada não dispensará jamais uma atividade cognitiva exauriente que demonstre que a tese acusatória é infinitamente mais plausível que a tese defensiva, pois do contrário deverá haver absolvição. Não será imputado ao delatado qualquer ônus sem que se tenha apurado minimamente a pertinência do fato jurígeno ensejador daquele ônus.

É fundamental, portanto, que a colaboração prestada em sede de inquérito seja confirmada em juízo, porque do contrário haverá meros indícios que, por si só, não arrimam uma condenação, exceto se a colaboração permitiu carrear provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis (periciais), a fundamentar a condenação.

Neste mesmo diapasão, a máxima efetividade, contraditório e ampla defesa exauriente restam preservados. O fato de existir um acordo de colaboração premiada não afastará a dialética do processo, de modo que a sentença seja síntese do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, a colaboração premiada pode ser amoral. Não é necessário que exista concórdância absoluta entre preceitos morais e jurídicos – nem jurídicos-penais. Paulo Queiroz (2014, p. 62-63), brilhantemente, traz os seguintes argumentos para confirmar este raciocínio:

- a. não existem fenômenos morais, mas uma interpretação moral dos fenômenos (Nietzsche) e, pois, múltiplas formas de expressão da moral ⁽¹²⁾;
- b. o direito é, no fundo, uma dimensão do poder, razão pela qual pode ser eventualmente imoral inclusive, relativamente a uma determinada perspectiva ou sistema moral, tal como ocorre com o instituto da colaboração premiada e a

12 A propósito, Kelsen (2003, p. 71) escreveu: “se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o direito deve ser moral, isto é justo, apenas pode significar que o direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de moral entre os vários sistemas morais possíveis”

- figura do agente infiltrado;
- c. a moral pressupõe, em princípio, espontaneidade, diversamente do direito, que não pode existir senão por meio da violência, isto é, por meio da possibilidade de recurso à força (coercibilidade). E mais: em razão de seu caráter subsidiário, a intervenção do direito penal só se justifica quando fracassam outras formas de prevenção e controle social, aí incluída a intervenção moral;
 - d. se a moral persegue o aperfeiçoamento ético do homem, o direito, como instrumento de controle social formal, objetiva tornar possível a convivência social, independentemente da adesão moral de seus destinatários.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade organizada & globalização desorganizada** – curso completo de acordo com a Lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado** – comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei 12.850/2013. Bahia: Editora Juspodivm, 2013.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. Almeida. **Leis penais especiais comentada**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRO, Ana Luiza Almeida et. al. **Criminalidade organizada** – comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. De João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2014.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei do crime organizado** – Lei 12.850/2013. Porto Alegre: Magister, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. Vol. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 10. ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

RASCOVSKI, Luiz. **A (in)eficiência da delação premiada**. Estudos de processo penal. São Paulo: Scortecci, 2011.

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

SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. *RBCCRim*, n. 42, jan.-mar. 1994, p. 214-224.

VILAR, Sílvia Barona. La conformidad en el proceso penal y la justicia negociada. In: GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (Director). **La criminalidad organizada ante la justicia**. Sevilla: Universidade de Sevilla. Ayuntamiento de Sevilla. Universidade Internacional Menendez Palyo, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categoria frustrada. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 1. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 1996.