

A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL FUNCIONALISTA

THE COLLABORATION AGREEMENTS AS A FUNCTIONALIST CRIMINAL POLICY TOOL

Renee do Ó Souza

Promotor de Justiça do MPMT

Mestre em Direito pela Uniceub

Professor na Pós-Graduação em Compliance e Direito Anticorrupção no CERS e Fundação Escola do MPMT

Antonio Sergio Cordeiro Piedade

Promotor de Justiça do MPMT

Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC-SP

Professor do Programa de Mestrado em Direito da UFMT



RESUMO

O presente artigo analisa a colaboração premiada, a qual hodiernamente desafia uma análise contextualizada, com o escopo de verificar sua inserção no Direito Penal como instrumento de polícia criminal atual, inclusive numa perspectiva internacional. Essa abordagem permite verificar que a tendência de supostas mitigações a direitos provocadas por referido instituto encontra-se inserida no chamado funcionalismo penal. Ao lado dessa análise, procura-se identificar sua relação com os delitos em que normalmente opera, bem como sua eficácia como estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Política criminal. Funcionalismo Penal. Direito Penal. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present issue analyzes the collaboration agreements, which nowadays asks for a contextualized analysis aiming to verify its insertion in Criminal Law as a current criminal policy tool, including an international perspective. This approach allows to verify that the supposed rights' mitigation trend provoked by this legal institute is inside the Criminal Functionalism Theory. Next to this analysis, it looks to identify the link between the plea bargaining application and the crimes in which is normally applied, as well as its efficiency as a strategy for repression, prevention and criminality consequences handling.

Keywords: Collaboration agreements. Criminal Policy. Criminal Functionalism. Criminal Law. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

1. Introdução. 1.1 A colaboração premiada no contexto atual do Direito Penal como fruto do funcionalismo penal. 1.2 A tendência internacional dos acordos penais. 1.3. A mitigação das garantias e dos direitos fundamentais do colaborador. 2. A resistência cultural na aceitação da colaboração e o suposto dilema ético do traidor. 2.1 A representação social sobre colaboração premiada. 3. O potencial da colaboração premiada para consolidar uma política criminal diferente no Brasil. 3.1 Colaboração premiada como instrumento criminalizante - O combate à cifra negra. 3.2 Colaboração premiada e o tempo do processo. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Inegável o protagonismo assumido pela colaboração premiada nos últimos anos no combate à criminalidade no Brasil. Manifestação do chamado direito premial, a colaboração premiada é entendida, grosso modo, como um negócio jurídico extra-processual que se caracteriza como uma técnica especial de investigação por meio da qual o agente criminoso confessa a autoria do delito e fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal¹.

Para além de uma definição acadêmica, a colaboração premiada desafia uma análise contextualizada a fim de verificar sua inserção no direito penal como instrumento de política criminal atual, inclusive numa perspectiva internacional. Essa abordagem permite verificar que a tendência de supostas mitigações a direitos provocadas pela colaboração premiada encontra-se inserida no chamado funcionalismo penal.

Além disso, faz-se necessário identificar por que a colaboração premiada, embora prevista desde 1990, contou com resistência significativa, o que levou à proliferação de seu uso somente recentemente. O que mudou exatamente? Como foi capaz de angariar credibilidade e simpatia, seja dos atores do sistema de justiça, seja junto à opinião pública? A teoria das representações sociais credencia-se para uma resposta adequada para essas indagações, especialmente porque o panorama exclusivamente jurídico não parece fornecer uma resposta a elas.

Ao lado dessa análise, sempre perquirindo sobre o papel da colaboração premiada como instrumento de política criminal, procura-se identificar sua relação com os delitos em que normalmente opera, bem como sua eficácia como estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade, identificando-se como um instrumento de política criminal contemporânea.

1.1 A colaboração premiada no contexto atual do Direito Penal como fruto do funcionalismo penal

1.1.1 *O funcionalismo penal e as respostas às novas formas de criminalidade*

O Direito Penal sempre foi considerado manifestação máxima de poder das instâncias de controle social, seja porque implica no emprego legitimado de artefatos violentos do Estado, seja porque restringe o direito à liberdade do indivíduo. Após

1 Porque refoge do âmbito deste trabalho, não será tomada a suposta distinção entre delação e colaboração premiada, sendo que as expressões serão aqui usadas como sinônimas. De qualquer forma, em passant, confira a lição a seguir que procura distinguir os institutos: “A delação premiada prevista na Lei nº 9.613/98 difere-se da atualmente tão propalada colaboração premiada. Encaradas por muitos como sinônimos, a delação premiada, como o próprio texto legal estatui, decorre de ato unilateral, praticado pelo agente criminoso que, de forma espontânea, decide auxiliar os trabalhos investigativos. Em tal caso, não lhe é ofertada nenhuma vantagem processual ou relacionada à própria aplicação da pena. O agente o faz como forma exclusiva de auxílio às atividades investigativas, cabendo ao juiz, como mera faculdade legal, a aplicação de benefícios ao réu delator” (CARDOSO, 2018, p. 1.375).

as mudanças provocadas pela liquidez do mundo moderno, em que as certezas do positivismo e de outras ciências ruíram em face dos novos desafios, o homem “desbussolado” (FORBES, 2004) passou a desenvolver novos conhecimentos capazes de dar solidez às suas pretensões sociais.

Nesta quadra, também o Direito Penal deixou de ser capaz de responder adequadamente à nova criminalidade, caracterizada por uma sofisticada organização estrutural que desafiava os postulados clássicos do direito penal ligados à culpabilidade, responsabilidade individual, teoria do crime, concurso de pessoas, etc. Crimes ambientais e econômicos praticados em meio a uma estrutura empresarial, as novas formas de deslocamentos de produtos financeiros dos crimes sem limites geopolíticos, ou mesmo as facilidades de praticar delitos por meio da rede mundial de computadores produziram a revisitação de vários institutos.

A procura por essas respostas ecoou no desenvolvimento do funcionalismo penal, caracterizado por um sistema que procura orientar o direito penal aos seus fins, de maneira a proporcionar seu funcionamento adequado e propiciar sua aplicação segura, previsível e justa². É certo que, como bem adverte Luis Greco, não existe apenas um funcionalismo, mas diversos. Mesmo assim, citando Roxin, ensina o professor que o traço em comum dos defensores deste movimento é que a construção do sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológicos, mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal (GRECO, 2000, p. 6-7).

