



FERNANDA CIANCAGLIO VALENTIM

**DELAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS
JOGOS: A (in)constitucionalidade em face do devido processo legal**

**Lavras – MG
2020**

FERNANDA CIANCAGLIO VALENTIM

DELAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS:

A (in)constitucionalidade em face do devido processo legal

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Programa de Graduação em Direito, para a obtenção do título de Bacharela.

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Junior
Orientador

LAVRAS – MG
2020

FERNANDA CIANCAGLIO VALENTIM

DELAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS:

A (in)constitucionalidade em face do devido processo legal

PLEA BARGAINING UNDER THE OPTICS OF GAME THEORY:

The (in)constitutionality in the face of due process of law

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Programa de Graduação em Direito, para a obtenção do título de Bacharela.

APROVADO em ____ de _____ de 2020.

Dr. _____

Dr. _____

Dr. _____

Prof. Dr. Fernando Nogueira Martins Junior
Orientador

**LAVRAS – MG
2020**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise da delação premiada no Brasil, sobretudo no que diz respeito à inconstitucionalidade da prática frente ao princípio do devido processo legal e seus desdobramentos. Para tanto, será feito o esboço histórico da justiça premial no ordenamento jurídico pátrio, a apresentação da influência de experiências internacionais na adoção do instituto no país, e sua leitura como uma tática de jogo através da teoria dos jogos. Deste modo, por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica conclui-se que a delação premiada mitiga direitos e garantias fundamentais devendo ser legislada com seriedade e observância aos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Justiça penal negociada. Delação premiada. Teoria dos jogos. Devido processo legal. Inconstitucionalidade. Lacuna normativa.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the plea bargain in Brazil, especially with regard to the unconstitutionality of the practice in face of the due process of law and its developments. To this end, the historical outline of the premium justice in the national legal system, the presentation of the influence of international experiences in the adoption of the institute in the country, and its reading as a game tactic through Game Theory will be made. Thus, through the bibliographic research methodology, it is concluded that the plea bargain mitigates fundamental rights and should be legislated with seriousness and observance of the constitutional precepts.

Keywords: Negotiated criminal justice. Plea bargain. Game Theory. Due process of law. Unconstitutionality. Normative gap.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	06
2	ASPECTOS GERAIS	08
2.1	Esboço histórico no ordenamento jurídico brasileiro	08
2.1.1	Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)	10
2.1.2	Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86)	11
2.1.3	Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90)	11
2.1.4	Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98).....	12
2.1.5	Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99).....	13
2.1.6	Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)	14
2.1.7	Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)	15
2.1.8	Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).....	19
2.2	Natureza jurídica	23
3	DIREITO COMPARADO	25
3.1	Common law x civil law	25
3.1.1	Modelo estadunidense: <i>Plea Bargaining</i>	26
3.1.2	Modelo italiano: <i>patteggiamento</i>	28
3.2	A apropriação à brasileira da justiça penal negociada.....	29
4	A TERORIA DOS JOGOS.....	31
4.1	Delação premiada sob à ótica da Teoria dos jogos	32
5	A (IN)COSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA EM FACE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	37
5.1	Devido processo legal	37
5.1.1	Contraditório e ampla defesa	39
5.1.2	Direito ao silêncio	41
5.2	Lacuna normativa e a guinada a legalidade com a Lei Anticrime	44
6	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

1 INTRODUÇÃO

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência evidente que vem ganhando destaque no cenário mundial e brasileiro ao argumento (de viés expansionista) de que se trata de medida imperativa frente à insuficiência estrutural do poder judiciário. Seria, nos dizeres críticos de John Langbein, uma resposta ao colapso do sistema formal de julgamento.¹

A justiça criminal negocial (ou consensual), engloba os mecanismos de barganha, colaboração premiada, transação penal, suspensão condicional do processo e o acordo de leniência, caracterizados, sobretudo, como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo a não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso.²

No Brasil, a lógica do efficientismo penal e a inserção de alternativas procedimentais tiveram como gatilho a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), que legitimou a transação penal (anteriormente prevista no inciso I do artigo 98, da Constituição Federal); introduziu a composição civil dos danos; e a suspensão condicional do processo, em busca de maior celeridade nos julgamentos. Em termos gerais, os institutos são destinados somente às infrações de menor potencial ofensivo, com penas restritivas de direito.

O trabalho em tela restringirá seu objeto de análise ao mecanismo da delação premiada, responsável por estender os espaços de consenso também aos delitos mais graves, com previsão de pena privativa de liberdade, transformando o processo penal em um verdadeiro mercado de compra e venda de informações.³

Para tanto, num primeiro momento será feita uma exposição dos aspectos gerais da delação premiada no Brasil, através da compilação cronológica das principais legislações que abordaram o tema, perpassando por sua introdução no direito penal pátrio na década de

¹ LANGBEIN, John H. **Tortura e plea bargaining**. In: GLOCKNER, Ri-cardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Di-reito, 2017. p. 140.

² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.21.

³ ROSA, Alexandre Moraes da.; BERMUDEZ, André Luiz. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 15 – 20. Florianópolis (SC): Emais, 2019, p. 12.

noventa, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), até a regulamentação mais recente atribuída pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Na sequência será abordado o direito comparado a fim de demonstrar a influência que as experiências internacionais italianas e estadunidenses trouxeram na ampliação dos espaços de consenso no Brasil, mormente no que tange à colaboração premiada.

Após será trazida a proposta de leitura da delação sob a ótica de um dos instrumentos da microeconomia, a teoria dos jogos, conforme propõem Alexandre Moraes da Rosa e André Luiz Bermudez,⁴ com o intuito de demonstrar que a prática da colaboração premiada consiste em uma tática de jogo que visa maximizar os ganhos individuais dos jogadores do processo penal, a saber: a acusação: Delegado de Polícia/Ministério Público; e a defesa: acusado/investigado.

Feito o esboço histórico da delação premiada no direito penal brasileiro, a análise no direito comparado e sua leitura através da teoria dos jogos, por derradeiro, o último capítulo se debruçará no estudo do principal questionamento deste trabalho: a prática da delação premiada é constitucional frente ao princípio do devido processo legal? É dizer, busca-se auferir se o contraditório e a ampla defesa são observados na coleta de informações pelo delator e se lhe é garantido o direito ao silêncio sem que seja submetido a coações para delatar.

Neste ponto, o estudo será pautado exclusivamente nas posições doutrinárias existentes, concluindo que as mais condizentes com a realidade pátria são as que se inclinam no sentido de considerar a existência de irregularidades na delação brasileira, que mitiga garantias fundamentais. O que não significa, no entanto, que o instituto deva ser tolhido do ordenamento, mas sim legislado com seriedade e observância aos preceitos fundamentais.

⁴ Idem.

2 ASPECTOS GERAIS

Neste capítulo inicial será feita uma exposição dos aspectos gerais da delação premiada no Brasil, através da compilação cronológica das principais legislações que abordaram o tema, perpassando por sua introdução no direito penal pátrio na década de noventa, com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), até a regulamentação mais recente atribuída pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Ao termo, será feita exposição acerca da natureza jurídica empregada ao instituto.

Consigna-se, desde logo, que embora algumas doutrinas façam distinção entre um e outro, os termos colaboração e delação serão aqui utilizados indistintamente, como sinônimos. A mesma ressalva se faz quanto aos termos colaborador e delator.

2.1 Esboço histórico no ordenamento jurídico brasileiro

A lógica da justiça negocial atribuída à delação premiada reporta às Ordenações Filipinas de 1603, cujo término se deu com o Código Criminal de 1830.⁵ Referido ordenamento, ao versar sobre o crime de lesa majestade, mais especificamente no Livro V, Título CXVI, previa a concessão de perdão ao delator do mencionado delito, bem como uma recompensa a ele, caso não figurasse como principal organizador do fato tipificado.⁶ Durante o período do Império, o Livro V das Ordenações Phillipinas foi revogado e o ordenamento jurídico deixou de prever benefícios ao delator.

Na década de noventa, contudo, o flerte com o direito premial ganhou novo espaço no ordenamento brasileiro com a edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90). Posteriormente, em ordem cronológica, o instituto foi abordado principalmente pelas seguintes legislações: Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86); Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90); Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98); Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99); Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06); Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13); e mais

⁵ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 67.

⁶ FERRO, Ana Luiza Almeida, GAZZOLA, Gustavo dos Reis e PEREIRA, Flávio Cardoso. **Criminalidade organizada – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013** - Curitiba: Juruá, 2014.

recentemente pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Os tópicos seguintes se encarregarão de expor brevemente cada uma das legislações supracitadas, as quais, Vinicius Gomes de Vasconcellos pontua consistirem em um “panorama de desorganização”, um “quadro assistemático e confuso”.⁷

Importante ressaltar ainda que o estudo do tema pautado exclusivamente no texto normativo destoa, e muito, da sua aplicação prática. Isso porque, conforme preleciona Vasconcellos:

Embora a legislação defina precisamente os possíveis prêmios cabíveis ao colaborador, acordos têm sido firmados com a previsão de benefícios totalmente distintos, como o cumprimento de penas inferiores ao permitido pela redução regulada, em regimes de execução inexistentes no ordenamento brasileiro e até a autorização de liberação a bens oriundos das atividades ilícitas, que têm sido ‘doados’ aos delatores ou a seus familiares.⁸

No mesmo tom, Alexandre morais da Rosa e André Luiz Bermudez atribuem o contraste entre o legislado e a aplicação prática da delação premiada ao despreparo dos agentes negociadores quanto às nuances do instituto. Nesse sentido destacam:

Raramente, algum investigador, Delegado de Polícia, Membro do Ministério Público, advogado/defensor, ou magistrado, está acostumado com a negociação sobre o conteúdo da acusação e das penas (...) o modelo delacional é ainda motivo de muitos impasses e, destacadamente contradição, porque a novidade foi adotada por alguns membros estatais (Delegados e Ministério Público) incapazes de compreender a dimensão da novidade (...).⁹

E seguem complementando que “se trata de novidade no contexto brasileiro, especialmente por inaugurar um novo modo de atuação estatal no tocante à atribuição de responsabilidade penal, diferente do regime de decisão judicial (proferida pelo magistrado).”¹⁰

Por ora, feitas tais considerações, passemos a exposição das legislações pertinentes.

⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p. 75.

⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p. 15.

⁹ ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. cit., p. 12.

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. Cit., p.130.

2.1.1 Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)

Precursor da delação premiada no Brasil, o artigo 7º da Lei de Crimes Hediondos acrescentou o § 4º ao art. 159, do Código Penal, referente ao crime de extorsão mediante sequestro, a fim de estender a benesse da delação premiada aos integrantes em concurso de agentes que contribuíssem para a liberação do sequestrado, conforme *in verbis*: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”¹¹.

