



OS DESAFIOS DA DELAÇÃO/COLABORAÇÃO PREMIADA NO ANO DE 2018.

Alexandre Morais da Rosa ¹

Fico muito contente em participar do corpo de professores que se dedica, sob a condução do Professor Rubens Correia, do esforço constante para que a revista “Factus Jurídica” possa comparecer no campo do Direito de modo a poder inovar e ampliar os horizontes de sentido. Por isso, ainda que o tema da Colaboração/Delação Premiada se vincule ao Processo Penal, os efeitos contemporâneos transcendem os limites jurídicos e são objeto de impasses e discussões em diversas searas, especialmente pelo seu potencial transdisciplinar. Isso porque as modalidades de Justiça Negocial implicam em refletir sobre o estatuto ético, moral e econômico, dentre outros, dos novos institutos jurídicos, muitas vezes importados sem o devido processo de tropicalização².

Compreender a dinâmica do mercado de compradores e vendedores de informação é o desafio do mecanismo de delação premiada. O que pretendo demonstrar é que se trata de novidade no contexto brasileiro, especialmente por inaugurar novo modo de atuação estatal no tocante à atribuição da responsabilidade penal, diferente do regime de decisão judicial (proferida por magistrado). Logo, o processo penal ensinado precisa de atualização³. A dinâmica da assunção de culpa e a decisão homologatória, assim, precisa munir-se de garantias mínimas, a partir da boa-fé.

Pode causar repugnância democrática a possibilidade de se negociar a liberdade, a pena, o regime, mediante a delação/colaboração premiada. A decisão de participar ou não das práticas do mercado da delação/colaboração premiada são individuais, situadas no âmbito da ética e da moral. Queiramos ou não, contudo, na linha das diretivas internacionais (Convenção de Palermo, Convenção Contra o Crime

¹Doutor (UFPR), mestre (UFSC), Juiz de Direito (TJSC) e Professor Universitário (UFSC-UNIVALI); email: alexandremoraisdarosa@gmail.com

² MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para entender a Delação Premiada pela Teoria dos Jogos. Florianópolis: Empório Modara, 2018. Desenvolvi a questão no livro.

³ ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Mallet, 2016, p. 16 : “Sem dúvida, inúmeras ainda são as dúvidas quanto à aplicação do instituto e sua aplicação pelos tribunais brasileiros até que se consolide uma jurisprudência razoável acerca do tema”.

Organizado, Convenção de Mérida, dentre outras), o Brasil vem incorporando, no decorrer do tempo, mecanismos premiais no campo do processo penal. O Supremo Tribunal Federal tem homologado⁴ – reiteradamente – os termos de delação/colaboração premiada, ainda que no final de 2017 tenha proferido decisão monocrática com maior controle sobre o conteúdo (STF, Pet. 7.265, Min Ricardo Lewandowski). O fato é que não podemos ser adolescentes e ficar gritando, no quarto, no escritório, nos Tribunais, que somos contrários. O jogo acontecerá sem que participemos e sequer entendamos. Então, a ideia e a de propor – brevemente nos limites do editorial – um *design* mercadológico da delação/colaboração premiada, de como funcionam e como se pode melhorar a performance e as regras de garantia democrática. É um convite. Não precisa ser aceito, com os ganhos e perdas daí advindos⁵. A leitura que sugiro pode ser surpreendente e incômoda. Isso porque amplia o horizonte de sentido e nos coloca defronte a perplexidades tão óbvias, já que o dispositivo da delação premiada como mercado muda o sentido do jogo da delação.

A colaboração/delação premiada é o dispositivo pelo qual o Estado autoriza, no jogo processual, por mecanismo de barganha, o estabelecimento de um “mercado judicial”, pelo qual o colaborador, assistido por advogado, negocia com o Delegado de Polícia e/ou Ministério Público, informações capazes de autoincriminar o agente e carrear elementos probatórios contra terceiros (delatados)⁶. O colaborador/delator

⁴ SILVA JARDIM, Afrânio. Duas questões relativas à homologação de acordos de cooperação premiada (delações premiadas). A operação Lava Jato em face do falecimento do Ministro Teori Zavascki. <http://emporiiodireito.com.br/duas-questoes-relativas-a-homologacao-de-acordos-de-cooperacao-premiada/>

⁵ ROTH, Alvin R. Como funcionam os mercados. Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portofolio-Penguin, 2016, p. 22: “Alguns [mercados] são considerados repugnantes – como a escravidão, as drogas ilegais e a prostituição. A troca de rins, ou doação renal cruzada, surgiu à sombra das leis vigentes em muitos países do mundo que criminalizavam a compra e venda de órgãos humanos. (Apesar dessas leis, os mercados negros sobrevivem, alguns dos quais aos trancos e barrancos.) As transações repugnantes – ou seja, as que algumas pessoas não querem que os outros façam – nem sempre envolvem dinheiro. (...) A repugnância mostra, com especial clareza, aquilo que todos os mercados revelam: os valores, desejos e crenças das pessoas”.