Há, todavia, de maneira mais saliente, o desenvolvimento de duas concepções de funcionalismo: funcionalismo moderado ou racional-teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. Divergem, basicamente, quanto à função do Direito Penal. Para Roxin, o Direito Penal busca a proteção dos bens jurídicos. Para Jakobs, a missão do direito penal é, principalmente, a garantia da vigência e eficácia da norma.

A diferença é significativa na medida em que a primeira escola tem, na teoria do bem jurídico, o limite para os vários institutos do Direito Penal, enquanto que a segunda, tem a norma penal como ponto de partida para justificar o funcionamento de vários institutos do Direito Penal.

O funcionalismo sistêmico decorre da premissa de que a pena reafirma a consciência coletiva de que o sistema legal é capaz de compor os conflitos sociais e de que para tanto, é necessária a adoção de instrumentos que viabilizem a responsabilização dos agentes que antes ficavam à margem das garras do Direito Penal. A necessidade de restaurar a expectativa organizacional e institucional violada pelo crime legitima a construção desse aparato processual, ainda que mediante algumas mitigações de garantias penais.

As críticas ao funcionalismo de Jakobs centram-se na obsessão por um sistema eficiente, que se preocupa sobremaneira com os fins, o que pode levar ao uso meramente instrumental de meios ilegítimos de instrumentos penais. Todavia, é inegável que é essa a concepção que atenta à solução para inúmeros problemas da

² Embora haja novas perspectivas para a teoria do delito, como a Teoria da Ação Significativa, o funcionalismo ainda é acolhido majoritariamente pela doutrina penal atual. De qualquer forma, mesmo naquela escola, a legitimidade do Direito Penal mantém uma relação interna com a Política Criminal.

realidade atual do Direito Penal (GRECO, 2000, p. 11).

Vislumbra-se, deste modo, a Colaboração Premiada como um desses instrumentos, notadamente porque nos crimes consensuais, entendidos como aqueles em que existe um forte pacto de silêncio entre seus participantes, as informações sobre o crime só podem partir de um dos agentes.

A adoção da Colaboração Premiada, se por um lado representa a quebra de vários paradigmas, como a intolerância do Estado em pactuar com o criminoso e a flexibilização de algumas garantias penais, por outro, em nome da eficiência, é capaz de alcançar parcela significativa de crimes antes ignorados pelo sistema vigente, prestando-se à reestabilização das expectativas violadas.

Também por vislumbrar neste instituto traços de uma política criminal consciente das limitações do Direito Penal e principalmente, de seu papel contemporâneo, vislumbra-se o instituto como manifestação do funcionalismo penal. Esse tipo de movimento, de necessidade de otimização da justiça, de valorização da dogmática penal integrada por proposições de uma política criminal voltada às consequências, proliferou no mundo os chamados acordos penais, os quais representam, de certa forma, o embrião da Colaboração Premiada.

1.2 A tendência internacional dos acordos penais

A internacionalização ou transnacionalidade do crime frutificou na identificação de maneiras diferentes com que o aparato legal enfrentava o delito nos diferentes lugares do mundo. Esta troca de experiências tem, na proliferação dos acordos penais, um pragmático instrumento da ciência penal internacional moderna.

Os acordos penais podem ser compreendidos, de um modo geral, como os ajustes obrigacionais celebrados entre o órgão de acusação e a defesa do acusado por meio de aceitação de uma imediata pena reduzida ou bastante minorada em troca de informações úteis ou da renúncia ao processo criminal. Nesse sentido,

Sobretudo em países do Common Law, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o plea bargaining expandiu-se para a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna [SCHÜNEMANN, 2013, p. 240]. A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentina reafirmam essa tendência mundial. No Brasil, o instituto da transação penal da lei 9.099/1995 é considerado a semente da justiça [consensual] [...], principalmente porque nela [...] a pretensão punitiva é inteiramente disposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento de obrigações pelo autor dos fatos, notadamente pecuniárias. (SOUZA; CUNHA, 2017).

Recentemente o ordenamento jurídico brasileiro contemplou outra modalidade de acordo, chamado de acordo de não persecução penal, regulamentado pela

resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Seus requisitos estão previstos no artigo 18 daquela norma, que dispõe³:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do

³ Redação de acordo com a Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 que alterou a redação original de todo o art. 18 ora transcrito.

investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017a).

Atenta à guinada que o Direito Penal brasileiro experimentava,

no pronunciamento final do procedimento do qual resultou a Resolução [citada] consta como fundamento para sua edição, além da contextualização mundial acima mencionada, o princípio da eficiência e a opção da Constituição de 1988 pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – o que cria as bases para uma mudança profunda [na persecução penal] no Brasil e possibilita a criação, por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, do acordo de não-persecução penal [CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017b, p. 31-32]. E conclui a comissão redatora do pronunciamento:

‘Diante dessas razões é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria:

a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais’.

Vislumbra-se nessa alvissareira iniciativa [mais uma] manifestação do funcionalismo penal na medida em que a Resolução editada navega naquilo que se denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes

possíveis da política criminal⁴. A definição de requisitos para a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, por meio de uma norma infralegal, [...] [se insere na] legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal a que se refere Claus Roxin [ROXIN, 2002, p. 49].

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial⁵, sendo que o recorte efetuado pela resolução [para a incidência] do acordo de não persecução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos [...] [a pequena parcela] de infrações que serão por ele alcançadas⁶. (SOUZA; CUNHA, 2017).

Conforme afirma Busato:

[...] as eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico. [...] Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito Penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro 'filtro' das questões que doravante tendem a ser postas em dis-

4 “A política criminal, segundo Figueiredo Dias, tem a função de “servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização [DIAS, 1999, p. 42]” (SOUZA; CUNHA, 2017).