Anos depois o dispositivo foi alterado pela Lei nº 9.269/96 ganhando nova redação: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”¹².

O parágrafo único do artigo 8º do mesmo diploma legal também abordou o tema, trazendo a aplicação da delação às associações criminosas voltadas para a prática de crimes hediondos ou equiparados, ao dispor que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”¹³.

Nota-se, como bem pontua Walter Barbosa Bittar, que o legislador foi infeliz com a utilização do termo “denunciar” vez que a palavra encontra significado próprio no direito, referente ao ato formal de acusação nos crimes de ação penal pública. O significado que aqui se quis atribuir, ao revés, é o de “revelar”.¹⁴

Consigna-se que a inclusão da delação premiada ao ordenamento jurídico brasileiro através da legislação em comento, ocorreu no campo meramente material, trazendo modificações somente no Código Penal, omitindo-se quanto às questões processuais. É o que ressalta Vinicius Gomes de Vasconcellos “Trata-se de exemplo claro do enfoque do legislador brasileiro à visão de direito material do instituto premial, sem qualquer preocupação com sua

¹¹ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei.

¹² BRASIL. Lei n. 9.269, de 02 de abril de 1996. Lei.

¹³ BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei.

¹⁴ BITTAR, Walter Barbosa (Org.). **Delação Premiada: (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 96-97.

delimitação procedimental ou suas consequências processuais.”¹⁵.

Ademais a normativa teve pouca implicação prática, já que desacompanhada de ferramentas de proteção ao delator, o que inibia a colaboração.

2.1.2 Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86)

Popularmente intitulada de Lei do colarinho Branco, a Lei dos Crimes contra o Sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86) foi editada pela Lei nº 9.080/95 que inclui o § 2º no artigo 25 da normativa em comento, com a seguinte redação: “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.¹⁶

Quanto à previsão legal em análise, pontuam-se três questões: I) a necessidade de que a confissão seja espontânea; II) que verse sobre toda a trama delituosa e; III) a possibilidade de a confissão ser feita perante a autoridade policial ou judicial.

Deste modo, para o acesso ao benefício único de redução da pena, o colaborador deverá revelar a trama delituosa em sua integralidade, não bastando informações parciais, podendo fazê-la tanto à autoridade policial quanto ao próprio magistrado.

2.1.3 Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90)

Em sentido semelhante à norma analisada no tópico anterior, a Lei nº 9.080/95 incluiu o parágrafo único ao artigo 16 da Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, com redação idêntica à supracitada, repita-se: “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”¹⁷.

Nota-se, pois, a opção do legislador em expandir o instituto da delação aos crimes de ordem tributária, replicando a necessidade de confissão espontânea da completude da trama

¹⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p. 76.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Lei.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Lei.

delituosa, para então, fazer jus o colaborador ao prêmio único de redução da pena de um a dois terços.

2.1.4 Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98)

A Lei de Lavagem de capitais ampliou os benefícios concedidos ao colaborador incluindo três novos prêmios diante da delação, quais sejam: I) cumprimento da pena em regime inicial aberto ou semiaberto; II) substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e; III) isenção de responsabilidade criminal.

É o que se denota do § 5º, do artigo 1º, dessa lei, cuja redação foi dada pela Lei nº 12.683/12, *in verbis*:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.¹⁸

Percebe-se do dispositivo em voga que a necessidade de que a colaboração seja espontânea permanece. Quanto à extensão das informações, contudo, o coautor ou partícipe prestará esclarecimentos que: I) conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou; II) à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. Logo, vê-se não ser necessária a exposição da integralidade da trama delituosa, sendo bastantes informações parciais, contanto que elas correspondam a tudo o que o delator sabe.

O rol de benefícios, conforme se constata, veio desacompanhado de critérios de aplicação que indique qual prêmio deve ser concedido em cada caso. Para preencher essa lacuna, Walter Barbosa Bittar propõe a utilização analógica dos requisitos trazidos pela Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (objeto do tópico seguinte), conforme se denota:

A lei contempla três possíveis benefícios para o colaborador. Não há critério legal e jurisprudencial seguro que indique qual deles deve ser concedido em

¹⁸ BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Lei.

cada caso. Buscando estabelecer esses critérios da forma mais justa possível na concessão dos benefícios, a referência pode ser estabelecida pelo art. 13, da Lei n. 9.807/99 (subjetivos – réu primário e personalidade favorável à obtenção do prêmio – e objetivos – natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso).¹⁹

Para além da lacuna apontada, o ponto crucial e de maior relevância da legislação em comento, conforme pondera Márcio Adriano Anselmo, consiste no fato de que pela primeira vez o ordenamento jurídico previu a possibilidade de negociação do regime de cumprimento da pena, bem como, a isenção de responsabilidade penal.²⁰

Deste modo, percebe-se que os benefícios que anteriormente eram restritos à diminuição da pena do colaborador, expandiram seu âmbito de incidência, atingindo o regime de cumprimento e a extremada isenção de responsabilidade penal.

2.1.5 Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99)

A Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99) trouxe benesses à aplicação da delação premiada – ainda que de forma singela – na medida em que fixou condições e parâmetros mais detalhados para a concessão dos prêmios ao colaborador e lhe acrescentou medidas especiais de proteção. Sobre o assunto, discorre Vinicius Gomes de Vasconcellos:

Até esse momento, afirmava-se que havia pouca preocupação do legislador com a proteção do réu colaborador, o que reduziu em muito a aplicabilidade do instituto. Entretanto, esse cenário foi parcialmente alterado com o surgimento da Lei 9.807/99 (Lei de proteção a vítimas e testemunhas), a qual previu o mecanismo negocial em dois dispositivos, de um modo mais detalhado, embora ainda limitado à sua perspectiva material, sem regulação do procedimento de aplicação.²¹

O artigo 13 prevê o do perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade, veja:

¹⁹ BITTAR, Walter Barbosa (Org.). Op. cit., p. 144-145.

²⁰ ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração Premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Mallet, 2016, p. 52. (Doutrina e prática: A visão do delegado de polícia).

²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p. 78.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.²²

Nota-se que o legislador condicionou o perdão judicial a algumas circunstâncias favoráveis do agente, como a primariedade e a personalidade. Ainda, para a concessão do perdão judicial, deve ser analisada a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso.

Por sua vez, o artigo 14 legisla sobre a hipótese de redução de pena, nos seguintes termos:

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.²³

Quanto ao significado e as inovações apresentadas pelos artigos em tela, Walter Barbosa Bittar predispõe:

Os arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 inauguraram um novo ciclo para a delação premiada no Brasil, pois os requisitos e ampliação dos benefícios passaram a alcançar todas as normas penais do país, o que possui uma face positiva, que é justamente a unificação dos pressupostos e requisitos a serem observados na concessão do beneplácito pelo magistrado.

Cumpre lembrar, por fim, que, no artigo 15 desta lei há outra inovação, consistente na preocupação com aquele que delata, tendo sido estabelecidas as seguintes medidas especiais de proteção:

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física,

²² BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Lei. Artigo 13.

²³ BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Lei. Artigo 14.

considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.²⁴

2.1.6 Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)

A Lei de Drogas revogou a Lei nº 10.409/02 antes vigente, a qual continha regramentos e mecanismos mais semelhantes ao desenho atual, na medida em que concebia a delação como um acordo entre as partes. Com a superação da norma revogada, o legislador eliminou a previsão de negociação ministerial e, principalmente, a previsão máxima de perdão judicial.²⁵

Assim, a Lei de Drogas retomou a redação das legislações anteriores, salientando a perspectiva material do instituto premial. Deste modo, regulamentou a prática da delação prevendo somente o prêmio único de redução da pena de um a dois terços ao colaborador, conforme se vê da redação do artigo 41:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Com relação às novidades observadas, a lei apresenta como requisito de aplicação dos benefícios: I) a existência de um inquérito e/ou um processo contra o colaborador; II) a presença da colaboração voluntária, ou seja, livre de qualquer tipo de coação, - que não deve se confundir com o requisito de espontaneidade presente em legislações acima analisadas; III) concurso de pessoas; e IV) a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Destaca-se ainda, que a lei condiciona a concessão do benefício à efetiva condenação do indiciado, acusado ou colaborador.

²⁴ BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Lei. Artigo 15.

²⁵ CORDEIRO, Néfi. **Delação premiada na legislação brasileira**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 273-296, mar. 2010, p. 287.

2.1.7 Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13)

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado (Convenção de Palermo) promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.015/2004, apresentou o conceito de organização criminosa no art. 2º, alínea a:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.²⁶

Entretanto, em que pese a Convenção tenha sido recepcionada internamente, o crime de organização criminosa não encontrava tipificação no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual no julgamento do HC 96.007/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, se assentou o entendimento de que a Convenção de Palermo não poderia ser utilizada para definir o termo de organização criminosa. É o que se extrai do trecho do voto de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

A visão mostra-se discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal. Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comentário para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente. Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude. Em síntese, potencializa-se, a mais não poder, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado para pretender-se a persecução criminal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem ter-se o crime antecedente passível de vir a ser empolgado para tal fim.²⁷

²⁶ BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga **A Convenção das Nações Unidas Contra O Crime Organizado Transnacional**. Brasília, DF.

²⁷ STF – HC: 96007 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma, data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013.

Diante das controvérsias decorrentes da aplicabilidade da Convenção de Palermo atrelada à ânsia de um combate mais efetivo das organizações criminosas, editou-se a Lei 12.850/13²⁸, que definiu, enfim, referido conceito:

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

Ainda, superando as discussões sobre a tipificação do crime de organização criminosa, a legislação em tela trouxe de modo expresso referido tipo penal, a saber:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Para além de sanar a controvérsia supracitada, constata-se, conforme devidamente elucidado por Vinicius Gomes de Vasconcellos, que a edição da normativa apresentou pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro preocupação com a regulamentação dos procedimentos a serem adotados.²⁹

Neste ínterim, a Lei nº 12.850/13 ampliou de forma inédita o âmbito de incidência da delação premiada, passando a regulamentar seu viés processual e não meramente material como nas legislações que a precederam. A colaboração premiada (art. 3º, §1º) encontrou especificação quanto aos benefícios previstos ao colaborador (art. 4º, caput), autorizando o perdão judicial ou a redução da pena em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a substituição por restritiva de direitos.

²⁸ BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de Agosto de 2013. Lei.

²⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p. 80.

