

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

GILBERTO GIACOIA

ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA

RICARDO ALVES BENTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Gilberto Giacoia, Ricardo Alves Bento, Romulo Rhemo Palitot Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-322-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Internacional. 3. Direito Penal. 4. Processo Penal. 5. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Integrando o XXV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Curitiba, Paraná, de 7 a 10 de dezembro de 2016, na linha de extensão e circularidade do conhecimento, em seu desenvolvimento acadêmico-científico, como resultado das atividades de apresentação de artigos ligados pela vocação proposta pelo objetivo temático do Encontro, qual seja o de enfrentamento aos enormes desafios decorrentes dos avanços sociais globais ou locais, de modo a se reclamar cada vez mais a implementação concreta do conceito de sustentabilidade: “Cidadania e Desenvolvimento: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, cumpre seu mister o Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, trazendo a reflexão crítica do sistema penal em seu propósito meramente simbólico, de modo a buscar sua inserção no contexto da crise de efetividade do Direito e da Justiça que os dias atuais nos acomete.

Parte-se da renovada importância de manutenção deste espaço de incremento da pesquisa e da investigação acadêmica gestada nos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, tão bem coordenada por seu Conselho Nacional, propiciando, crescentemente, o intercâmbio criativo de ideias e reflexões científicas, de modo a prosseguir contribuindo, decisivamente, ao aprendizado e difusão do conhecimento, por meio de uma produção cada vez mais qualificada.

Nesta perspectiva, os pesquisadores selecionados neste Grupo de Trabalho (“Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”) visitam e revisitam temáticas variadas e inter-relacionadas que vão, a partir do viés crítico da constituição colonialista do sistema de justiça penal brasileiro em sua origem patrimonialista, desde a defesa da antecipação da tutela penal econômica por meio dos crimes de risco na sociedade pós-moderna, ora focando a delimitação do bem jurídico ambiental e a responsabilidade de empresas por danos ecológicos incluindo a consideração do ecoterrorismo, ou a honra nesta mesma tutela sempre permeada e inspirada pelo princípio da dignidade humana; assim transitando em direção a enfoques garantistas na produção, aplicação e execução da lei penal, seja no horizonte criminológico de tipificação de condutas como a do crime organizado ou da lavagem de dinheiro relacionada à exploração ilícita de jogos, ora do caráter simbólico do crime de sonegação de contribuição previdenciária; seja no processo cautelar com uma análise crítica ao instituto da inafiançabilidade; ou na fase execucional no que diz respeito ao caráter punitivo da medida de segurança ou ainda de um estudo da desinternação progressiva como

instrumento de reinserção social; bem como alcançando outras questões processuais relevantes de grande atualidade e importância, como a que compreende a colaboração premiada, o sistema penal aberto pelo olhar do Direito Penal dentro da força normativa da Constituição, como ainda a defesa das audiências de custódia em função dos seus resultados práticos; e, conceitualmente, desenvolvendo abordagens sobre o direito fundamental à segurança jurídica na linha do princípio da proteção deficiente, a recepção teórica do estado de coisas inconstitucional, o processo de impeachment nos aspectos supostamente autoritários da legislação processual penal, enfim, múltiplos focos, mas com o enredo comum de se tentar sustentar uma atuação menos romântica e mais eficiente, ideológica e efetiva da tutela estatal penal.

Conquanto em meio a um momento de crise institucional vivenciada na realidade social brasileira, prossegue o CONPEDI, ocupando seu lugar de destaque engajado na coordenação da política de pós-graduação na área do Direito, neste imenso Brasil de tantas contradições e contrastes, alimentando a esperança e o esforço de continuar inspirando a progressiva construção de uma sociedade melhor e mais justa.

É o que quer ensejar, como mais um contributo nesta direção, esta publicação.