⁶ ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração Premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Mallet, 2016, p. 31: “É possível resumir a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, com a devida regulação em lei, que implica uma confissão que se estende aos coautores e partícipes e tem como pressuposto a renúncia ao direito ao silêncio, implicando, por outro lado, na perspectiva premial, o recebimento de benefícios por parte do Estado”; BITTAR, Walter Barbosa (coord.). Delação premiada: Direito estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5: “Instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado e condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajudar nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária”; MORO, Sérgio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103: “A delação premiada consiste, em síntese, na utilização de um criminoso como testemunha contra seus cúmplices. Sua colaboração pode ser utilizada para que ele deponha em juízo como testemunha contra seus pares ou apenas para que sirva de fonte de informação para a colheita de outras provas”; LIMA, Márcio Barra. A colaboração premiada como instrumento constitucionalmente legítimo de auxílio à atividade estatal de persecução criminal. IN: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PALLELA, Eduardo. Garantias penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivum, 2010; MANDARINO, Renan Posella; AMORIM, Adriana Pinheiro. Aspectos penais controversos da colaboração premiada. São Paulo: IASP, 2016; BRITO, Michelle Barbosa de. Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016; SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. Salvador: JusPodivum, 2016; CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antônio Pedro. Estado Pós-Democrático e Delação Premiada: crítica ao funcionamento concreto da Justiça Criminal Negocial no Brasil. IN: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (org.) Delação Premiada. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Delação premiada. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério San-

fornece informações novas e consistentes em troca de prêmios. Diante das dificuldades para obtenção da prova, o Estado reduz ou até mesmo libera da pena os colaboradores (imunidade), por sua atividade positiva no desvelamento de suas próprias condutas criminalizadas e também de terceiros (delatados)⁷. Dito diretamente: a colaboração/delação premiada é a troca de informações qualificadas e benefícios processuais ou penais pelo acusado e o Estado, na linha do Mercado da Barganha, com a distinção – para alguns – de que na colaboração os efeitos se protraem a terceiros⁸. Para que acordos/coalizões aconteçam deve-se vislumbrar ganhos relativos dele decorrentes, assumindo-se postura colaborativa. O indivíduo maximizador de ganhos é a base do modo como se atua. As recompensas potencialmente maiores, em um juízo *a priori*, servem de estímulo à conduta.

A lógica da barganha incide no contexto da colaboração premiada, especialmente o dilema do prisioneiro, com o incremento de que a “corrida pela colaboração” exige que a informação/prova seja nova e interessante. Assim, deixar para delatar depois pode ser tática dominada, já que é a potência da “novidade” que pode proporcionar maiores benefícios. Daí que há “*timing*” certo para verificação do momento de “trair”⁹, sob pena de a informação se tornar irrelevante se fornecida por outro colaborador. São jogos paralelos em que o peso do conteúdo delatado pode, de um

ches; TAQUES, Pedro. Limites constitucionais da investigação. São Paulo: RT, 2009, p. 163-164: “Conceitua-se, portanto, delação premiada, como um negócio jurídico bilateral consistente em declaração oral, reduzida a escrito, pessoal, expressa e voluntária do investigado ou acusado perante a autoridade a quem informa sobre a possibilidade de terceiro participe ou coautor na prática de infração penal e, em retribuição, pode receber, mediante decisão judicial, na seara penal, a extinção da punibilidade ou abrandamento das sanções, e, na processual penal, a exclusão do processo ou medidas persecutórias mais brandas”.; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Reflexões de um criminalista. Belo Horizonte: Letramento, 2015.

⁷ BITTAR, Walter Barbosa (coord). Delação Premiada: Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5: “A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo), ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumar (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva)”.; TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: análise de casos. Empório do Direito, 2016; VALLE, Juliano Keller do. Crítica à delação premiada: uma análise através da Teoria do Garantismo Penal: São Paulo: Conceito, 2012; OLIVEIRA, Rafael Serra. Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema penal São Paulo: Almedina, 2015; LIMA, Camile Eltz de; OSÓRIO Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Empório do Direito, 2016, p. 191-208.

⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro. São Paulo: Ibccrim, 2015, p. 116-117: “Ademais, percebe-se que, em comparação à barganha, ambos os institutos se pautam, em essência, pelo incentivo à confissão do acusado com a expectativa de benefício/prêmio à sua condição processual, em regra a partir da redução de sua futura punição, com a finalidade de facilitar a atividade persecutória estatal para concretização célere e menos onerosa do poder punitivo. Sua distinção diz respeito às consequências do acordo a terceiros: na barganha o reconhecimento da culpabilidade pelo acusado visa à sua própria sanção penal, enquanto na delação sua principal função é a de incriminação de terceiros (embora acarrete, em regra, a condenação do delator em razão de sua confissão)”.