Para tanto, o delator deve ter colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, advindo um ou mais dos seguintes resultados:

Art. 4º, I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Em qualquer dos casos acima previstos, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (art. 4º, §1º). O parágrafo é objeto de crítica de Alexandre Morais da Rosa e André Luiz Bermudez, segundo os quais, “esse último requisito é extremamente controvertido diante da impossibilidade democrática de apuração de personalidade, ainda mais pelo juiz ou a estabelecida por mecanismos de consenso, servindo de requisito retórico para eventual negativa (especialmente na unilateral)”.³⁰

O §3º, prevê que o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, fique suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional. A legislação traz ainda hipótese na qual o Ministério público poderá deixar de oferecer denúncia (art. 4º, §4º). Ressalta-se que a possibilidade de não oferecimento de denúncia já encontrava previsão em legislação anterior, contudo, ganhou nova roupagem com a Lei anticrime, razão pela qual, será abordada com maior profundidade no tópico seguinte.

De mais a mais, os artigos 5º e 6º se incumbem de definir, respectivamente, os direitos do colaborador e os requisitos formais do acordo de colaboração, ao passo que o artigo 7º discorre acerca do pedido de homologação do acordo.

Inegavelmente a Lei de Organizações Criminosas significou avanço na tentativa de esboçar regras mais claras e definidas para a aplicação da colaboração premiada no Brasil. Ao mesmo tempo, nos dizeres de Vasconcellos: “paradoxalmente esse foi o primeiro passo para o (criticável) triunfo da justiça criminal negocial no processo penal brasileiro”.³¹

³⁰ ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. Cit., p. 260.

³¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p.

No mesmo tom, Alexandre Morais da Rosa e André Luiz Bermudez ressaltam que há certa ambiguidade e ausência parcial de regras claras sobre o modo de produção desse modelo negocial, e que “a escolha legislativa é criticada pela doutrina dado o caráter vasto, sem verificabilidade, com tipo penal aberto, autorizador retórico da inserção de amplo espectro de ações nas condutas “informais”, “direta ou indiretamente”, “vantagem de qualquer natureza”.³²

Ainda, Aury Lopes Junior alerta:

O grande problema é que a Lei n. 12.850/2013, ainda que seja a mais específica, não tem “suficiência normativa” para dar conta do que a prática processual está fazendo e exigindo. Por mais que se admita que o acordo sobre a pena seja uma tendência mundial e inafastável, (mais) uma questão que preocupa muito é: onde estão essas regras e limites na lei? Onde está o princípio da legalidade? Reserva de lei? (...) É evidente que a Lei n. 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais.³³

2.1.8 Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)

Em fevereiro de 2019, o então Ministro da Segurança Pública e da Justiça, Sérgio Moro, apresentou ao Legislativo o projeto de lei intitulado Pacote Anticrime, proposto para alteração de diversos dispositivos penais e processuais penais, visando o combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes praticados com grave violência à pessoa. Após inúmeras alterações das disposições originalmente apresentadas, a Lei 13.964 foi sancionada no dia 24 de dezembro de 2019, contendo, beneficentemente, modificações abismais do Pacote inicialmente proposto por Moro.

A Lei Anticrime apresenta um conjunto de normas sobre a colaboração premiada que alteram o regime jurídico previsto na Lei de Organizações Criminosas em três aspectos principais: I) proteção ao direito de defesa do delatado; II) aprimoramento do procedimento voltado à colaboração; e III) delimitação do espectro de negociação entre os celebrantes do

81.

³² ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. Cit., p. 218.

³³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 100-101.

acordo.³⁴ Há ainda posituação quanto à natureza jurídica atribuída a colaboração premiada, que será abordada em tópico específico na sequência.

No primeiro ponto, foi assegurado ao réu delatado o direito de se manifestar após o delator em todas as fases do processo (art. 4º, § 10-A), coadunando a legislação com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 157.627. Ficou vedada a imposição de medidas cautelares reais ou pessoais; o recebimento de denúncia ou queixa-crime; e a decretação de sentença condenatória pautadas exclusivamente na palavra do colaborador (art. 4º, § 16), no que realça Pierpaolo Bottini:

Quando o delator oferecer informações relevantes, deve a autoridade buscar provas ou indícios que corroborem sua narrativa, que sustentem sua versão dos fatos, para só então pedir ao juiz medidas mais agressivas contra os delatados. (...) Ao vedar cautelares e recebimento da denúncia com base apenas na palavra do colaborador o legislador incorporou na lei o posicionamento da 2ª Turma do STF, que em diversas oportunidades decidiu dessa forma.³⁵

Com isso, firmou-se a tese segundo a qual a colaboração premiada não pode funcionar como *fumus commissi delicti* nem mesmo em provimentos não definitivos, proferido antes de o processo ser deflagrado ou, após a deflagração, em seu curso, de forma incidental.³⁶ Neste espectro, elogia Aury Lopes:

Evoluiu-se de modo notável em direção a um Processo Penal de tutela aos direitos e garantias fundamentais com a regra de que as palavras do delator não podem isoladamente dar origem a denúncias e prisões, corrigindo absurdos e excessos – alguns de finalidade claramente política – reiteradamente constatados ao longo das grandes operações nos últimos anos.³⁷

³⁴ COSTA, Felício Nogueira. **Colaborações Premiadas: Uma guinada rumo à legalidade**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 331, jun. 2020, p. 25.

³⁵ BOTTINI, Pierpaolo. **Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime"**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime>>

³⁶ BROETO, Filipe Maia; MELO, Valber. **Gravação audiovisual das tratativas do acordo de colaboração é possível?** Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/5033/gravacao-audiovisual-tratativas-acordo-colaboracao-possivel>>

³⁷ LOPES JR, Aury. **Desconstrução do pacote "anticrime" de Moro e o freio contra o retrocesso**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-08/desconstrucao-pacote-anticrime-moro>>

Relativamente ao procedimento, foram estabelecidos parâmetros para elaboração e assinatura de acordos de colaboração premiada. Neste sentido, a lei define o recebimento da proposta para formalização de acordo como o marco do início das negociações e também de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais (art. 3º -B, caput), o que já era previsto no artigo 325, do Código Penal.

Prevê que haja fundamentação pela autoridade pública quando rejeitar a proposta de acordo de colaboração (art. 3º-B, § 1º), decorrência lógica do disposto no art. 129, § 4º, da CF/88, bem como no art. 93, IX, também da CF/88. Veda expressamente a utilização das informações fornecidas pelo proponente quando não celebrado o acordo por iniciativa da autoridade pública (art. 3º -B, § 6º), delimitando o que já vinha previsto no art. 4º, § 10, da Lei 12.850/13. Restringe a colaboração ao objeto da investigação, devendo o colaborador “narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.” (art. 3º -C, § 3º), atendendo as críticas doutrinárias que consideravam abusivo o investigado falar sobre fatos alheios à investigação, sob pena de ser acusado de ter feito reserva mental.³⁸

Quanto ao terceiro aspecto listado, a legislação em comento delimitou e apresentou balizas à amenização da pena do colaborador. Segundo Felício Nogueira Costa isso simboliza que o legislador “não entende adequado o modelo de pactuação de benefícios até aqui empregado pelo Ministério Público Federal, cristalizado em sua norma interna e particularmente inspirado nas colaborações premiadas firmadas na esfera da Operação Lava Jato.”³⁹

Referida operação costumava aplicar ao delator a chamada “pena máxima unificada” que consiste, segundo a Orientação Conjunta 1/2018 do Ministério Público Federal, na negociação e fixação entre as partes, sem sentença, de um “patamar máximo” de pena a ser cumprido; aplicava-se também o cumprimento da pena em regimes definidos no acordo e; a

representa-vitoria>

³⁸ BROETO, Filipe Maia; MELO, Valber. **O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada#_ftn4>

³⁹ COSTA, Felício Nogueira. **Colaborações Premiadas** Op. cit., p. 27.

suspensão da prescrição enquanto á o cumprimento do acordo, com possibilidade de retomada das persecuções penais suspensas mediante o descumprimento do acordado. Alternativamente, se estabelecia patamares mínimos e máximos de pena, a serem observados por ocasião de sentença.⁴⁰

A título de exemplo cita-se a homologação da delação de Alberto Youssef, pelo Ministro Teori Zavascki em 19 de dezembro de 2017, na qual se acordou que as penas referentes a oito ações que tramitavam contra o delator, depois de unificadas, seriam fixadas no limite máximo de 30 anos. Ainda, previu “a progressão do colaborador diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/13.”⁴¹

Acerca dos acordos de delação já homologados, mormente o acima exposto, Alexandre Morais da Rosa e André Luiz Bermudez discorrem criticamente nos seguintes dizeres:

A prática da delação premiada se distanciou dos limites negociáveis, autorizando a redução da incerteza/risco mediante o estabelecimento, antes do máximo, da pena a ser fixada, a saber, não se trata mais da redução da pena prevista no art. 4º, mas da pré – fixação do quantum da pena, do regime, mesmo sem previsão legal expressa.⁴²

Tendo em isso em vista, outra grande alteração trazida pela Lei Anticrime se encontra no art. 4º, da Lei 12.850/13.

Notadamente, o § 7º, do art. 4º ampliou os requisitos a serem observados pelo magistrado no momento da homologação do acordo, de modo que, para além do exame de regularidade, legalidade e voluntariedade que já eram previstos, passou-se a exigir:

Art. 4º, § 7º, II – (...) adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo; (...).

⁴⁰ Título I, Capítulo IV, Item 26, da Orientação Conjunta 1/2018.

⁴¹ STF, Petição 5.952. DF, Min. Teori Zvascki.

⁴² ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. cit., p.261.

Feita a análise, impõe-se que o magistrado considere nula cláusula de renúncia ao direito de recurso em relação à impugnação da decisão de homologação (art. 4º, § 7º -B), bem como, que devolva as partes o acordo cuja homologação foi recusada, para as adequações necessárias (art. 4º, § 8º).

Por sua vez, o § 7º -A determina que o magistrado faça a análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena antes de conceder os benefícios. Com isso, Pierpaolo Bottini destaca que “a homologação deixa de ser um ato de mera análise formal das cláusulas do acordo, devendo o magistrado adentrar no mérito da acusação, analisar a narrativa do colaborador, e verificar sua pertinência e a razoabilidade do acordo.”⁴³. Valber Melo e Filipe Maia Broeto também tecem comentários acerca da novidade:

O novo artigo §7º-A, também visando afastar a condenação automática ou mesmo uma supressão das hipóteses de absolvição sumária do artigo 397, do Código de Processo Penal, inova ao estabelecer ao juiz o dever de “proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados.”⁴⁴

Assim, vê-se que a amplitude da barganha que o Ministério Público tinha anteriormente resta limitada pela Lei Anticrime. Com isso não se quer dizer, no entanto, que os acordos deixarão de ser atraentes, já que o MP segue podendo oferecer o benefício máximo estipulado em lei, o não oferecimento de denúncia. Isso poderá ser feito se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador I) não for o líder da organização criminosa; e II) for o primeiro a prestar efetiva colaboração (art. 4º, §4º). Considera-se prévio conhecimento quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador (§ 4º-A).