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga - UFPB

Prof. Dr. Ricardo Alves Bento

**O ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE
EXPANSÃO DO SUJEITO-FOCO DA PERSECUÇÃO PENAL: UM CAMINHO
PARA A REDUÇÃO DOS NÍVEIS DE SELETIVIDADE?**

**THE PLEA BARGAINING AS AN INSTRUMENT OF EXPANSION OF THE
SUBJECT-FOCUS OF CRIMINAL PROSECUTION: A PATH TO REDUCE
SELECTIVITY LEVELS?**

Marcelo Rodrigues da Silva ¹

Resumo

O uso imoderado dos acordos de colaboração premiada com relação a autores da macrodelinquência econômica (v.g.: White-Collar Criminality e a criminalidade complexa)- como vem ocorrendo em grandes operações como a Lava Jato- gera apenas uma aparente redução dos níveis de seletividade do direito penal, pois, embora haja persecução, a punição com relação aos criminosos colaboradores tem sido enfraquecida, em especial quanto à admissão nos acordos de delação premiada de penas abaixo do mínimo legal e regimes de cumprimento de pena mais brandos não previstos em lei (a exemplo do regime domiciliar de cumprimento de pena).

Palavras-chave: Colaboração premiada, Expansão, Sujeito-foco, Redução, Seletividade

Abstract/Resumen/Résumé

The immoderate use of the plea bargaining agreements with respect to authors economic criminality (for example: White-Collar Criminality and complex crime) - as is occurring in large operations such as “Lava Jato” - only generates an apparent reduction in criminal law selectivity levels because, although there is prosecution, punishment with respect to criminals informers has been weakened, in particular as regards admission to penalties agreements below legal minimum and more lenient penalty regimes not provided for by law (such as the home system of serving sentence).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Plea bargaining, Expansion, Subject-focus, Reduction, Selectivity

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, em Ciências Penais pela Universidade Estácio de Sá, e em Contratos pela PUCSP.

INTRODUÇÃO

O instrumento da delação premiada- melhor denominado de colaboração premiada com o advento da Lei 12.850/2013-, de influências de países de cultura anglo-saxã (de sistema *common law*), em especial a *plea bargaining* norte-americana, bem como de países de cultura romana-germânica (v.g: *patteggiamento* Italiano), passou a ser eficaz e principal aparato no combate e repressão aos Crimes do Colarinho-branco (*White-Collar Criminality*) , às Organizações Criminosas , às Organizações Terroristas , às Associações Criminosas , às Milícias Privadas , à Lavagem de Dinheiro (*Money Laundering*) , ao Tráfico de Drogas, aos Cartéis e à Corrupção no Brasil (país de sistema *civil law*).

A disfuncionalidade probatória do sistema penal clássico fez surgir um quadro de “estado de necessidade de investigação” – *Ermittlungsnotstand*, conforme denomina a doutrina alemã-, de se utilizar a justiça penal negociada (negócios jurídicos processuais) para resolver este bloqueio na apuração de determinados delitos ou autores¹.

O crescente protagonismo dos acordos de colaboração premiada com relação à persecução criminal da elite delinquente macroeconômica fez transparecer que o direito penal passou a expandir o seu sujeito-foco para classes mais abastadas.

O presente artigo propõe-se a realizar um estudo crítico em torno dos acordos de colaboração premiada a fim de se demonstrar que o uso imoderado desta técnica especial de investigação com relação a autores da macrodelinquência econômica (v.g.: *White-Collar Criminality* e a criminalidade complexa)- como vem ocorrendo em grandes operações como a Lava Jato- gera apenas uma aparente redução dos níveis de seletividade do direito penal, pois, embora haja persecução, a punição com relação aos criminosos colaboradores tem sido enfraquecida, em especial quanto à admissão nos acordos de delação premiada de penas abaixo do mínimo legal e regimes de cumprimento de pena mais brandos não previstos em lei (a exemplo do regime domiciliar de cumprimento de pena).