⁹ ROTH, Alvin R. Como funcionam os mercados. Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portofolio-Penguin, 2016, p. 85: “Esse medo de ficar para trás motiva muitos dos problemas dos mercados. Vemos assim que a má organização é difícil de controlar num mercado que depende do autocontrole. Mesmo que você tenha muito autocontrole, basta suspeitar que outros participantes talvez comecem antes da hora que você vai fazer a mesma coisa. Seria irracional não fazer”.

momento para o outro, desvalorizar-se como preço de troca no mercado da colaboração. Exemplo do dia a dia pode ajudar: se você quer algo, como remédio para dor de dente, um *iphone*, um ingresso de espetáculo, o que for, o primeiro vale muito, já o segundo, embora igual ao primeiro, não possui o mesmo valor de mercado. O primeiro a delatar/colaborar pode vender sua mercadoria – informação – por maior preço, dado o valor de utilidade para a acusação¹⁰. A cotação das informações é flutuante, em que os boatos, os vazamentos¹¹ de detalhes e a ausência de articulação entre os investigados leva ao desespero, potencializando o subjogo da corrida pela colaboração. A existência de acordos de delação já homologados (STF, Lava Jato, etc.), em que se concedeu imunidade e/ou descontos expressivos de pena, com a fixação de patamar máximo para sanções, implicou a criação de patamar (tabela) para casos futuros¹². Assim é que desde as primeiras delações, diante da necessidade de cooperação, seguiu-se o caminho de grandes descontos ou mesmo isenção/imunidade. Com isso, nas negociações futuras a possibilidade de se sentir injustiçado (o delator/vendedor) ou explorado (o comprador), deve ser levada em consideração. Ademais, as características pessoais dos jogadores, a posição subjetiva sobre o risco (incentivo ou aversão), coragem/precaução, tudo entra no custo do jogo da delação e não há protocolo capaz de superar o *timing* do negociador em comportamentos com amplo espectro de decisão¹³.

Enfim, são novos territórios ainda não desbravados com estabilidade, cujas fronteiras estão para ser construídas. Colocar a temática em questão foi o propósito

¹⁰ CHEMIN, Rodrigo. *Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 103: “Assim como a Mãos Limpas, a Lava Jato registrou uma sequência de acordos para abrir o jogo e receber penas menores. Depois que o ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa celebrou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, o segundo da fila foi o doleiro Alberto Youssef, apresentando 58 novos fatos que mereceram ser apurados. Foi um verdadeiro efeito dominó: a cada novo acordo, novos envolvidos, novos fatos e novas provas. Seguiram-se as colaborações premiadas de Júlio Camargo e Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, ambos do grupo empresarial Toyo Setal, depois a de Pedro Barusco, gerente executivo da Petrobrás, totalizando 71 acordos em dezembro de 2016. Somaram-se outros 77 novos acordos de colaboração premiada com os diretores da Odebrecht, homologados em 30 de janeiro de 2017 pela presidente do Supremo, ministra Carmen Lúcia, ainda no recesso forense e em decorrência da morte do Ministro Teori Zavaski.”

¹¹ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 47: “Acresce que as longas investigações, acompanhadas de um segredo de justiça que se transformou, na prática, em segredo de polichinelo, constantemente devassado através da intensa cobertura midiática que transforma os casos de justiça em folhetins, acabam servindo apenas para ‘julgar’ os arguidos na praça pública, onde estes nem sequer têm como se defender, pois eles e os seus defensores são os únicos realmente vinculados ao segredo de justiça”.

¹² FONTES, Márcio Schiefler. *Novas fronteiras da investigação, o processamento de atos de corrupção e a colaboração premiada*. In: GOSTINSKI, Aline; QUEIROZ, David. *Investigação preliminar e processo penal: novos desafios e perspectivas*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 178-179: “Têm criticado, a meu ver não sem razão, o que lhes parece excessiva e indevida benevolência com que os verdadeiros capi do crime têm sido desembolsado valores expressivos e voltado para suas mansões, quando muito com uma tornezeira eletrônica. É que o sentido da colaboração premiada é, sem dúvida, que subordinados sejam beneficiados por entregarem os chefes da organização criminosa, e não o contrário – que os chefes o sejam, por entregarem seus subordinados”.

¹³ ROTH, Alvin R. *Como funcionam os mercados*. Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portofolio-Penguin, 2016, p. 90: “Sem um bom desenho do mercado, os participantes podem continuar achando lucrativo chegar um pouco mais cedo e entrar numa competição tipo vale-tudo. É por isso que o autocontrole não é a solução: você só pode ter de controlar a si mesmo, e se os outros saltarem à sua frente talvez seja de seu interesse responder na mesma moeda”.

deste pequeno texto. Espero que possamos dialogar porque a delação premiada parece ter vindo para ficar.