⁴³ BOTTINI, Pierpaolo. Op. cit.

⁴⁴ BROETO, Filipe Maia; MELO, Valber. **O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada#_ftn4>.

Por fim, os §§ 17 e 18, definem que em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração, e quando o colaborador não cessar o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, ocorrerá a rescisão do acordo homologado.

Observa-se que a legislação em tela buscou sanar lacunas há anos existentes no que tange a colaboração premiada, sendo inegável, entretanto que outras lacunas ainda permanecem.⁴⁵ Por ser recente, doutrina e jurisprudência acerca da aplicação da Lei Anticrime são escassas, mas o fato é que existe um novo marco legal no direito e no processo penal, que fixa parâmetros e critérios inovadores e distintos dos anteriores.⁴⁶

2.2 Natureza jurídica

Conforme dito alhures, a sedimentação da natureza jurídica da delação premiada foi trazida pela Lei 13.964/19, mais especificamente na redação do novo art. 3º -A, incluído na Lei de Organizações Criminosas, *in verbs*: “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.”

O entendimento consolidado na legislação nada mais significou do que a confirmação dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários outrora adotados sobre o tema, notadamente o fixado no julgamento do HC 127.483, pelo Ministro Dias Toffoli em 27 de agosto de 2015, senão vejamos:

(...) 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.⁴⁷

⁴⁵ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul. **Colaboração premiada após a lei “anticrime”**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-04/opinioao-colaboracao-premiada-lei-anticrime>>

⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo. Op. cit.

⁴⁷ HC 127483, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, Processo Eletrônico Dje-021 Divulg 03-02-2016 Public 04-02-2016.

3 DIREITO COMPARADO

Feito o esboço histórico acerca da regulamentação da delação premiada no ordenamento jurídico Brasileiro, o presente capítulo se encarregará de pontuar duas experiências internacionais que mais influenciaram na adoção da justiça premial no Brasil.

De início serão observadas sucintamente as distinções entre os sistemas jurídicos da *Common Law* e da *Civil Law*, para que se possa compreender em qual deles estão inseridos os modelos de justiça penal negociada analisados adiante, quais sejam, o *plea bargaining* estadunidense e o *patteggiamento* italiano.

Ao final o que se pretende é elucidar a influência do direito comparado na introdução da colaboração premiada no Brasil, pra que no capítulo seguinte seja feita a análise da delação premiada a partir da teoria dos jogos.

3.1 *Common Law x Civil Law*

O *Common Law*, ou direito comum, encontra nos costumes firmados pelos precedentes dos tribunais sua principal fonte de direito. As bases do *Common Law* clássico remontam às decisões inglesas dos séculos XVII, XVIII e meados do século XIX que criaram axiomas fixos e inquestionáveis, um conjunto jurisprudencial sólido, cujas bases eram deduzidas em um sistema racional e lógico, incidindo a metodologia da observação, análise e classificação.⁴⁸

Nesse sistema, ante a necessidade do precedente obrigatório, casos semelhantes devem ter resultados padrões, já que a corte ou o juiz, ao decidir um caso concreto, precisa fundamentar sua decisão em outra pré-existente ou em uma jurisprudência de tribunal superior.⁴⁹

Os Estados Unidos da América, em razão da colonização inglesa, sofreu influência considerável do *Common Law*. Em que pese a emancipação e a adoção de algumas características próprias, os traços da *Common Law* ainda são marcantes neste país, com a ressalva de que se utiliza a teoria da supremacia da Constituição como fundamento às

⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. cit., p.102.

⁴⁹ DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 88.

decisões judiciais. Em que pese a norma constitucional seja a diretriz norteadora, vige a obrigatoriedade de acatamento das decisões por todos os órgãos da Administração Pública e pelo Poder Judiciário.

Por sua vez, no *Civil Law*, ou sistema romano-germânico, há um predomínio do direito positivado e legislado em desvantagem das demais fontes do direito. Neste sistema, a utilização de doutrina, jurisprudência e costume ocorrem em caráter supletivo, a saber, quando a legislação pátria não oferece soluções para determinado conflito de interesses.⁵⁰ Se caracteriza pelo fato de as normas serem concebidas como regras de conduta, ligadas a preocupações morais e de justiça, além de elaborarem seus direitos visando a regulação das relações entre os cidadãos.⁵¹

Assim, nos países que adotaram esta escola, notadamente os de colônia espanhola, francesa, holandesa e portuguesa, que é o caso do Brasil, há a predominância do positivismo jurídico, concebendo o juiz como aplicador da lei.

Pois bem, ante o exposto tem-se a inserção dos Estados Unidos da América na *Common Law* ao passo que a Itália e o Brasil se inserem na *Civil Law*. Dito isso, passemos à análise dos modelos de justiça negociada estadunidense e italiana.

3.1.1 Modelo estadunidense: *Plea Bargaining*

O procedimento negocial norte americano, intitulado de *plea bargaining* consiste, em suma, na faculdade dada à acusação de negociar a culpa do acusado com ele próprio, mediante a elaboração de um acordo homologado pelo juiz. Teria surgido sob a denominação inicial de *leniency program*, relacionando-se com o integrante de cartel que realizasse o acordo com a autoridade antitruste local antes de iniciada qualquer investigação.⁵²

Num primeiro momento houve resistência dos tribunais estadunidenses por considerarem a prática inconstitucional. Todavia, a situação começou a mudar na década de setenta, quando a *American Bar Association (ABA)* – entidade equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil – apontou que os *plea bargains* eram necessários para conter a

⁵⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

⁵¹ DAVID, René. Op. cit., p. 89.

⁵² BITTAR, Walter Barbosa. Op. cit., p. 14-15.

avalanche de ações, uma vez que o sistema judicial norte-americano não tinha recursos para dar conta de tantos processos.⁵³

Com a sedimentação do *plea bargaining*, os integrantes do Ministério Público ampliaram os benefícios, de modo que o investigado, mediante assistência de defensor pode, de acordo com a Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Regra de Procedimento Criminal Federal nº 11 I) confessar a culpa (*plead guilty*); II) negar a culpa (*not guilty*); e III) não se defender (*no contest, nolo contendere*). Optando pela confissão ou pela não defesa, surge o caminho da barganha, com negociação sobre o conteúdo da acusação e da pena.⁵⁴

Diante da ampla aceitação do instituto, em 2011, mais de 96% das condenações por crimes foram mediante *plea*. Tendo isso em vista, Aury Lopes pondera que o *plea bargaining* é marcado pelo “afastamento do Estado-Juiz das relações, privatizando o conflito e deixando negociação livre (...) projeta o equívoco de querer aplicar o sistema negocial, como se estivéssemos tratando de um ramo do direito privado.”⁵⁵

Nesta seara, fazendo uma analogia com a teoria dos jogos, a decisão entre “jogar o jogo da delação ou o jogar o jogo do processo penal” será pautada por uma análise de custo benefício na qual os jogadores escolherão a jogada de maior *payoff*, ou seja, a maior estrutura de recompensas.⁵⁶

Ainda nesse sentido, Langbein é categórico ao afirmar que “o *plea bargaining* é, portanto, um procedimento sem julgamento para condenar e declarar culpadas pessoas acusadas de crimes graves. Se você busca na Constituição dos Estados Unidos legitimação para o *plea bargaining*, você a procura em vão.”⁵⁷ E segue alertando:

O *plea bargaining* concentra efetivo controle do processo penal nas mãos de um único agente público. Nosso formal direito ao julgamento prevê uma divisão de tarefas. Nós esperamos o promotor tomar a decisão sobre a imputação, o juiz e especialmente o júri para decidir, e o juiz pra definir a sentença. O *plea bargaining* faz desaparecer estas fases acusatórias, de

⁵³ RODAS, Sérgio. **Nos EUA, *plea bargain* foi instituído para desafogar tribunais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>>.

⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. cit., p.121.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Op. cit., p. 147.

⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. Op. cit., p.32.

⁵⁷ LANGBEIN, John H. **Tortura e *plea bargaining***. In: GLOCKNER, Ri-cardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Di-reito, 2017. p. 137.

determinação e sancionatórias do processo nas mãos do promotor.⁵⁸

Por fim, pertinente trazer a metáfora de Walsh sobre o instituto: “os americanos transformaram o processo penal em um luxuoso Cadillac, grande, caro e pesado. Mas é claro que nem todos podem ter acesso a ele. Então reservemos esse luxo para 2% da população e o resto que ande a pé, isto é, fazendo acordos.”⁵⁹

3.1.2 Modelo italiano: *patteggiamento*

Com a reforma processual de 1988, a Itália revogou o Código Rocco no qual o controle da criminalidade se sobrepuja aos direitos do acusado em tons inquisitivos, consagrando a adoção do modelo acusatório em seu sistema penal. Ao mesmo tempo, a reforma introduziu mecanismos de simplificação processual visando à aceleração de julgamentos, sob argumento da doutrina majoritária de que tal desenho de justiça acarretaria na morosidade da resposta estatal à delinquência, de modo que seriam imprescindíveis opções para um sentenciamento menos complexo.⁶⁰

Inicialmente foram regulamentadas cinco alternativas de simplificação processual, com as quais se juntou, em 2014, a possibilidade da suspensão do processo condicionada à prova (*Sospensione del procedimento con messa alla prova*). Mecanismo semelhante à suspensão condicional do processo adotada no Brasil.

O procedimento de maior relevância, contudo, foi o *patteggiamento*, ou aplicação da pena por requisição das partes, consistente na possibilidade de imposição de uma pena diversa da prisão com base em pedido da defesa consentido pela acusação.⁶¹ Trata-se de uma negociação entre acusado e MP, que não permite deliberação sobre a imputação, existindo um limite demarcado de que, com a redução de 1/3 a pena não pode superar 5 anos. Atualmente

⁵⁸ LANGBEIN, John H. **Tortura e plea bargaining**. Op. cit., p. 145.

⁵⁹ WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining?** In: Revista The Atlantic, publicado em 2-5-2017. Disponível em: <
<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112//>>

⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 15, jan.-jun. 2015. p. 443.