5 Nesta fase, deve o Parquet: “explicitar a responsabilidade do Ministério Público em matéria de execução da política pública e ‘revelar’ o princípio da oportunidade, definindo critérios sobre as prioridades a seguir na investigação criminal”. (PEREIRA, 2004, p. 131). Por isso verifica-se na resolução a uniformização capaz de combater eventuais críticas de atuação voluntarista e ativista do membro do Ministério Público, porquanto proporciona uma uniformização institucional para uma gama definida de crimes.

6 “Semelhante recorte é efetuado, anualmente, pela edição dos chamados indultos natalinos, que se materializam por meio de decreto do Presidente da República e implicam na extinção da punibilidade de vários condenados mediante pressupostos discricionariamente estabelecidos, abarcando, atualmente, quase todo tipo de infração penal (salvo os delitos hediondos e equiparados). A liberdade de conformação do indulto sempre foi considerada manifestação de uma política criminal entregue ao Presidente da República. Pretende-se demonstrar com este exemplo, que uma proposta de política criminal pode ser exercida por um dos seus principais atores – o Ministério Público – notadamente quando voltada, como no caso em análise, à valoração consequencialista garantista dos crimes contemplados pela proposta. Outros exemplos de políticas criminais oferecidas por outros importantes atores merecem ser lembrados: I) o protagonismo do CNJ, que regulamentou, por meio da Resolução n.º 213, as audiências de custódia; II) a importante atuação do STF ao definir os parâmetros para se autorizar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância (ADCs 43 e 44), ou a que definiu os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância (HC n.º 84.412-0/SP); III) os chamados procedimentos da Verificação Preliminar de Informação (VPI), utilizados pela polícia judiciária, destinados à verificação da procedência das informações para posterior instauração de inquérito policial, formalmente normatizada, por exemplo, o Departamento da Polícia Federal pela Instrução Normativa n.º 01/1992; IV) baseado na celeridade e eficiência, a Polícia Civil do Estado de São Paulo, por meio de portaria, implantou o Núcleo Especial Criminal – NECRIM, ambiente policial de conciliação para infrações de menor potencial ofensivo.” (SOUZA; CUNHA, 2017).

cussão. (BUSATO, 2011, p. 69-70).

Mas a barganha sinalagmática entre o poder de punir e prestação recíproca do acusado, ainda que em menor escala comparativamente à transação penal e ao acordo de não persecução, também é traço característico da delação premiada, inicialmente concebida na legislação brasileira no art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/1990, que prevê a redução da pena de um a dois terços para o participante de quadrilha ou bando que, por meio de sua denúncia, possibilitasse seu desmantelamento.

De lá para cá, o instituto foi repetido em leis esparsas, sendo de destacar a Lei n.º 12.850/2013 por ter regulamentado a colaboração premiada em meio ao contexto da criminalidade organizada. Como nunca antes, esse diploma legal elencou requisitos importantes para a celebração da Colaboração Premiada, além de prever hipótese de imunidade processual que implica em negociação da sanção penal, razão pela qual afigura-se como principal diploma legal brasileiro adepto da justiça negociada, o que fez com que Eugênio Pacelli a classificasse como uma modalidade do plea bargaining (PACELLI DE OLIVEIRA, 2017, p. 384), muito embora sejam, na essência, institutos distintos entre si.

Em razão disso, infere-se que a Colaboração Premiada é fruto da tendência mundial acima mencionada de proliferação dos acordos penais⁷.

1.3. A mitigação das garantias e dos direitos fundamentais do colaborador

1.3.1. A validade e os limites de renúncia, pelo colaborador, dos direitos constitucionais ao silêncio, de recorrer, à presunção de inocência, ao sigilo profissional, etc.

A Colaboração Premiada caracteriza-se pelo ajuste sinalagmático entre informações prestadas pelo agente e os benefícios prestados pelo ente estatal, o que mitiga, em certa medida, alguns direitos fundamentais do cidadão.

Assim é que o § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013 prevê 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”.

O propósito da norma é assegurar maior credibilidade às declarações do colaborador, assegurar sua participação ativa no caso, bem como inibir versões fantasiosas ou mentirosas, já que, caso se retrate, seja alterando a versão inicial, seja permanecendo em silêncio, poderá ter o acordo rescindido. O dispositivo mitiga, essencialmente, o direito de permanecer em silêncio descrito no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Contudo, ao contrário de uma conclusão apressada, o dispositivo em análise

⁷ O acordo de não-persecução tem em comum com a colaboração premiada a mitigação ao princípio da obrigatoriedade, fruto de uma convenção entre Estado e acusado, como bem observou Francisco Dirceu de Barroso e Jeferson Ramaniuc: “Importante destacar que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal não é novidade em nosso ordenamento jurídico, haja vista a existência de institutos como a transação penal, suspensão condicional do processo e não oferecimento de denúncia em razão de acordo de colaboração premiada” (BARROS; ROMANIUC, 2017, p. 79).

não anula a garantia constitucional citada uma vez que o colaborador não é compelido a dizer a verdade ou de não permanecer em silêncio. A escolha pela intervenção ativa, isto é, de prestar declarações fidedignas sobre os fatos, desde que livre e consciente, não viola a garantia constitucional.

Embora mitigue a garantia constitucional ao silêncio, a exigência se justifica na equivalência e na correspondência aos prêmios penais negociados no acordo, de modo que não há que se falar em prejuízo à sua defesa e ao seu status libertatis, os quais, em última análise, são elastecidos pelo acordo⁸.

O dispositivo encontra amparo jurídico na doutrina que admite que os direitos fundamentais, embora inalienáveis, sejam restringidos em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como ocorre em hipóteses de contratos privados envolvendo direitos da personalidade. Nestes casos, de forma indutiva, extrai-se que o não exercício do direito ao silêncio referido no dispositivo do § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013 é constitucional desde que não seja permanente e nem geral, atributos cuja fiscalização fica sob a responsabilidade do Ministério Público, do defensor e do próprio acusado.

Fixada essa premissa geral, verifica-se a possibilidade de outros direitos fundamentais penais, como direito ao duplo grau⁹, presunção de inocência, sigilo profissional, etc, serem “renunciados” pelo colaborador, desde que, a renúncia não seja permanente e nem geral e desde que seja voluntária e represente proporcional aumento do direito à liberdade do colaborador¹⁰.