No âmbito dos aspectos metodológicos, inicialmente, serão realizadas análises histórico-legislativas em torno da delação premiada no Brasil. Na sequência far-se-á uma análise crítica sobre alguns aspectos envolvendo os acordos de colaboração premiada. A interpretação de dados relativos às penas aplicadas a alguns dos colaboradores da paradigmática

¹ Pulitanò refere que possíveis razões justificadoras do recurso à colaboração para além do âmbito de integração da própria lesão seriam una situazione di *Ermittlungsnotstand*: un blocco nelle indagini non altrimenti superabile com gli strumenti ordinari” (PULITANÒ, Domenico. *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano, a. 29, nova série, fasc. 4. p. 1005-1041. Ott/dic., 1986, p. 1038 apud in PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada – legitimidade e procedimento*. 2ª ed. Curitiba: Juruá. 2014. p. 73-74).

Operação Lava Jato servirá para estabelecer se os acordos de colaboração premiada são instrumentos aptos a reduzir os níveis de seletividade do sistema penal (ponto que norteia a presente pesquisa).

GENEALOGIA NORMATIVA DA JUSTIÇA PENAL “NEGOCIADA” NO BRASIL: DA DELAÇÃO PREMIADA UNILATERAL AO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Até 1990, a Justiça criminal brasileira seguiu (ferrenhamente) os modelos de resolução do conflito dissuasório clássico e ressocializador.

O modelo dissuasório clássico pressupõe investigação, denúncia, processo, ampla defesa, contraditório, produção das provas tradicionalmente conhecidas (a exemplo das provas documentais, testemunhais etc.), sentença, duplo grau de jurisdição, etc. A pena contaria, portanto, com uma finalidade puramente retributiva (tese segundo a qual a pena se legitima por razões de justiça²). Neste Direito penal punitivista-retributivista³ não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um Direito penal inflexível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contraestímulo da pena⁴.

Já o modelo conflitivo ressocializador atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o Direito penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade⁵.

Praticamente, estava vedado qualquer tipo de negociação entre a acusação e a defesa, vale dizer, não se adotava um modelo consensuado (ou consensual) de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (*plea bargaining*). Não que um corréu não pudesse delatar seu comparsa; isso sempre foi possível;

² GRECO, Luíz. *Lebendiges und Totes in Fuerbachs Straftheorie*. Berlin, 2009. p. 458.

³ A tese do retributivismo foi defendida por grandes nomes, como, nos séculos XVII e XVIII, pelos filósofos Kant e Hegel; no século XIX e início do século XX, pelos representantes da escola clássica italiana, como Carrara e Rossi, e da escola clássica alemã, como Bindng e Beling; no sécul XX por autores como Wezel e Bettiol.

⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA e GOMES, L. F., *Criminologia*, 6. ed., São Paulo: RT, p. 398 e ss.

⁵ *Idem*.

mas não se falava em novo paradigma de Justiça (afinal mudanças pontuais não alteram o paradigma)⁶.

A justiça criminal consensuada passou reflexamente a ter seu berço constitucional com a Carta Magna de 1988, em seu artigo 98, I, que autorizou transação penal nos Juizados Especiais Criminais, sendo que sua implementação e concretização (a par da composição civil dos danos e da suspensão condicional do processo) no plano infraconstitucional somente ocorreu em 1995 com a Lei 9.099, “que rompeu o velho paradigma conflitivo nas infrações de menor potencial ofensivo”⁷.

Desde 1995, portanto, os dois subsistemas convivem (modelo dissuasório clássico e modelo consensual), cada qual tendo validade num determinado âmbito da criminalidade.

Pondera Macellus Polastri que: “muito embora a Constituição Federal de 1988 só tenha feito menção à transação penal no âmbito dos Juizados Especiais, nada impede que a lei venha a prever ‘transação’ para outras infrações penais, a chamada barganha do modelo norte-americano”⁸.

A Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)⁹, ainda que de forma tímida, inaugurou a delação premiada (unilateral ou sem acordo de colaboração) no país com relação aos crimes de quadrilha ou bando (hoje denominados simplesmente de associação criminosa pela atual legislação¹⁰), hipótese em que se o coautor denunciar à autoridade a referida associação criminosa, possibilitando o seu desmantelamento, ou viabilizando a libertação de sequestrado terá a pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços).