⁶¹ DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. **Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 126-131.

estima-se que em torno de 30 a 40% dos casos na Itália se resolvem pelo *patteggiamento*.⁶²

Evidencia-se certa proximidade do instituto com o *plea bargaining*, sendo a principal diferença entre eles o controle judicial mais atuante, no modelo italiano, acerca da regularidade e do cabimento do acordo e a necessária motivação da decisão do MP acerca do cabimento do *patteggiamento*. Sobre as diferenças entre os modelos, Vasconcellos discorre:

Em contraste com o modelo estadunidense, cuja ampla discricionariedade do promotor impede amplo controle acerca da barganha, na Itália os motivos da recusa são verificados pelo juiz, que, se entendê-la injustificada, assegurará a redução solicitada pelo acusado, mesmo após o transcorrer de todo o procedimento ordinário, consagrando assim o acordo como direito subjetivo do réu. Além disso, ao considerar a proposta de barganha, o julgador pode inclusive absolver o acusado, mesmo diante da conformidade defensiva com a imposição da pena. Ou seja, não se trata de um reconhecimento de culpabilidade ao estilo do *guilty plea* norte-americano, que acarreta automaticamente a condenação do imputado, mas um requerimento ao juiz para que analise o caso e verifique a adequação do acordo proposto.⁶³

Alguns doutrinadores italianos são críticos do modelo, ao argumento de que simboliza a reintegração do processo penal inquisitório do qual pretendia se afastar. No entanto, a Corte Constitucional da Itália já decidiu pela constitucionalidade do instituto, sob o principal argumento de que o juiz averigua a proporcionalidade da pena proposta no acordo, podendo rejeitar a barganha caso entenda que a pena sugerida é inadequada, seja por excesso ou por insuficiência, não estando limitado à mera análise dos requisitos formais.

3.2 A apropriação à brasileira da justiça penal negociada

O que se quis elucidar com o até aqui exposto foi num primeiro momento que a justiça penal negocial se fortalece com a brecha argumentativa de colapso do sistema penal, conforme pondera Aury Lopes: “Em termos práticos, argumentos de eficiência e sobrecarga da justiça criminal serão determinantes para que a negociação no processo penal seja

⁶² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Op. cit., p. 153.

⁶³ VASCONCELLOS, Vinicius G; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Op. cit., p. 446.

ampliada, porque o entulhamento do sistema de administração da justiça existe.”⁶⁴

Assim, a flexibilização do direito penal encontra-se ancorado em fundamentos utilitaristas e emergenciais, como também destaca Vasconcellos:

Diante da perene crise do sistema de persecução estatal e da crescente abrangência do Direito Penal como mecanismo de controle social, fenômenos incentivados por ilusórias buscas de soluções instantâneas para problemas complexos, a opção pelas alternativas procedimentais e por mecanismos de aceleração processual tem se destacado nas reformas normativas e na prática da justiça criminal.⁶⁵

O que mais se quis demonstrar foi que a ampliação dos espaços de consenso no direito penal brasileiro, mais especificamente a delação premiada, apropriou-se de modelos pré-existentes em legislações internacionais, sobretudo no modelo estadunidense, cuja matriz teórica (*common law*) é diversa da nossa.

O *american way of life*, desconsiderando o pano de fundo filosófico, social, religioso e a tradição entre os países, exportou diversos institutos para os Estados que desconheciam a formação de verdades substancializadas, ou seja, a verdade que não é descoberta – como ensinam os manuais – mas sim construída pelo consenso.⁶⁶

Tendo isso em vista, Alexandre Morais da Rosa e Bermudez ressalvam:

A influência do modo de pensar “americanizado” precisa de adaptação cultural, muitas vezes ausente. Por isso, o processo penal no Brasil apresenta-se fragmentado em múltiplos regimes de jogo processual e negocial. É um jogo processual e multifacetado, prenhe de surpresas e posicionamentos ad-hoc.

Ante o exposto, o capítulo seguinte pretende propor uma leitura da delação premiada através das lentes da teoria dos jogos.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Op. cit., p. 141.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p. 7.

⁶⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. cit., p. 7.

⁶⁶ LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 95-108.

4 A TEORIA DOS JOGOS

O matemático John Forbes Nash se encarregou de desenvolver e aprofundar a teoria dos jogos, cujos expoentes foram John Von Neumann e Oskar Morgenstern, autores da obra "*The Theory of Games and Economic Behavior*".⁶⁷

A teoria formulada inicialmente por Neumann e Morgenstern pautava seu objeto de estudo na influência da interação humana sobre a tomada de decisões. A ideia é de que uma decisão individualmente tomada influencia na decisão de outra parte e conseqüentemente no resultado que se busca atingir, assemelhando-se, pois, da lógica de um jogo. Deste modo, cada jogador passa a analisar suas táticas a fim de escolher a melhor forma de vencer o adversário.⁶⁸

O raciocínio é bastante semelhante aos dos jogos estratégicos e competitivos, "Jogos de Soma zero", como o poker. Isso porque, a vitória de um jogador implica necessariamente na derrota do adversário. Para Neumann o jogo era visto como ganhar ou perder, tudo ou nada, sem cunho cooperativo. Nos dizeres do professor Christiano Gonzaga Gomes:

No jogo de soma zero, o benefício total para todos os jogadores, para cada combinação de estratégias, sempre soma zero, ou seja, o jogador que vence sempre ocasiona o prejuízo do outro. O poker citado acima exemplifica um jogo de soma zero, porque o vencedor recebe exatamente a soma das perdas de seus oponentes.⁶⁹

Sob esta perspectiva, os jogadores devem pautar suas decisões de modo a obter o melhor resultado individual, sendo que o maior ganho pessoal implica na derrota da parte contrária.

Por sua vez, Nash aperfeiçoou a teoria, à qual acrescentou uma análise mais interativa, considerando a dinamicidade e a interação entre as pessoas. Assim, trouxe a ideia de que a cooperação entre as partes adversas pode trazer ganhos mútuos, ou seja, "jogos de soma não zero". Logo, as decisões devem ser pautadas pela análise das conseqüências coletivas que a

⁶⁷ VON NEUMAN, John; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1947.

⁶⁸ VON NEUMAN, John; MORGENSTERN Oskar. Op. cit.

⁶⁹ GOMES, Christiano Gonzaga. **Delação premiada e a Teoria dos Jogos com base no equilíbrio de John Nash**. 2017. Disponível em: < <http://questadeinformativo.com/delacao-premiada-e-teoria-dos-jogos-com-base-no-equilibrio-de-john-nash/>>.

escolha individual acarreta, já que nestes casos o ganho de uma parte não implica na derrota da outra.⁷⁰

Inicialmente desenvolvida no campo da matemática, a teoria dos jogos passou a ser utilizada nas mais diversas áreas do conhecimento como na economia, na psicologia e no direito.

Tendo isso em mente, a proposta deste capítulo é realizar uma leitura da delação premiada sob o prisma da teoria dos jogos. É o que se passa a fazer.

4.1 Delação premiada sob a ótica da Teoria dos Jogos

Antes da delação premiada o processo penal era linear e inflexível, não havia margem para negociações. Com a ampliação dos espaços de consenso, modifica-se a visão estagnada do direito, abrindo margem para que os sujeitos façam escolhas que mais lhes convenham.

Inicialmente, para a leitura da delação premiada a partir da teoria dos jogos deve se partir do pressuposto de que a ideia de que os seres humanos se comportam sempre como agentes racionais não é inteiramente correta. Isto porque, em que pese os indivíduos sejam sujeitos otimizadores, sua racionalidade é limitada por imposições culturais, sociais, religiosas, heurísticas e vieses. Por esta razão, na busca do autointeresse, às vezes as pessoas agem de forma contrária a razão.

Trazendo a teoria para a seara do direito penal, Alexandre Morais da Rosa discorre:

A teoria dos jogos apresenta nova dinâmica de compreensão do processo penal. O pressuposto é que o sujeito racional toma (sempre) decisões que lhe são mais favoráveis (...) Daí que a metáfora da teoria dos jogos pode ser invocada para modelar, de alguma maneira, a matriz teórica de como as decisões podem ser tomadas, partindo-se do estudo dos comportamentos dos jogadores e suas recompensas.⁷¹

Desta feita, “compreender o comportamento humano racional parcial também deve ser levado em consideração em ambos os lados, tanto de compradores como de vendedores de informação, já que são agentes humanos que, não obstante operarem pela lógica racional, são

⁷⁰ Idem.

⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1ª Ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013. p. 22-26.

suscetíveis de heurísticas e vieses.”⁷²

Neste cenário, a delação premiada consiste em um desdobramento da aplicação da teoria dos jogos no Processo Penal enquadrando-se nos “jogos de soma não zero” ante a dinamicidade do direito, a cooperação entre as partes, bem como, o fato de que o ganho do delator não implica na derrota do defensor/acusação.⁷³

Desta feita, cabe entender que a delação premiada consiste em um jogo do qual são partes/jogadores a acusação: Delegado de Polícia/Ministério Público; e a defesa: acusado/investigado. Ambos os jogadores aplicam táticas e estratégias que visam garantir o melhor resultado (*payoff*), sendo chamada de dominante a escolha mais benéfica e dominada a pior dentre as escolhas disponíveis. Tendo em vista que o objetivo da colaboração premiada é a obtenção de recompensas dos negociadores e que, por conseguinte, essa é a estratégia dominante, as jogadas serão direcionadas à sua otimização.⁷⁴

Assim é que, se os jogadores tivessem estratégias fixas e bem definidas, não podendo alterá-las no decorrer do jogo, seria possível antever as jogadas de modo a optar por aquela que proporciona o maior benefício ao menor custo a ambos os jogadores, atingindo o que se denomina equilíbrio de Nash.

Todavia, ante o caráter dinâmico do processo penal, as táticas podem se modificar ao longo do jogo processual sendo impossível antever a tomada de decisão da parte contrária. Daí que nos jogos interdependentes como a delação premiada, por não ser possível antecipar a jogada do adversário, os jogadores optam pela estratégia dominante individualmente analisada, e o equilíbrio de Nash não se sobressai.⁷⁵

Para melhor elucidar a questão, tem-se o dilema dos prisioneiros como exemplo teórico de que a estratégia dominante pode ser a menos eficiente. O dilema é apresentado da seguinte forma:

Um delegado oferece a dois prisioneiros que aguardam julgamento (e não podem se

⁷² ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Op. cit., p.48.

⁷³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Op. cit., p. 22-26.

⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Op. cit., p. 237.