A liberdade de apreciação sinalagmática quanto ao exercício dos direitos fundamentais é dada ao seu titular com relativa liberdade, em respeito à autonomia da pessoa. A autonomia do indivíduo é, sabidamente, um dos pilares da dignidade da pessoa humana e pressupõe, nas lições de Luís Roberto Barroso, “a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas” (BARROSO, 2015, p. 286).

A renúncia a um direito fundamental deve ocorrer em respeito à própria von-

8 Determinada parcela da doutrina já leciona que algumas categorias de crimes, dada sua gravidade, já implicam na mitigação destes direitos e garantias fundamentais, independentemente da análise proposta neste trabalho. Neste sentido Antônio Carlos da Ponte: “Atualmente, o combate a determinadas praticas criminosas, como o narcotráfico; a criminalidade organizada; a lavagem de dinheiro; os crimes que atentam contra bens difusos e coletivos; os crimes eleitorais, dentre outros, exige uma nova leitura do Direito Penal que permite, por vezes, a flexibilização de algumas garantias constitucionais em busca de um valor maior, representado pela Justiça Social. Caso todos os direitos e garantias individuais previstos em nosso texto constitucional fossem considerados de forma absoluta, certamente não existiriam meios eficazes de combate às formas de criminalidade indicadas. Medidas excepcionais e, por vezes, necessárias, como a quebra de sigilo fiscal, telefônico e telemático seriam consideradas práticas ilegais; o mesmo acontecendo com a infiltração de agentes em organizações criminosas; a delação premiada que resultasse em perdão judicial, etc” (PONTE, 2008, p. 164).

9 Na Alemanha, por exemplo, a maioria doa acordos tem a renúncia ao recurso do réu (GOMES DE VASCONCELLOS; MOELLER, 2016).

10 Anota-se que o art. 457, §, 2º, do CPP admite que o acusado reste dispensado de comparecer para a sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri, desde que o pedido seja subscrito por ele e seu defensor. O direito de se fazer presente e ser ouvido perante seu julgador é considerado expressão do direito fundamental ao contraditório. Mas nem por isso o dispositivo citado foi inquinado de ilegal ou inconstitucional, mesmo não oferecendo ao acusado qualquer tipo de vantagem penal.

tade de seu titular, como ensinam Dimoulis e Martins, em respeito à sua autonomia individual, por mais que uma omissão motive a discordância ou a reprovação moral dos demais. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 140).

Nessa perspectiva, o papel da defesa do colaborador não é diminuído, mas configurado de forma diferente, uma vez que a ela caberá analisar a conveniência no acordo e as correspondências entre eventuais direitos fundamentais mitigados e os prêmios negociados. Proibir o acusado de abrir mão, livre e conscientemente, desses direitos, em troca de benefício, seria o mesmo que proibi-lo de cooperar com a justiça ou mesmo de se compungir do crime praticado¹¹. Em última análise, caberá a defesa escolher entre a preservação de todos os direitos fundamentais do colaborador, naquilo que podemos nominar como uma defesa convencional, ou escolher entre avaliar a pertinência da mitigação de alguns direitos fundamentais em troca de prêmios penais que podem aumentar a liberdade e o bem-estar do colaborador.

A ampla defesa, outra garantia constitucional, resta prestigiada pelo instituto da colaboração premiada. Na verdade, ousamos afirmar que frente à liberdade de escolha franqueada à defesa, seu exercício reclama maturidade superior àquela exercida no sistema processual tradicional. Há uma emancipação, verdadeiro rompimento com um certo paternalismo estatal que, desconfiado da ineficiência do grau de autonomia do indivíduo, impede que o cidadão realize, livremente, escolhas conscientes que podem favorecer ambos, cidadão e estado.

Nesta perspectiva, também não vislumbramos violação ao princípio da paridade de armas, que se encontra prestigiado na liberdade de apreciação e conveniência em celebrar o acordo e na análise do custo-benefício entre a redução das penas trocadas pela mitigação destes direitos. Por isso a lei 12.850/2013 é textual em exigir a presença do defensor na negociação do acordo (art. 4º, § 15). Como lembra Vladimir Aras, a Corte Europeia já registrou que o acusado deve poder escolher seu advogado e tem o direito de ser aconselhado por ele durante todas as etapas da investigação, da negociação, da homologação e execução (ARAS, 2018, p. 313).

Mais à frente, voltaremos à questão sobre as representações sociais que permeiam alguns noticiários de que a Colaboração Premiada é fruto de uma imposição afluiva do estado sobre o colaborador. Este tipo de afirmação, para além de violar a autonomia individual, em nome do prestígio à sua ampla defesa, impede que o colaborador alcance benefícios estatais, mesmo querendo e podendo, o que nos afigura paradoxal na medida em que implica na aplicação de pena maior que aquela resultante da celebração do acordo.

1.3.2 A confissão do delator e o teorema de Bayes

Diferentemente do que o ocorre com a confissão pura e simples, na Lei 12.850/2013, a confissão do colaborador tem maior credibilidade, principalmente face à sua análise à luz da chamada teoria de Bayes. Diferentemente da confissão pura e simples, as regras que cercam a confissão do colaborador premiado imprimem a

11 O delator, no fundo, à luz da Constituição, é um colaborador da Justiça (Min. Carlos Ayres de Britto, STF, 1.ª Turma, HC 90.688/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/02/2008).

ela a necessidade de que suas declarações sejam verdadeiras. Duas as principais razões para isso: se depois for desvendado que ele mentia, ou caso ele se retrate, além de ter o acordo rescindido, pode responder por infração penal prevista no art. 19 da Lei 12.850/2013.

A primeira consequência está prevista no § 14 do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas, que inclusive qualifica sua oitiva como depoimento e lhe confere o compromisso de dizer a verdade, atributo dados às testemunhas no processo penal (CPP, art. 204). A obrigação de dizer a verdade, somado a renúncia ao direito ao silêncio implicam, conseqüentemente, na impossibilidade de mentir de modo que, caso o agente colaborador impute falsamente a outrem a coautoria de crimes, praticará a infração penal especial prevista no art. 19. Trata-se de tipo penal muito próximo do perjúrio, previsto em alguns sistemas estrangeiros.