Após o advento da referida lei, outros diplomas normativos passaram a consagrar o instrumento da delação premiada (unilateral ou sem acordo de colaboração). Senão vejamos:

a) Lei 9.080, de 19 de julho de 1995, incluiu o parágrafo único ao Artigo 16 da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária)¹¹, bem como

⁶ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação premiada*. Natal: FIDES, v. 6. n. 1. Jan/jun. 2015. p 164.

⁷ Idem.

⁸ POLASTRI, Marcellus. *A prisão do senador: considerações sobre a decisão do STF*. no prelo. <https://www.facebook.com/polastri.adv/posts/1131888426822480>. 07 de dezembro de 2015.

⁹ Lei 8.072/1990: Art. 7º Ao art. 159 do Código Penal fica acrescido o seguinte parágrafo: "Art. 159. [...] § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."; Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. 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.

¹⁰ Alteração dada pelo artigo 24 da Lei 12.850/2013.

¹¹ Artigo 16 da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990 : “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade

incluiu o § 2º ao artigo 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco ou dos crimes contra o Sistema Financeiro)

b) Artigo 6º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995 (Revogada Lei de Organizações Criminosas).

c) Artigo 1º, § 5º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Capitais), com nova redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012¹².

d) Artigos 13, incisos I a III, e parágrafo único, 14 e 15 da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas)¹³.

e) Artigo 32, §§ 2º e 3º da 10.409 de 11 de janeiro de 2002 (Revogada Lei de Tóxicos).

f) Artigo 26, itens 1 a 5 do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional).

g) Artigo 37, itens 1, 2, 3, 4 e 5 do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro 2006 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção);

policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”; Artigo 25, § 2º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco ou dos crimes contra o Sistema Financeiro), que reza: ““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””.

¹² “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”

¹³ Lei 9.807, de 13 de julho de 1999 “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; 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. Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 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.”

- h) Artigo 41 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (atual Lei de Drogas)¹⁴;
- i) Artigo 87 da 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica).

Em uma análise detida dos diplomas legais acima listados, que versam (ou versavam) sobre delação premiada, verifica-se que em nenhum momento aludem (ou aludiam) à expressão “acordo” de delação / colaboração. Assim, a delação premiada, sob o prisma positivista, consistia sempre em uma iniciativa unilateral (espontânea¹⁵ ou voluntária¹⁶ - *vide* notas de rodapé sobre a distinção das expressões) do réu ou investigado de colaborar com a justiça e alcançar os resultados previstos em lei a fim de conquistar algum benefício em sua pena, sendo que a delação seria considerada apenas no momento da aplicação da pena pelo Estado-juiz, vale dizer, pela literalidade dos dispositivos legais, não havia, ordinariamente, espaço para negociações entre Ministério Público e réu / investigado / sentenciado a fim de mitigar a sua pena no caso de condenação. Ou seja, inexistia espaço para um instrumento formalizador do consenso, o que gerava insegurança jurídica ao (pretense) delator.

Diante desta insegurança gerada, que era o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” para a concretização da delação premiada, houve uma progressiva tendência de formalização deste instrumento pelos magistrados brasileiros de competência criminal ao longo de vários anos, tanto na área federal quanto na justiça estadual com inspiração no direito comparado.

Nesta senda, alguns juízes foram elaborando conceitos e procedimentos a partir das necessidades da prática processual que permitissem a adoção de colaboração negociada entre acusação e defesa a respeito de condutas criminosas ou ilícitos penais de acentuada gravidade¹⁷,

¹⁴ Artigo 41 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 (atual Lei de Drogas): “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”.

¹⁵ Espontâneo é ato cuja motivação é interna ao agente, isto é, não há estímulo nem sugestão externa, mas a vontade decorrente de fatores intrínsecos àquele que age desse modo. “Colaboração espontânea é a que parte da iniciativa do próprio infrator. Ao exigir a lei que seja ‘espontânea’, faz depender que a ideia de colaborar provenha dele mesmo” (GOMES, Luiz Flávio. In: CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. Lei de lavagem de capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 344).