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 5º ed. Florianópolis (SC): Emais, 2019, p. 280.

comunicar para coordenar as ações) as opções abaixo:

- I) Se um prisioneiro confessar e outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe uma pena de 12 anos de prisão;
- II) Se ambos confessarem, cada um recebe uma pena de 10 anos de prisão;
- III) Se nenhum confessar, cada um recebe uma sentença de 2 anos.”

Denota-se, pois, que o dilema dos prisioneiros consiste em decidir trair ou não trair. Pimentel explica: “Qualquer que seja a ação do outro, cada prisioneiro obtém um resultado melhor para si se confessar, isto é, se não cooperar com seu parceiro. Imaginemos que o prisioneiro A confesse. O prisioneiro B pode confessar e ambos pegam 10 anos de prisão, ou não confessar e pegar 12 anos de prisão: o melhor é confessar. Se A não confessar, B pode confessar e ficar livre, ou não confessar e pegar 2 anos de prisão. Mais uma vez, o melhor é confessar. O que quer que A faça, o melhor resultado individual para B é confessar, isto é, não cooperar e entregar o companheiro. O mesmo raciocínio vale para A.”⁷⁶

Em que pese o acordo simultâneo mais benéfico seja ambos os prisioneiros ficarem calados, a incomunicabilidade deles (informações incompletas) não possibilita antever qual decisão será tomada por cada um. Deste modo, o temor que os prisioneiros têm de que o outro altere a tática de jogo, entregando o comparsa, tende a fazer com que ambos optem pela situação mais benéfica individualmente, ou seja, delatam.

A perspectiva apresentada é bastante semelhante à prática da delação premiada, mormente no que tange à possibilidade de alteração de jogadas diante da incompletude das informações que os jogadores possuem ao seu alcance. Consequência é que a decisão dos delatores entre “jogar o jogo da delação ou o jogar o jogo do processo penal” será pautada por uma análise de custo benefício na qual escolherão a jogada de maior *payoff*, ou seja, com base nas informações que possuem, optarão pela maior estrutura de recompensas.⁷⁷

Sobre a temática, Morais enfatiza:

O dilema do prisioneiro ajuda a compreender que a ausência de cooperação é prior pra ambos, mas que, diante da ausência de informações qualificadas e também de confiança, se torna como estratégia dominante. Por outro lado, a imposição de condições reais de ausência de informação é eficiente para o

⁷⁶ PIMENTEL, Elson. L. A. **Dilema do Prisioneiro: da teoria dos jogos à ética**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2007, p. 12.

⁷⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Op. cit., p. 147.

Estado quando deseja descobrir informações, operacionalizando o instituto da colaboração/delação premiada.⁷⁸

Com isso, elucida-se que a delação premiada é também uma estratégia à disposição do Estado que se vale do instituto quando os mecanismos ao seu alcance são insuficientes para ensejar uma condenação/absolvição penal. “O testemunho direto, provido de detalhes, caminhos e rastros, proporciona o desate mais eficaz para o Estado (...). A informação de dentro não precisa ser construída por narrativas fragmentadas de investigações sem delatores.”⁷⁹ Ademais, vale dizer que não existe direito subjetivo do investigado/acusado à delação premiada, ficando a cargo dos órgãos estatais o início da partida negocial, com a oferta de colaboração,⁸⁰ que se mostra como um trunfo valioso.

Diante disso, Morais discorre que o cenário que se observa da partida da delação premiada é a seguinte:

O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas. Rompido ou antevisto ou rompimento, bem assim a impossibilidade, por que não negociar? Constitui-se num jogo de táticas processuais no decorrer do jogo processual guiado por estratégia dos efeitos pretendidos.⁸¹

Sobre a análise dos custos benefícios e a possibilidade de alteração das táticas no decorrer do jogo pelos jogadores/delatores, Luiz Flávio Gomes se manifesta nos seguintes dizeres:

Não havendo nenhuma delação 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 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).⁸²

⁷⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Op. cit., 169.

⁷⁹ Idem, p. 11.

⁸⁰ Idem, p. 48.

⁸¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Op. cit., p.28.

⁸² GOMES, Luiz Flavio. **Teoria dos jogos e a viralização da delação premiada**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/159520737/teoria-dos-jogos-e-a-viralizacao-da->

E quanto às regras desse jogo? Como todo jogo prescinde de regras, no jogo da delação premiada não é diferente. Contudo, a resposta à pergunta não é tão simples dada à multiplicidade de universos jurídicos que o acordo de colaboração abrange conforme devidamente exposto no capítulo primeiro deste trabalho. Ainda, não se pode deixar de considerar que o cenário no qual o jogo negocial ocorre se dá fora do ambiente jurisdicional, mais precisamente na fase preliminar de investigação. Com isso, o controle sobre a validade das cartas probatórias somente ocorrerá em caso de ação penal futura.⁸³

O déficit normativo e a ausência de clareza acerca das regras que deve se aplicar/desconsiderar em cada caso torna o jogo da delação mais complexo. Assim, “será necessário entender o sentido de dominante/dominado em cada contexto real de jogo (...) a depender da recompensa de quem se senta para negociar, teremos resultados flutuantes no tocante às regras, porque podem ter o sentido condicionado ao que se pretende.”⁸⁴

Entretanto, independente da situação concreta, existe um *standard* normativo mínimo a ser observado, consubstanciado nos requisitos elencados entre os artigos 3º a 7º, da Lei nº 12.850/13, com redação dada pela Lei nº 13.964/19. Ponto crucial a ser ponderado é que para a observância do *standard* será indispensável que os jogadores atuem com *fair play*, sem se valer de táticas ilícitas para manipular o jogo (*doping*).⁸⁵

Sem perder de vista que os jogadores são seres otimizadores dos seus próprios benefícios, Aury Lopes chama atenção para o fato de que no fim das contas “o interesse do delator em se ver beneficiado costuma fazer com que ele atribua fatos falsos ou declare sobre acontecimentos que não presenciou, com o inequívoco interesse de ver valorizada sua conduta e, com isso, negociar um benefício maior.”⁸⁶

Daí que a observância das normas de validade (*standard* normativo) e à atuação com *fair play* a fim de obstar o *doping* processual é imprescindível para que a delação premiada não seja utilizada como uma estratégia de jogo deturpada e sem parâmetros.

Não obstante, ainda que os parâmetros existam, não se pode olvidar que a prática da

delacao-premiada>.

⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Op. cit., p. 151.

⁸⁴ Idem, p. 156.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 467.

colaboração premiada deve subordinar-se à Magna Carta, sob pena de tornar seus mandamentos em letra morta, o que é inadmissível num Estado Democrático de Direito.

À vista disso, no próximo capítulo será feita a análise da (in)constitucionalidade da delação premiada em face do princípio do devido processo legal, mais especificamente quanto aos seus desdobramentos referentes ao direito ao silêncio, ao contraditório e à ampla defesa.

5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA EM FACE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Após o esboço histórico da delação premiada no direito penal brasileiro, a análise no direito comparado e sua leitura através da teoria dos jogos, o presente capítulo se debruçará no estudo do principal questionamento deste trabalho: a delação premiada é constitucional frente ao princípio do devido processo legal?

Para responder a indagação, será feita a conceituação do princípio do devido processo legal e a análise referente aos desdobramentos do contraditório e da ampla defesa e o direito ao silêncio.

Ressalta-se que diversas outras garantias tão importantes quanto às tratadas a seguir, decorrem e asseguram a efetividade do devido processo legal. Contudo, optou-se pelo recorte temático especificamente com relação ao princípio do contraditório e da ampla defesa e o direito ao silêncio já que não se pretende exaurir a discussão.

Deste modo, busca-se averiguar se o contraditório e a ampla defesa são respeitados no momento da coleta de informações do delator e se lhe é assegurado o direito de ficar em silêncio sem que seja submetido a coações para delatar.

5.1 Devido processo legal

O princípio do devido processo legal surgiu na Inglaterra, tendo sido regulamentado na *Magna Charta Libertatum* firmada entre o Rei João Sem Terra e os barões ingleses, mais especificamente no artigo 39 do documento que previa que “nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, [...] exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou

pela lei do país.”⁸⁷

Anos mais tarde foi incluída nas Cartas Coloniais da América do Norte e nas 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos. Tais Emendas, sobretudo a 14ª, previa a *equal protection of the law*, possibilitando ao Judiciário amplos meios para sindicalizar os atos jurídicos, evitando-se os arbítrios legislativos, quando irrazoáveis ou irracionais.⁸⁸ Por influência do direito estadunidense, o instituto originário anglo-saxão foi inserido na Constituição Brasileira pela primeira vez em 1988 no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Cf/88.⁸⁹

Tamanha importância, o princípio também foi incluído no Pacto de São José da Costa Rica, cuja previsão se encontra no artigo 8 inciso I:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O advento do devido processo legal suprimiu a vingança privada e avocou para o Estado o direito e dever de proteger a comunidade, de modo que, frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe alternativa que não a tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado, o processo penal.⁹⁰

Em seu aspecto material ou substancial, trata-se de um princípio limitador do arbítrio do Estado, que deve pautar suas ações de acordo com a Constituição Federal de modo a assegurar aos indivíduos a proteção dos seus direitos como a plena defesa.⁹¹ Em seu aspecto formal, o princípio assegura ao indivíduo um processo com observância de todas as fases preestabelecidas pela legislação, atendendo as garantias constitucionais.

⁸⁷ Redação original do art. 39, da Magna Carta: “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will he proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.”

⁸⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 49.

⁸⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Op. cit., p.42.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Op. cit., p.57.

⁹¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Op. cit., p.45.

Sem embargos, Vasconcellos alerta para o fato de que “a lógica da justiça negocial contamina o processo penal em sua essência, pois, em realidade, acarreta o ‘desaparecimento do processo’”, de modo a inviabilizar por completo a estruturação de uma dogmática processual penal limitadora do poder punitivo.”⁹²

Isso porque, conforme Lopes Junior ressalta:

O exercício do poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e da sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, desconsidera que o processo penal brasileiro tem como regra a ação penal pública pautada pelos princípios de obrigatoriedade e indisponibilidade.⁹³

O mesmo autor, em artigo escrito conjuntamente com Morais realça:

O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência.⁹⁴

Posicionamento semelhante é o adotado por Jacinto Coutinho, segundo o qual a delação premiada é inconstitucional haja vista que sua prática ofende “1º) o devido processo legal, 2º) a inderrogabilidade da jurisdição, 3º) a moralidade pública, 4º) a ampla defesa e o contraditório, e 5º) a proibição às provas ilícitas.”⁹⁵

Diversas outras garantias decorrem do princípio do devido processo legal, das quais, serão analisadas as do direito ao silêncio, ao contraditório e à ampla defesa, com o intuito de

⁹² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. Cit., p. 38.