Com estas disposições, a confissão do colaborador possui uma maior credibilidade inicial do que a confissão pura e simples convencional pelo que a versão nela contida conta com presunção de veracidade, afinal, as graves conseqüências cabíveis ao colaborador que mente são suficientes para estimular que apenas digam a verdade. O nível de crença na versão inicial trazida pelo colaborador é elevado, embora, como menciona a lei, insuficiente para justificar, por si só, condenações penais (art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013), o que institui a regra de ouro conhecida como “regra da corroboração” que implica na necessidade de o colaborador trazer elementos de prova aptos a confirmar o que declarou (TROTT, 2007, p. 80).

Mas a colaboração também serve para a busca de outras provas e para as investigações de outros fatos, e na medida em que essas investigações comprovam a veracidade das informações inicialmente prestadas, consolida-se no processo a veracidade da confissão do colaborador. Essas novas evidências, fruto da colaboração anterior, são capazes de elevar a um nível adicional a crença na confissão original, agora duplamente validada face à incidência do chamado teorema de Bayes, teoria que serve para análise da evidência baseada no aumento da probabilidade de sua veracidade.

Robert Matthews ensina que o aumento de uma hipótese é tanto maior quanto corresponder à obtenção de novas evidências que confirmam a hipótese inicial. O teorema de Bayes mostra como as chances de uma crença num argumento inicial aumentam devido à incidência de uma nova evidência (MATTHEWS, 2017, p. 151). Sintetiza Dallagnol que o Bayesianismo estuda a prova pelo prisma da indução, utilizando-se das probabilidades, de modo que uma evidência confirma ou desconfirma uma hipótese probatória. O quanto uma dada prova reforça a probabilidade de uma hipótese segue cálculos matemáticos de probabilidades condicionais de modo que a análise sucessiva das provas gera uma atualização da hipótese final (DALLAGNOL, 2015, p. 108-109).

Dada a metodologia para aferição da credibilidade que ela produz na valoração da prova, a teoria vem sendo empregada largamente nos Estados Unidos para rever condenações judiciais por meras evidências que não passam pela análise Bayesiana. Estima-se que o “Innocence Project”, criado em 1992 na Escola de Direito Cardozo, de Nova York, para reexaminar aparentes erros da Justiça, já tenha

inocentado cerca de trezentas pessoas de crimes sérios pelos quais foram indevidamente condenadas mediante, unicamente, confissões falsas (MATTHEWS, 2017, p. 170).

A confiança em um depoimento, segundo o critério Bayes, deve ser obtida quando a chance de obtenção de uma confissão do culpado é maior que a chance de obtenção uma confissão de um inocente, o que demanda análise, além do tipo de crime envolvido no caso, da racionalidade decisória e das sucessivas evidências colhidas no caso. Assim, por exemplo, membros da máfia italiana ou de organizações terroristas são menos propensos a confessar e delatar ex-comparsas diante das regras do omertá, de modo que essas confissões, para receberem maior credibilidade, reclamam um ônus argumentativo e um reforço de evidências maior do que, por exemplo, confissões de agentes acusados de crimes empresariais e de corrupção, já que permeados por agentes que costumam pautar suas ações pela análise racional predominantemente financeira dos resultados.

O teorema de Bayes pode ser uma ferramenta metodológica útil para descartar-se confissões e colaborações premiadas fantasiosas, motivadas exclusivamente pela obtenção dos prêmios previstos na lei, pelo que o seu estudo, tal qual já vem ocorrendo em outros países, merece mais atenção em nosso país.

1.3.3 Consequências do descumprimento das cláusulas (rescisão da colaboração)

Tendo em vista que a Colaboração Premiada é instituto do funcionalismo penal e que, em razão disso, admite a mitigação de algumas garantias fundamentais, resta analisar as consequências decorrentes do descumprimento das cláusulas do acordo. Como dito antes, a colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico condicionado a determinados resultados¹² de modo que o descumprimento das obrigações nele contidas, pelo colaborador, implica na sua rescisão.

A rescisão implica no rompimento das obrigações que vinculavam o Estado à prestação dos prêmios oferecidos ao colaborador, razão pela qual não há falar-se em violação a lealdade processual. Operada a rescisão, não há impedimento para que as informações trazidas à lume pelo colaborador sejam utilizadas para a persecução penal, situação que, para além de uma sanção obrigacional, também resulta na mitigação dos direitos fundamentais do colaborador uma vez que as provas colhidas em decorrência da Colaboração Premiada são lícitas e podem ser utilizadas contra o colaborador.

Essa é a conclusão que se extrai da leitura do artigo 4º, § 10, da Lei 12.850/2013 que dispõe “As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”. Embora o dispositivo refira-se essencialmente aos

12 São eles: 1) Identificar os demais coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações penais por eles praticadas; 2) Revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da organização criminosa; 3) Prevenir as infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; 4) Recuperar total ou parcialmente o produto ou o proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; 5) Localizar o paradeiro da vítima com a sua integridade física preservada.

casos de retratação da proposta de acordos, serve para, indiretamente, reger os casos de descumprimento do acordo celebrado.

Esse dispositivo, ante a utilização do advérbio “exclusivamente” não impede que as provas produzidas pelo colaborador possam ser utilizadas para sua condenação. As provas produzidas, isto é, trazidas ao conhecimento das autoridades públicas pelo colaborador, podem ser utilizadas em seu desfavor desde que não sejam as únicas no acervo probatório e que indiquem sua responsabilidade penal. Caso a autoridade julgadora detenha outras provas, diferentes daquelas produzidas pelo colaborador, poderá utilizar todas elas contra o colaborador.

Trata-se de sistemática semelhante à prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal, o qual prevê que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Neste dispositivo, já se consolidou o entendimento de que as provas colhidas na fase inquisitorial podem servir para a formação da convicção do julgador, desde que não sejam exclusivas, isto é, desde que confirmadas por outras provas produzidas em meio ao contraditório.

Por isso vislumbra-se nessa disposição uma mitigação a um direito fundamental, qual seja, o direito à não autoincriminação, contido no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal do Brasil. Afinal, as provas produzidas pelo colaborador podem ser contra ele utilizadas. O descumprimento da colaboração premiada pelo colaborador resultará na rescisão das obrigações assumidas pelo Estado de modo que não serão mais cabíveis a redução das penas ou mesmo a imunidade penal, prêmios antes consertados entre as partes¹³.