¹⁶ Voluntário é o ato possivelmente (mas não necessariamente) derivado de provocação, estímulo, sugestão; enfim, de fator externo a deflagrar a vontade do agente.

¹⁷ DIPP, Gilson. *A delação ou colaboração premiada – uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. 2015. Disponível no <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>
80 p.

mitigando-se, *prima facie*, princípios inerentes à jurisdição conflitiva, tais como obrigatoriedade e indisponibilidade e da ação penal pública.

A técnica de realização de acordos de colaboração premiada por escrito e com cunho reparatório foi utilizada pela primeira vez no Brasil em 2004, a partir de iniciativa do Ministério Público Federal do Paraná¹⁸, que celebrou acordo de delação premiada com o doleiro e empresário brasileiro Alberto (caso relativo ao “escândalo do Banestado”¹⁹, também conhecido como caso CC-5²⁰), tendo em tal acordo prometido oferecer informações sobre a sua clientela em troca de uma punição menor.

Em 2014 Procuradores da República chegaram à conclusão que Youssef só entregou um pequeno círculo de políticos do Paraná, ligado do ex-governador Jaime Lerner, mas preservou seus principais clientes, e que assim teria quebrado o acordo de delação premiada celebrado.

Ainda em 2014, em razão de tal descumprimento, o juiz Sérgio Moro em seguida revogou o acordo celebrado em 2004, condenando Youssef nos Autos do Processo número 5035707-53.2014.404.7000 (caso Banestado).

Em 2015, Youssef, ao ser acusado por outros crimes na conhecida “Operação Lava Jato”, realizou novo acordo de colaboração premiada (agora sob a égide da Lei 12.850/13, que trouxe a previsão expressa do acordo de colaboração premiada).

O novo acordo celebrado foi objeto de impugnação pela via do *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal pelos advogados do acusado Erton Medeiros Fonseca na Ação Penal número 5083360-51.2014.404.7000 da Justiça Federal do Paraná, contando inclusive com parecer jurídico do aposentado Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Langaro Dipp, em que sustentou, em apertada síntese, que o fato de Youssef ter quebrado acordo de

¹⁸ AGUIAR, Júlio César de; FONSECA; Cibele Benevides Guedes da; TABAK, Benjamin Miranda. O). Op. cit. p. 9.

¹⁹ O escândalo do Banestado envolveu remessas ilegais de divisas, pelo sistema financeiro público brasileiro, para o exterior, na segunda metade da década de 1990. Ocorreu uma investigação federal e a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito em 2003. Pelo esquema do Banestado, foram enviados um total de US\$ 19 bilhões ilegalmente para os Estados Unidos da América. As autoridades estadunidenses conseguiram posteriormente recuperar US\$ 17 milhões, que foram devolvidos ao Brasil.

²⁰ Referência às contas de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas ou sediadas no exterior, mantidas em bancos brasileiros, e então reguladas pela Carta Circular n. 5/1969, do Banco Central do Brasil. Foram usadas no esquema de evasão de divisas que se tornou conhecido como caso Banestado (1996-2002).

colaboração anterior não permitiria a realização de novo acordo, “diante de sua ausência de credibilidade, requisito essencial para o instituto da colaboração premiada”²¹.

A tese de Dipp não foi aceita pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, que por unanimidade denegou a ordem de *Habeas Corpus*, pelas seguintes razões em suma:

a) “o acordo não interfere diretamente na esfera jurídica do delatado”²² (Ministro Edson Fachin);

b) “o artigo 4, parágrafo 16, da Lei 12.850/2013, segundo a qual nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” e “eventual validade de uma delação premiada por fatos supervenientes tem que ser avaliada pelo Ministério Público e pelo juiz”²³ (Ministro Luís Roberto Barroso);

c) “o importante na delação premiada é a utilidade do acordo e o resultado de sua realização”. “Diferentemente do que se preconiza no *habeas corpus*, o elemento ontológico da delação premiada não está na pessoa do colaborador e sim no pragmatismo, no interesse da persecução penal e na perspectiva de reduzir os danos causados pelos crimes que orientam a razão de ser da própria colaboração”²⁴ (Rosa Weber);