⁹³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Op. cit., p.144-145

⁹⁴ LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>.

⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>>.

observar a aplicação na prática da delação premiada.

5.1.1 Contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa serão abordados conjuntamente já que parte da doutrina os trata como sinônimos, vez que na situação fática eles se fundem.⁹⁶ A previsão legal se encontra no art. 5º, LV, da CF/88, com a seguinte redação “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

O princípio do contraditório pode ser analisado em duas dimensões, a formal e a substancial. A primeira, conteúdo mínimo do princípio em análise, assegura que as partes sejam ouvidas e participem do processo. Já a segunda, consiste na possibilidade de influenciar a decisão do órgão julgador.⁹⁷ Assim, pode ser definido como a “participação das partes no processo para impugnar as alegações que vão de encontro ao seu interesse, de forma a contribuir com o convencimento do juiz.”⁹⁸

Para que se efetive a participação, imprescindível a constituição de defesa técnica, conteúdo da ampla defesa. Daí porque os princípios estão interligados, compondo ferramentas indispensáveis ao devido processo legal.

Transladando a análise para a delação premiada, muito pouco se observa contraditório e ampla defesa nas legislações que antecederam a Lei nº12.850/13 haja vista que referidos diplomas inseriram a delação somente no âmbito material, sem estabelecer os mecanismos processuais pra sua aplicação, conforme explanado no primeiro capítulo do trabalho.

Com o advento da Lei de Organizações Criminosas e mais recentemente com as alterações trazidas pela Lei Anticrime, buscou-se assegurar o cumprimento do contraditório e da ampla defesa de forma mais efetiva, na medida em que se exige que nenhuma tratativa seja realizada sem a presença de advogado constituído ou de defensor público (art. 3º, §1º). Em contrapartida, muito se discute acerca da restrição de acesso aos autos do pedido de homologação por parte da defesa (art. 7º, § 3º), que certamente mitiga os princípios em

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 147.

⁹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivum, 2015, v. 1, p. 78-79

⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 148.

análise.

De mais a mais, ainda que seja possível observar um esforço do legislador em efetivar o direito de defesa na prática da colaboração premiada, ele ainda não é exercido em sua plenitude. Sobre o assunto se posiciona Vasconcellos:

Nesse cenário, o processo penal tem sua estrutura distorcida, deixando de ser desenhado a partir de um sistema acusatório, com duas partes e um terceiro imparcial julgador. A defesa adere à acusação, que tem a sua principal função (acusar e produzir provas para fundamentar suas imputações) esvaziada, e, por fim, o juiz torna-se, fundamentalmente, mero homologador do acordo realizado. Em lugar da contraposição de duas versões, o processo acaba sendo local exclusivo da acusação, visto que “a delação/colaboração premiada se trata de método de produção de ‘provas’ que impossibilita o contraditório, não permite que exista participação e fomenta a paranoia inquisitorial.”⁹⁹

Como já mencionado no tópico anterior, Jacinto Coutinho também defende que a prática da delação premiada fere a ampla defesa e o contraditório, considerando, pois, a inconstitucionalidade do instituto.

Por seu turno, Bitencourt preconiza:

(...) o legislador contemporâneo tem demonstrado censurável desprezo pelas garantias constitucionais, e certa predileção em editar diplomas legais francamente inconstitucionais, e, particularmente, afrontadores de direitos fundamentais assegurados na própria Constituição. Na verdade, há uma “produção” excessiva de leis que, a pretexto de combater a impunidade, ignoram a existência de garantias fundamentais (...) desde quando as garantias fundamentais do direito de ação, do devido processo legal, da ampla defesa podem simplesmente ser renunciadas por alguém, ainda mais na imposição de uma delação premiada? Ora, se são garantias contra o poder estatal, são irrenunciáveis!¹⁰⁰

Em sentido contrário, Bottini e Martello discorrendo acerca dos acordos de delação já firmados no passado, mormente os da operação “Lava Jato”, não vislumbram a violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório quando o advogado não fica com cópia do

⁹⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. Cit., p. 35

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada na “lava jato” está eivada de inconstitucionalidades**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>.

depoimento do delator, ao argumento de que este não está litigando, e sim sendo investigado.¹⁰¹

Entretanto, *data vênia*, discordo da posição por eles adotada, sobretudo porque, diferentemente do que ocorre na fase investigatória comum, os acordos de delação podem levar a imposição de um pena sem que haja a instauração de uma ação penal com todas as suas fases. Em virtude disso, impossibilitar o acesso, por parte da defesa, aos termos do depoimento prestado pelo delator, significa em última medida afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

5.1.2 Direito ao silêncio

O direito ao silêncio encontra referencial histórico na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 9º) e na Constituição Federal no art. 5º, LXIII, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Também encontra previsão no Pacto de São José da Costa Rica no art. 8º, II, g, com a seguinte redação:

toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante todo o processo toda pessoa tem direito em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: II- toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Como garantia constitucional, o direito ao silêncio é manifestação da autodefesa negativa do réu, reservando ao acusado o direito de permanecer calado e de não se autoincriminar ou de ser coagido a fazer tal ato. Neste sentido, Aury leciona:

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 jurídico por omitir-se de

¹⁰¹ RODAS, Sérgio. **Acordos de delação premiada da “lava a jato” violam Constituição e leis penais**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>>.

colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.¹⁰²

Por esta razão, entende-se que a recusa por parte do acusado em prestar declaração ou participar de atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa não autoriza qualquer presunção ou mesmo indício de culpa; e o silêncio só poderá influenciar o convencimento do juiz caso seja para beneficiar o réu.¹⁰³

Relativamente à delação premiada, o art. 4º, § 14, da Lei nº 13.850/13 trás a polêmica previsão de que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”.

Bottini considera válida a renúncia ao silêncio por tratar-se de direito disponível.¹⁰⁴ Contudo, o problema dessa permissão é que ela vem atrelada à falácia de que eventual renúncia ao direito de silêncio será feita de forma espontânea e voluntária, sem coações. É o que defende Renato Brasileiro:

Afinal, como não há dever ao silêncio, todo e qualquer investigado (ou acusado) pode voluntariamente confessar os fatos que lhe são imputados. Nessas condições, cabe ao próprio indivíduo decidir, livre e assistido pela defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.

Na mesma linha de raciocínio, Pacelli observa que qualquer acusado ou investigado pode livremente confessar os fatos que lhe são imputados em juízo ou que estejam sendo investigados, uma vez que não há um dever de silêncio, bem como, que o dever de dizer a verdade decorre de ato voluntário e não de imposição legal.¹⁰⁵

Todavia, os posicionamentos supracitados, *data máxima vênia*, parecem desconsiderar a realidade fática da delação premiada no Brasil em que, atônitos, observamos o MPF emitir parecer sobre a operação “Lava Jato” com o seguinte trecho: “em crime de colarinho branco,

¹⁰² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Op. cit., p. 153.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ RODAS, Sérgio. **Acordos de delação premiada da “lava a jato” violam Constituição e leis penais**. Op. cit.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014 p. 528.

onde existem rastros, mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso.”¹⁰⁶

Destarte, os posicionamentos doutrinários tendentes a considerar que a renúncia ao silêncio vêm atrelada à coerção parecem mais sensatos e atentos a realidade das práticas vivenciadas. Com clareza discorre Bitencourt:

Prende-se para desgastar, subjugar, ameaçar e forçar a “colaboração premiada”! Aliás, a própria autoridade repressora reconhece, oficialmente, em seu parecer, que esse é o objetivo maior das prisões e tem sido exitoso: arrancar a confissão e forçar a “delação”! Retornamos à Idade Média, quando às ordalhas e a tortura também tinham objetivo de arrancar a confissão, e também eram cem por cento exitosas! Só falta torturar fisicamente, por que psicologicamente já está correndo!¹⁰⁷

Vasconcellos coaduna com referido entendimento e salienta:

A lógica inerente à justiça criminal negocial impõe pressões e coerções ao acusado para aceitar o acordo e aderir à acusação, saindo de sua posição de resistência, o que acarreta exponencial aumento da chance de condenação de inocentes (...) Ou seja, a suposta voluntariedade do acusado para aceitar o acordo é falaciosa, pois o funcionamento do instituto se dá por ameaças e coerções, que inviabilizam qualquer escolha livre da defesa.¹⁰⁸

Langbein, aproximando à barganha das práticas medievais de tortura consigna que “há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie.”¹⁰⁹

Desta forma, entendo que a observância à autodefesa negativa deverá ser analisada caso a caso. Quando a renúncia ao silêncio ocorrer de modo espontâneo e sem coações ou ameaças, então se pode dizer que o preceito fundamental foi respeitado. Ao revés, se a delação decorrer de pressões externas e não da mera liberalidade do colaborador, então estaremos diante da inconstitucionalidade do instituto.

¹⁰⁶ CANÁRIO, Pedro. **Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcarconfissoes#:~:text=%E2%80%9CEm%20crime%20de%20colarinho%20branco,a%20pagar%20o%20imposto%20devido>>.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit.

¹⁰⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal.** Op. Cit. p.32.

¹⁰⁹ LANGBEIN, John H. Op. cit., p. 141.

5.2 Lacuna normativa e a guinada a legalidade com a Lei Anticrime

Diante da singela análise acima feita, elucida-se que a insuficiência normativa acaba por ensejar a mitigação de direitos e garantias fundamentais, sobretudo no que se refere ao princípio do devido processo legal, especificamente no que tange ao contraditório e a ampla defesa quando se observa os acordos firmados durante a operação “Lava Jato”. O que não significa, contudo, que o instituto da delação deva ser tolhido do ordenamento jurídico pátrio, já que pode ser utilizado como instrumento a favor do poder de punir do Estado quando se está diante da insuficiência probatória.

Mostra-se necessário, porém, uma construção legislativa mais bem formulada, que preencha as lacunas da ilegalidade encurtando as brechas para arbitrariedades e subjetivismos.