Uma vez mais, vislumbra-se no funcionalismo penal a teoria adequada capaz de acomodar a mitigação dos direitos fundamentais do colaborador cujo acordo foi rescindido, visto tratar-se de teoria que justifica a utilização deste tipo de prática em nome do funcionamento adequado do direito penal, seja por razões de política criminal (funcionalismo teleológico), seja por razões de reafirmação e garantia da vigência da norma (funcionalismo sistêmico).

E se o descumprimento do acordo for feito pelo Estado? Embora de difícil ocorrência, visto que a fruição das prestações prometidas pelo Estado é regida pela oficialidade e imediatidade, caso o Ministério Público despreze o acordo, pode o colaborador postular na ação penal os benefícios negociados.

2 A RESISTÊNCIA CULTURAL NA ACEITAÇÃO DA COLABORAÇÃO E O SUPPOSTO DILEMA ÉTICO DO TRAIADOR

2.1 A representação social sobre colaboração premiada

13 Embora possa parecer uma consequência muito drástica, trata-se de disposição que deve inibir versões fantasiosas e falsas colaborações premiadas. Sob essa perspectiva, Thiago Bottino observa que os custos da dissuasão do crime, pela positivação da delação premiada, não podem se tornar maiores do que os custos do próprio crime, pois isso geraria incentivos aos criminosos, o que se tornaria prejudicial e contraproduutivo ao sistema-jurídico penal, já que o colaborador poderia optar por declarações falsas para tentar conseguir benefícios penais se ele racionalmente perceber que as consequências da falsa cooperação são por demasiado diminutas. (BOTTINO, 2016, p. 383-384).

Embora a legislação brasileira cuide da delação premiada já há algum tempo (desde a edição da lei dos crimes hediondos)¹⁴, somente nos últimos anos é que esse mecanismo de obtenção de provas passou a ser melhor explorado.

O instituto sempre contou com uma resistência cultural e institucional, fruto de uma representação social de que o colaborador é um traidor indigno de confiança, que age movido pelos interesses egoísticos, postura mais reprovável do que o próprio crime que pretende esclarecer com sua colaboração. Não são poucas as afirmações neste sentido, na doutrina penal brasileira. Neste sentido Cezar Roberto Bitencourt, ainda hoje, critica:

Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o “traidor”, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade. Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, “dedure” seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação? Convém destacar que, para efeito da delação premiada, não se questiona a motivação do delator, sendo irrelevante que tenha sido por arrependimento, vingança, ódio, infidelidade ou apenas por uma avaliação calculista, antiética e infiel do traidor-delator. Venia concedida, será legítimo o Estado lançar mão de meios antiéticos e imorais, como estimular a deslealdade e traição entre parceiros, apostando em comportamentos dessa natureza para atingir resultados que sua incompetência não lhe permite através de meios mais ortodoxos? Certamente não é nada edificante estimular seus súditos a mentir, trair, delatar ou dedurar um companheiro movido exclusivamente pela ânsia de obter alguma vantagem pessoal, seja de que natureza for. No entanto, a despeito de todo esse questionamento ético que atormenta qualquer cidadão de bem, a verdade é que a delação premiada é um instituto adotado em nosso direito positivo” (BITENCOURT, 2012, Item 8 do art. 159).

Mesmo autores clássicos sempre tiveram grande resistência à utilização das delações. Cesare Beccaria, em sua clássica obra, demonstrava aversão aos cúmplices que entregassem seus parceiros em troca de impunidade penal. Concluiu que, admitida esta prática, as leis, que deveriam gerar a confiança pública, acabavam sendo as legitimadoras da traição (BECCARIA, 2004, p. 48).

Este tipo de discurso foi marcante em parte significativa da doutrina¹⁵ e produziu, inegavelmente, um imaginário inicial repulsivo sobre o instituto. Não é exagero identificar nestes discursos uma teia de significados e crenças capazes de compor uma representação social acerca da delação/colaboração premiada e que produziu,

14 Não se desconhece que as Ordenações Filipinas tinham instituto semelhante às delações premiadas, pois previa, nos Títulos VI e CXVI do Livro Quinto, não só o perdão, mas também autêntico prêmio ao indivíduo que apontasse o culpado. Foi justamente este incentivo que levou o Coronel Joaquim Silvério dos Reis, mediante a promessa de perdão de sua dívida com a Fazenda Real, a entregar todos os planos dos ex-companheiros inconfidentes, o que culminou com a prisão e execução de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes em 21 de abril de 1792.

15 Segundo Roberto Soares Garcia, a delação de um marginal em desfavor de outro não diminui a eticidade e/ou imoralidade que é característica da deslealdade (GARCIA, 2006).

durante certo período de tempo, uma resistência à sua utilização.

A Teoria da Representação social, segundo Bruno Amaral e Maria Estela Porto, tem um inegável caráter (ou função) pragmático(a) de orientadora de condutas, não apenas individuais mas de grupos e de instituições públicas ou privadas (MACHADO; PORTO, 2015, p. 301).

As práticas institucionais resistentes ao instituto eram fruto da massificação do discurso de que a delação premiada, de algum modo, feria a ética porque o Estado não pode(ria) pautar-se pelo conchavo com o criminoso, principalmente porque este tipo de postura estatal poderia romper com os laços virtuosos que deve manter com todos os cidadãos. Ajustar-se ao criminoso, nesta linha, revela(va) uma contradição no dever de combater a criminalidade, incompatível com suposta ajuda prestada pelos agentes do crimes. Esses discursos construíram e orientaram condutas de resistência à delação premiada dos atores do sistema de persecução penal do Brasil durante algum tempo.

Na medida, porém, em que outra parte significativa da doutrina penal passou a discorrer pela legitimidade do uso das colaborações premiadas como instrumento de investigação, outra representação passou a ser construída¹⁶. Observa-se lições como a do professor Pacelli que busca retirar o debate de um maniqueísmo bitolado:

O Direito não é, por assim dizer, bicolor, universo de apenas duas cores, em que as coisas e todas as coisas (repetição proposital) sejam brancas ou pretas, ou, ainda, com a dupla coloração que escolher o intérprete. A riqueza e a complexidade do mundo da vida impedem que se assumam posições definitivas e apodíticas no seu interior (PACELLI DE OLIVEIRA, 2014, p. 839).