d) “a personalidade do agente não influencia na delação”. “Se ele é uma boa ou uma má pessoa, isso é um problema que influi na esfera jurídica dele próprio, não tem a menor influência na validade e na eficiência da delação premiada”²⁵ (Luiz Fux);

e) “a quebra de compromisso assumido pelo colaborador não gera contaminação entre os processos-crimes”. “Antes do surgimento da Lei 12.850/2013, a jurisprudência do Supremo nega a legitimidade de qualquer condenação penal imposta unicamente com base no depoimento do agente colaborador”²⁶ (Ministro Celso de Mello).

De toda forma, foi com o julgamento da Ação Penal 470/MG (vulgarmente conhecida como processo “Mensalão”) em 2012 pelo Supremo Tribunal Federal que se notabilizou (ou popularizou) pela primeira vez em nível nacional a relevância probatória da delação premiada, pois sem a colaboração voluntária e unilateral do ex-deputado federal Roberto Jefferson provavelmente os autores do grande escalão político e os delitos por estes praticados

²¹ DIPP, Gilson Langaro. *Parecer Jurídico*. Brasília, 9 de março de 2015. Disponível em: <http://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/parecer_dipp_sobre_youssef.pdf>. Acesso em: 09 de dezembro de 2015.

²² STF, HC 127483.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

relacionados com a Ação Penal 470/MG não teriam sido descobertos²⁷. Denote que o ex-deputado não se valeu de um acordo de delação, mas sim o fez unilateralmente.

Tamanha a importância da delação premiada de Roberto Jefferson que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio chegou a afirmar que Jefferson teria prestado “um grande serviço a esta pátria”, ao escancarar as mazelas políticas nacionais daquele tempo²⁸.

Roberto Jefferson, em razão de sua colaboração, teve a pena diminuída em 1/3 (um terço), muito embora, curiosamente, tenha sido tomada esta decisão pelo Supremo Tribunal Federal sem a aparente concordância do próprio beneficiado, que chegou a dizer que não queria ter qualquer benefício com sua colaboração²⁹ - o que demonstra que os “prêmios” decorrentes da efetiva colaboração além de serem direitos subjetivos do réu ou acusado, são irrenunciáveis.

Em que pese tenha implicitamente o Supremo Tribunal Federal reconhecido a importância da delação premiada e a sua constitucionalidade, não havia até então se manifestado acerca da possibilidade de o acusado “negociar” a sua eventual e futura pena com o Ministério Público.

Abraçando-se as propostas da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos (ENCCLA), do Ministério da Justiça, de maneira inédita a Lei 12.850/2013 (com vigência a partir de 19 de setembro de 2013)³⁰, denominada de Lei de Combate às Organizações Criminosas, mitigando o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, previu em seus artigos 4º a 7º a possibilidade de realização de *acordos* de colaboração premiada com relação ao crime de Organizações Criminosas e seus conseqüentes delitos, bem como regulamentou este fenômeno da “contratualização” no âmbito processual penal (“Delações premiadas são essencialmente contratos”³¹, conforme decisão no caso *Puckett*

²⁷ FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento – Supremo, Mídia e Opinião Pública*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013. p. 293.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ A partir de 19.09.13. A lei foi publicada no dia 05.08.13, com “vacatio legis” (tempo de divulgação e de conhecimento da lei) de 45 dias, nos termos do art. 27 (da 12.850/13). Como se conta o tempo da “vacatio”? De acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar 95/98 (que é uma espécie de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral” (Texto incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001). Em suma: conta-se o dia da publicação (05.08.13, dies a quo) assim como o último dia do prazo (18.09.13, *dies ad quem*). A vigência acontece a partir do primeiro segundo (a partir da primeira movimentação do ponteiro do relógio) do dia subsequente, ou seja, do dia 19.09.13.