Para Aury Lopes:

Precisamos ampliar o espaço de consenso e os mecanismos de negociação da pena, através de lei clara e com limites demarcados (Legalidade), que sirva para desafogar e agilizar a justiça criminal, mas sem representar a negação de jurisdição e das garantias processuais constitucionais. Um difícil equilíbrio, que precisa ser encontrado através de um amplo debate e estudo da nossa realidade e análise do impacto carcerário e processual que ela poderá gerar.¹¹⁰

Na visão de Rosa e Bermudez, “será preciso estabelecer o devido processo legal para a barganha *latu sensu* no Brasil, e visualizamos a possibilidade de fazê-lo, também, via sistema civil atinente a negócios jurídicos.”¹¹¹

Em contrapartida, Vasconcelos defende que se inviável a vedação e a exclusão da delação premiada do ordenamento jurídico, esse instituto deve ser concebido como mecanismo excepcional, com critérios restritivos e limitações consolidadas, para afastar eventual amorfismo que permita abusos e brechas para arbitrariedades.¹¹²

Por oportuno, Jacinto Coutinho, realça:

¹¹⁰ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. Op. cit., p. 253.

¹¹¹ ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Op. cit., p.112.

¹¹² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. Op. Cit. p.31.

As “novas tecnologias” de obtenção da prova — dentre elas a delação premiada — têm oferecido a oportunidade que alguns precisavam para tentar “destruir os direitos e garantias individuais”, em verdade nunca aceitos por aqueles que se pensam acima das limitações legais. Justo por isso é imprescindível que o legislador delimite as regras que devem balizar a aplicação do instituto, sempre em concordância estrita com a CR e as leis, não deixando nenhum espaço, se possível, para arbitrariedades.¹¹³

Ao que parece, as alterações trazidas pela recente Lei Anticrime pretenderam sanar algumas das irregularidades assistidas pela prática da delação no Brasil, o que não significa que outras lacunas não tenham permanecido. Discorrendo sobre a novidade normativa, André Luís Callegari e Raul Linhares ponderam que:

Algumas lacunas referentes ao acordo de colaboração premiada foram preenchidas pela lei “anticrime”. Entretanto, não se deve ignorar que outras lacunas ainda permanecem. A falta de normatividade a disciplinar de maneira completa o acordo de colaboração premiada é prejudicial ao sistema de Justiça, à sociedade e à própria higidez do instituto da colaboração, pois permite a celebração indiscriminada de acordos, com cláusulas oriundas exclusivamente da criatividade da autoridade celebrante.¹¹⁴

Valber de Melo e Felipe Maia Boreto também consideram que a legislação trouxe mais avanços do que retrocesso e que, embora continuem a existir lacunas, “no que toca a colaboração premiada as modificações merecem elogios.”¹¹⁵

O fato é que existe um novo marco legal no direito e no processo penal, que fixa parâmetros e critérios inovadores e distintos dos anteriores, sobre o qual ainda muito será escrito e debatido.¹¹⁶ Algumas lacunas permanecem, mas tudo indica que o caminho da legalidade foi traçado pelo legislador.

No entanto, parece claro que, nessa seara, a Lei ao fim promulgada teve como tônica o esforço de trazer o instituto de direito premial de volta ao prumo da legalidade, rejeitando o panorama de negociação imoderada da

¹¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>>.

¹¹⁴ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul. **Colaboração premiada após a lei “anticrime”**.

¹¹⁵ BROETO, Filipe Maia; MELO, Valber. **O pacote “anticrime” e seus impactos na colaboração premiada**. Op. Cit.

¹¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo. **Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei “anticrime”**. Op. Cit.

pena do colaborador premiado. O diploma normativo põe fim, portanto, a um interregno de anos nos quais se negociou acordos de colaboração generosos, mas, por vezes, sem previsão legal.¹¹⁷

No mais, aguardemos os desdobramentos práticos da Lei nº 13.964/2019.

6 CONCLUSÃO

A delação premiada é uma consequência da ampliação dos espaços de consenso no processo penal. No direito brasileiro a justiça premial foi introduzida na década de noventa com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e posteriormente abordada em diversas legislações como: Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86); Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90); Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98); Lei de Proteção das Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99); Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06); Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13); e mais recentemente pela Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Restou demonstrada a notória influência de experiências internacionais na implementação da delação premiada no Brasil, sobretudo do modelo italiano (*patteggiamento*) e estadunidense (*plea bargaining*), que culminou por introduzir ao processo penal a lógica mercadológica de compra e venda informações. Por esta razão, foi trazida a leitura da delação premiada sob a ótica de um dos instrumentos da microeconomia, a teoria dos jogos, com o intuito de demonstrar que a prática da colaboração premiada consiste em uma tática de jogo que visa maximizar os ganhos individuais dos jogadores do processo penal, a saber: a acusação: Delegado de Polícia/Ministério Público; e a defesa: acusado/ investigado.

Relativamente às regras do jogo da colaboração premiada, foi possível concluir que a insuficiência normativa acaba por ensejar a mitigação de direitos e garantias fundamentais, sobretudo no que se refere ao princípio do devido processo legal, especificamente no que tange ao contraditório e a ampla defesa e o direito ao silêncio quando se observa os acordos firmados durante a operação “Lava Jato”.

O que não significa, contudo, que o instituto da delação deva ser tolhido do ordenamento jurídico pátrio, já que pode ser utilizado como instrumento a favor do poder de

¹¹⁷ COSTA, Felício Nogueira. **Colaborações Premiadas: Uma guinada rumo à legalidade**. Op. Cit.

punir do Estado quando se está diante da insuficiência probatória. Ademais, o abarrotamento dos tribunais e o colapso do sistema prisional podem ser amenizados com a colaboração sem se negar garantias processuais constitucionais.

Para tanto, é necessário que seja legislado com seriedade e observância aos preceitos fundamentais.

Ao que parece, as alterações trazidas pela recente Lei Anticrime pretenderam sanar algumas das irregularidades assistidas pela prática da delação no Brasil, citando-se a título de exemplo, a possibilidade de que o delatado se manifeste após o delator em respeito ao contraditório e a ampla defesa. Isso não significa que outras lacunas não tenham permanecido.

Neste ponto, seria interessante, por exemplo, a criação de uma lei específica, que versasse somente acerca da delação premiada, apresentando parâmetros bem definidos a fim de vedar arbitrariedades e subjetivismos, uniformizando a aplicação prática do instituto. Ademais, não se pode perder de vista a importância de que os espaços de debate sobre o tema sejam intensificados no âmbito acadêmico e legislativo.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração Premiada: O novo paradigma do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Delação premiada na "lava jato" está eivada de inconstitucionalidades**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 15/07/2020.

BOTTINI, Pierpaolo. **Direito penal, processo penal e colaboração premiada na lei "anticrime"**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime>>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga A Convenção das Nações Unidas Contra O Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 de Agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20112014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Art.,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Pena%20%2D%20reclus%20%20de%203%20\(%20C3%A0s%20demais%20infra%20%20C3%A7%20C3%B5es%20penais%20praticadas](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20112014/2013/lei/112850.htm#:~:text=Art.,procedimento%20criminal%20a%20ser%20aplicado.&text=Pena%20%2D%20reclus%20%20de%203%20(%20C3%A0s%20demais%20infra%20%20C3%A7%20C3%B5es%20penais%20praticadas)>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm> Acesso em: 06/07/2020.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.072%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Art>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. **Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm>. Acesso em: 08/07/2020.

BRASIL. **Lei n. 9.269, de 02 de abril de 1996**. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 12/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma) – **Habeas Corpus 96007/SP**, Relator: Min. Marco Aurélio, Data De Julgamento: 12/06/2012, Data De Publicação: Acórdão Eletrônico Dje-027 Divulg 07-02 2013 Public 08-02-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Habeas Corpus 127483**, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Data De Julgamento: 27/08/2015, Processo Eletrônico Dje-021, Divulg 03-02-2016, Public 04-02-2016.

BROETO, Filipe Maia; MELO, Valber. **Gravação audiovisual das tratativas do acordo de colaboração é possível?** Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/5033/gravacao-audiovisual-tratativas-acordo-colaboracao-possivel>>. Acesso em: 10/07/2020.

BROETO, Filipe Maia; MELO, Valber. **O pacote "anticrime" e seus impactos na colaboração premiada**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/pacote-anticrime-impactos-colaboracao-premiada#_ftn4>. Acesso em: 05/07/2020.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul. **Colaboração premiada após a lei “anticrime”**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-04/opiniao-colaboracao-premiada-lei-anticrime>>. Acesso em: 15/07/2020.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 49.

CORDEIRO, Néfi. **Delação premiada na legislação brasileira**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 273-296, mar. 2010.

COSTA, Felício Nogueira. **Colaborações Premiadas: Uma guinada rumo à legalidade**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 331, jun. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Delação premiada precisa de uma nova lei para evitar atuais abusos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-15/limite-penal-delacao-premiada-lei-evitar-atuais-abusos>>.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivum, 2015, v. 1, p. 78-79

DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. **Justicia Criminal Consensuada. Algunos modelos del derecho comparado en los EE. UU., Italia y Portugal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 120-145.

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

GOMES, Luiz Flavio. **Teoria dos jogos e a viralização da delação premiada**. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/159520737/teoria-dos-jogos-e-a-viralizacao-da-delacao-premiada>>. Acesso em: 07/07/2020.

LANGBEIN, John H. **Tortura e plea bargaining**. In: GLOCKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR, Aury. **Desconstrução do pacote "anticrime" de Moro e o freio contra o retrocesso**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-08/desconstrucao-pacote-anticrime-moro-representa-vitoria>>. Acesso em: 11/07/2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11 edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Com delação premiada e pena negociada, Direito Penal também é lavado a jato**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-24/limite-penal-delacao-premiada-direito-penal-tambem-lavado-jato>>. Acesso em: 03/07/2020.

LOPES JR, Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014 p. 528.

PIMENTEL, Elson. L. A. **Dilema do Prisioneiro: da teoria dos jogos à ética**. Belo Horizonte: Argumentvm, 2007, p. 12.

RODAS, Sérgio. **Acordos de delação premiada da “lava a jato” violam Constituição e leis penais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/delacoes-lava-jato-sao-ostensivamente-ilegais-canotilho>>. Acesso em: 02/07/2020.

RODAS, Sérgio. **Nos EUA, plea bargain foi instituído para desafogar tribunais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-19/eua-plea-bargain-foi-instituido-desafogar-tribunais>>. Acesso em: 01/07/2020.

ROSA, Alexandre Morais da.; BERMUDEZ, André Luiz. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 15 – 20. Florianópolis (SC): Emais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 1ª Ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 5º ed. Florianópolis (SC): Emais, 2019.

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

VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal.** Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 15, jan.-jun. 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VON NEUMAN, John; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior.* Princeton: Princeton University Press, 1947.

WALSH, Dylan. **Why U.S. Criminal Courts are so dependent on plea bargaining?** In: Revista The Atlantic, publicado em 2-5-2017. Disponível em:<<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2017/05/plea-bargaining-courts-prosecutors/524112/>>. Acesso em: 09/07/2020.