Inspiradas nos exemplos internacionais, lições como de Sérgio Moro multiplicaram-se:

“Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de resistência francesa. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado nesse caso o silêncio”. (MORO, 2004, p. 58-59).

Essa nova representação social, fruto de todo um novo discurso doutrinário¹⁷, reorientou as condutas dos atores do sistema de justiça criminal, de modo que o instituto passou a ser percebido como o reestabelecimento do pacto social antes

16 É verdade que o movimento de valorização das delações não é recente, mas observa-se que a doutrina clássica não refutava adequadamente o dilema ético colocado como empecilho, preferindo aboná-la numa perspectiva meramente utilitarista. O próprio Cesare Beccaria reconhecia a utilidade teleológica de inserir tal premiação no ordenamento jurídico, pois, para o autor, uma lei geral que promettesse imunidade a qualquer um que delatasse o delito de seu cúmplice era preferível a uma colaboração em um caso particular, pois isso coibiria a união criminosa, por conta da instalação de um temor recíproco entre os agentes, que poderiam ser delatados por seu comparsa e deixados a lidar sozinhos com os perigos da persecução criminal (BECCARIA, 2004, p. 48).

17 Também não descartamos que novos ideais doutrinários penais, movidos pelo próprio funcionalismo penal, podem ser a base para a alteração da percepção de utilidade da colaboração premiada visto que os sistemas negociais de justiça penal são melhor compreendidos nos propósitos político-criminais do Estado, típico do funcionalismo teleológico, como visto no capítulo 1 deste trabalho.

quebrado pelo agente criminoso ao praticar o ilícito do qual, agora, está arrependido e disposto a remediar (MARQUES, 2014, p. 46).

Mas o ponto decisivo para consolidação da colaboração premiada como instrumento de obtenção de provas foi o prestígio obtidos nas grandes operações criminais no Brasil. Inúmeras reportagens jornalísticas¹⁸ serviram para compor um novo imaginário popular, para além dos muros dos edifícios dos fóruns, promotorias e delegacias, e produzir um interessante efeito simpatizante do instituto junto a opinião pública, que acabou por compor, em companhia daquela nova linha doutrinária, uma representação social segura que deu crédito ao uso do instituto.

Foi essa inusual coincidência que frutificou na consolidação da colaboração premiada como instrumento apto a debelar, eficazmente, delitos no Brasil.

3 O POTENCIAL DA COLABORAÇÃO PREMIADA PARA CONSOLIDAR UMA POLÍTICA CRIMINAL DIFERENTE NO BRASIL

3.1 Colaboração premiada como instrumento criminalizante - O combate à cifra negra

O papel de uma política criminal é, a partir dos estudos da determinação do crime, elaborar estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade, sejam vítimas identificadas, sejam danos sociais. A questão que se coloca é: a colaboração premiada é instituto que se insere em alguma dessas estratégias? Vejamos.

A identificação da colaboração premiada como instrumento de política criminal deve partir da análise das hipóteses legais em que ela é cabível, apto a compor um microsistema de direito premial. Como dito no início do trabalho, desde a Lei dos Crimes Hediondos (art. 8º, parágrafo único, Lei 8.072/1990) a legislação brasileira prevê o instituto, embora denominado como delação premiada. Também prevê o instituto o Código Penal (art. 159, § 4º), Leis 7.242/86, 8.137/90, 9.034/95 (revogada), 9.269/96, 9.613/98, 9.807/99, 11.343/2006 e 12.850/13.

O traço comum dessas leis está no relativo grau de sofisticação dos crimes nelas previstos, o que nos autoriza concluir que a colaboração premiada é instituto aplicável para determinados tipos de crimes, o que por sua vez revela um certo grau de seletividade penal do instituto¹⁹.

É patente, contudo, que a colaboração premiada se consolidou como instrumento e técnica de investigação dos crimes do colarinho branco, o que pode ser explicado da seguinte forma: nesta categoria de crimes, vigora uma zona de consenso entre os sujeitos do crime que é, praticamente, indevassável pelos métodos ortodoxos de investigação, afinal, além do corrupto e do corruptor, ninguém sabe, ou sequer

18 Confira-se a seguinte reportagem: “No decorrer da Lava Jato, a colaboração premiada se tornou um dos principais, se não o principal, instrumento de investigação, de obtenção de provas. Estabelece-se um ambiente seguro para que, de baixo para cima, criminosos fossem delatando seus crimes e o de seus cúmplices. A partir do relato dos delatores, os investigadores buscaram provas que, de outra maneira, não estariam em seu radar.” (REVISTA ÉPOCA, 2017, p. 42).

19 A única lei que permite uma aplicação mais generalizada da delação premiada para uma gama comum de crimes é a lei 9.807/99.

tem capacidade de saber, da ocorrência do ilícito. Nos delitos consensuais, o ilícito é praticado na esfera do privado, de modo que o fato é desconhecido de terceiros²⁰.

O papel da colaboração premiada é justamente ingressar nessa relação de intimidade dos sujeitos do crime de forma operativa e trazer ao conhecimento das autoridades essas infrações que antes encontravam-se em meio à cifra negra/oculta do direito penal. Nesta perspectiva, a colaboração premiada é instituto altamente criminalizante porque permite a descoberta de fatos criminosos que antes eram desconhecidos e inalcançáveis ao Estado.

Noutra direção, também é possível situar o instituto na tendência de gerencialismo da política criminal, em que o estado conta, cada vez mais, com a participação privada no controle social. A médio prazo, a colaboração premiada tem o potencial de criar um ambiente de desconfiança entre aqueles que praticam crimes consensuais, de modo que o receio de serem delatados por seus comparsas pode inibir a prática do ilícito. Essa desconfiança cria uma permanente vigilância entre os cidadãos e acaba por transferir parte dos efeitos dissuasórios pretendidos pela sanção penal para esfera das relações privadas²¹.