³¹ BROWN, Darryl. K. *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*. New York: Oxford. 2016. (Livro Digital).

v. *United States* 2009)³², traduzindo este o marco legal do arrefecimento da tradicional jurisdição conflitiva brasileira fora do âmbito das infrações que admitem transação penal (infrações penais de pequeno potencial ofensivo e contravenções penais) e a suspensão condicional do processo, em especial em razão da possibilidade de o delator negociar benefícios em sua futura e eventual pena (aplicação participativa e negociada da pena³³: fala-se aqui em participação na formação do juízo sobre a pena aplicável, e não apenas na responsabilização, ou seja, não se trata somente de buscar o arrependimento do próprio apenado³⁴).

O recente diploma normativo (Lei 12.850/13), como novo marco e paradigma dos acordos de colaboração premiada, passa a ter suas primeiras aplicações na denominada “Operação Lava Jato” (em trâmite no Estado do Paraná) e seus desdobramentos.

A Operação Lava Jato é fruto de uma investigação relativa a tráfico internacional de drogas que culminou na apreensão de 698 (seiscentos e noventa e oito) quilos de cocaína, em Araraquara (São Paulo), em novembro de 2013, sendo que 4 (quatro) doleiros estariam envolvidos com referido crime³⁵.

O juiz Sérgio Moro supervisionava este caso, tendo autorizado desde 11 de julho daquele ano a colocar os suspeitos sob intensa vigilância telefônica e telemática.

O doleiro e empresário brasileiro Alberto Youssef entrou na trama por ter entregue US\$ 36 mil a um dos doleiros. Numa das ações penais concluídas já há algum tempo, dentro da Lava Jato, foi absolvido, tanto da acusação de tráfico de drogas, quanto da evasão de divisas e também da lavagem de dinheiro³⁶.

Naquela ocasião averiguou-se que Youssef tinha ligação com Paulo Roberto da Costa. Youssef e Costa, ou seja, ambos já eram peças centrais de outra história, na qual se incluem hoje mais de cem inquéritos policiais e mais de dez ações penais. É como se a Lava Jato tivesse sofrido uma metamorfose: transformou-se no “Escândalo Petrobras”³⁷.

³² Colaboração premiada é um negócio jurídico processual, conforme voto do Ministro Relator Dias Toffoli no Habeas Corpus 127.483/PR – Supremo Tribunal Federal, 27/082015

³³ CABRAL, Antônio do Passo. *A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. V. 1. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 545

³⁴ KERCHOVE, Michel Van Der. *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dallos. 2008. p. 198.

³⁵ PEREIRA, Raimundo Rodrigues. *Seis observações sobre o “Escândalo Petrobrás”*. Revista Caros Amigos. São Paulo. Ano XVIII, n. 213. p. 26.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

O nome do caso, “Lava Jato”, originou-se em razão do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas³⁸. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial consagrou-se.

O NOVO REGIME DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO INSTRUMENTO DE EXPANSÃO DO SUJEITO-FOCO DA PERSECUÇÃO PENAL: UM CAMINHO PARA A REDUÇÃO DOS NÍVEIS DE SELETIVIDADE?

É incontestável o crescente protagonismo da delação (colaboração) premiada no processo penal brasileiro como meio de obtenção de provas relativas à macrodelinquência econômica - ou criminalidade do colarinho branco - *White-Collar Criminality* -, à criminalidade complexa ou da praticada por criminosos em associação - v.g.: Organizações Criminosas, Organizações Terroristas, Milícias Privadas, Associações Criminosas, Associações para o Tráfico, Cartéis etc.-, em especial com advento da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas - LOC), que ineditamente regulamentou de forma detalhada os acordos de colaboração premiada .

Devido à importância das delações premiadas na obtenção de provas relativa à macrocriminalidade econômica, o Procurador da República Roberto Galvão, integrante da força-tarefa da famigerada Operação Lava Jato, chegou a apelida-las de “coração pulsante” da famigerada Operação Lava Jato (uma das Operações que desvendou um dos maiores escândalos de corrupção do Brasil)³⁹.