3.2 COLABORAÇÃO PREMIADA E O TEMPO DO PROCESSO

Diante da simplificação na apuração da responsabilidade penal que a confissão contida na colaboração premiada é capaz de produzir, ainda que de forma parcial, principalmente quanto ao colaborador, vislumbra-se um abreviamento no tempo de transcurso do processo penal. Mas não é só. As informações prestadas pelo colaborador também servem para encurtar estratégias de investigação e facilitam a apuração dos crimes em tempo menor do que geralmente é despendido sem esse tipo de ajuda. O transcurso do tempo em processos criminais que envolvem grande complexidade e participação de um razoável número de pessoas ou mesmo em situações de criminalidade organizada sempre foi um desafio do processo penal moderno. Afinal, como bem anotam Bruno Amaral Machado e outros, o tempo é um dos principais aliados da impunidade penal, especialmente nos casos de corrupção e delitos econômicos (MACHADO; ZACKSESKI; RAUPP, 2016).

Nesta perspectiva, com o encurtamento do tempo para a punição dos autores do ilícito, não seria exagero identificar na colaboração premiada um mecanismo

20 Não se pretende afirmar que a Colaboração premiada é o único meio de investigar esse tipo de crime, mas tão somente reafirmar que ela é o principal meio de investigá-los.

21 Aqui parecem situar-se os programas de integridade ou Compliance, instituídos no Brasil pelas leis 9.613/98, 12.846/2013 e lei 13.303/2016, entendido como o “conjunto de ações e planos adotadas facultativamente por pessoas jurídicas visando garantir que cumpram todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam, inclusive preceitos éticos e de boa governança administrativa, visando evitar e punir adequadamente fraudes e atos de corrupção em geral” (CUNHA; SOUZA, 2018, p. 76). Também parece ser a conformação do whistleblower, em sentido literal, “soprador de apito”, que são os indivíduos que levam ao conhecimento das autoridades públicas informações relevantes de ilícitos em troca de recompensas vultosas. Trata-se de mecanismo de investigação pouco conhecido no Brasil. Trata-se de técnica de incentivo à participação, existente em vários países, mas que conta com certa resistência, no Brasil. Recentemente, a Lei 13.608/2018 dispôs sobre a possibilidade de recompensas pelo oferecimento de informações que auxiliem nas investigações de crimes ou ilícitos administrativos, o que parece contemplar, ao menos no plano normativo, o whistleblower, no Brasil.

de política criminal de confirmação das funções da pena, principalmente a preventiva geral positiva e, simultaneamente, de reafirmação da validade da norma penal.

4 CONCLUSÃO

O trabalho procurou demonstrar que a colaboração premiada é instituto que possui características que a acomodam suficientemente como manifestação do funcionalismo penal, constatação que serve para identificá-la como um instrumento de política criminal apto a enfrentar determinadas figuras delitivas, como as do colarinho branco, mas, em contrapartida, produtora de algumas necessárias mitigações a direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A prática negocial ínsita à colaboração premiada sempre foi enxergada por muitos atores do sistema de justiça como sendo postura indevida. Demonstrou-se assim que essa concepção compôs sobre ela uma inicial representação social, entendida como a teoria que a partir do sistema de crença de determinada categoria ou grupo de pessoas, orienta suas ações.

Essa representação social inicial, recalcitrante em adotar o instituto, foi paulatinamente sucedida por outra, com forte viés pragmático, que resultou no seu fortalecimento como instrumento de uma moderna e nova política criminal, capaz de combater a significativa cifra negra nos crimes do colarinho branco e trazer ao cárcere criminosos antes indenes ao controle social. A colaboração premiada proporciona a ampliação e o alcance a ilícitos que antes permaneciam desconhecidos das autoridades públicas.

A reflexão proposta é parcial uma vez que tantas outras questões sobre a colaboração premiada podem ser identificadas e encontram-se em debate no cenário brasileiro atual. De qualquer forma, a identificação deste instituto como manifestação do funcionalismo penal nos sugere entender sua aceitação junto à opinião pública, seu papel atual enquanto instrumento de uma política criminal gerencialista e suas eventuais críticas, quase sempre ligadas à exagerada otimização do direito penal para responder aos atuais problemas da sociedade e à criminalidade de massa.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: Uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). **Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). **Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Juspodivm, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na “operação lava jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCrim, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. Lavagem de Dinheiro – Lei 9.613/1998. In: CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó; PINTO, Ronaldo Batista (Coord.). **Leis Penais Especiais**: Comentadas artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181**, de 07 de agosto de 2017a. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

_____. **Pronunciamento final em Procedimento de Estudos N. 1**, 2017b. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

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

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORBES, Jorge. O homem desbussolado. In: **Conferência Internacional do Luxo**, 24 de agosto de 2004, FAAP, São Paulo.

GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas! **Boletim IBC-CRIM**, São Paulo, ano 13, nº 159, fev. 2006.

GOMES DE VASCONCELLOS, Vinicius; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 49, n. 147, 2016.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 35, 2000.

MACHADO, Bruno Amaral. O controle penal da corrupção e o modelo organizacional do Ministério Público: contexto sociopolítico e fragmentos do debate contemporâneo. **Revista de Estudos Criminais**, v. ano XV, p. 143-176, 2016.

_____; PORTO, Maria Stela G. Homicídios na AMB: representações sociais dos delegados de Polícia, promotores de Justiça e magistrados. **Sociologias [online]**, 2015, vol.17, n.40, pp.294-325.

_____; ZACKSESKI, Cristina; RAUPP, Rene Mallet. Tempos da investigação: o transcurso do inquérito policial no sistema de Justiça Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 24, vol. 124, p. 143-181, out. 2016.

MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A colaboração premiada: um braço da justiça penal negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 60, v. 10, 2014.

MATTHEWS, Robert. As leis do acaso. **Como a probabilidade pode nos ajudar a compreender a incerteza**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. **R. CEJ**, Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Rui. O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Lisboa: Almedina, 2004.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. Sao Paulo: Saraiva, 2008.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Renee do Ó; PINTO, Ronaldo Batista. **Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. **Meu site jurídico.com**, set. 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/26/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

REVISTA ÉPOCA. Teatro da Política. Edição 992 de 26 de junho de 2017.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abril-jun. 2007.

Submetido: 10/01/2019

Aprovado: 23/01/2019