A previsão de que os acordos de colaboração deverão ser necessariamente escritos e homologados judicialmente (artigos 4º, § 7º e 6º, LOC) e de outras normas procedimentais garantiu maior segurança jurídica aos colaboradores (e também ao próprio Ministério Público) com relação aos resultados que devem ser alcançados através de suas corroborações e aos prêmios que receberão se alcançá-los, superando-se significativamente em termos qualitativos o regime da delação premiada unilateral contemplado em outros diplomas legislativos , que pecam pela falta de regulamentação procedimental e por conseguinte ocasionam geralmente desestímulo ao acusado de colaborar em razão da insegurança jurídica gerada.

A segurança jurídica contemplada na Lei 12.850/2013 permitiu que dezenas de acordos de colaboração premiada fossem celebrados no bojo da Operação Lava Jato e

³⁸ Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em 19 de maio de 2016.

³⁹ COUTINHO, Mateus; HUPSEL FILHO, Valmar. *Delação na Lava Jato já reduz penal em 326 anos*. Estado de São Paulo. São Paulo, 17 de julho de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-na-lava-jato-ja-reduz-penas-em-326-anos,10000063321>. Acesso em: 25/09/2016.

Operações congêneres, viabilizando o descobrimento de organizações criminosas (muitas vezes infiltradas na Administração Pública direta e indireta, inclusive com atuação transnacional) e dos seus integrantes em virtude da quebra do pacto do silêncio que vige no âmbito destas organizações (*Omertà*), revelando, por exemplo, o “triângulo Políticos-Governo-Empreiteiras” (esquema assim denominado pelo réu e colaborador Paulo Roberto da Costa na Operação Lava Jato) formado para o cometimento das mais variadas infrações penais macroeconômicas, bem como o descobrimento de grandes esquemas (institucionalizados) de corrupção, de crimes de lavagem de dinheiro e de evasão de divisas; e a recuperação de significativas quantias subtraídas em razão dos ilícitos penais cometidos (v.g.: segundo a estimativa do Ministério Público Federal, R\$ 79.000.000,00 -setenta e nove milhões de reais-, foi repatriado à Petrobrás).

Tal repatriação de ativos foi promovida pelo réu e colaborador Paulo Roberto Costa e pelo Ministério Público Federal, em função de acordo de colaboração premiada homologado pelo Supremo Tribunal Federal em 29 de setembro de 2014).

A delação premiada, portanto como bem explicitou Celso de Mello (ministro do Supremo Tribunal Federal), “possibilitou penetrar nesse grupo que se apoderou do Estado, promovendo um assalto moral, criminoso ao Erário e desviando criminosamente recursos que tinha outra destinação, a destinação socialmente necessária e aceitável”⁴⁰.

O novo regime da colaboração premiada (ao lado das demais técnicas especiais de investigação: ação controlada, infiltração de agentes etc.) permitiu *prima facie* a “expansão do sujeito-foco do Sistema Penal”⁴¹, mobilizando-se o aparato da persecução penal também com relação aos sujeitos que ocupam posição de prestígio social (ocupantes do Poder, empresários etc.), gerando um aparente caminho para a redução dos níveis de seletividade do direito penal⁴².

⁴⁰ FALCÃO, Márcio. *Stf rejeita anular acordo de delação premiada de Youssef na Operação Lava Jato*. Folha de São Paulo, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1674345-maioria-do-stf-vota-contr-a-anulacao-de-depoimentos-de-alberto-youssef.shtml>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

⁴¹ BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação Premiada e Criminalidade Organizada: Uma Análise da Política Criminal Expressa na Lei 12.850/2013 sob a Perspectiva da Criminologia*. “II Fórum Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa. Crime, Justiça e Latinidade: contribuições criminológicas”, promovido pela Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa - AICLP e realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2015, em Belém do Pará. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS . Vol. 4, n. 1, 2016. p. 7. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65752/37779>>.

⁴² Em vista dessa imposição seletiva o Estado acaba optando pela persecução daqueles crimes mais fáceis de investigar, ante a seus erros operacionais ou facilidades jurídicas (exemplificativamente podemos considerar a questão da prisão em flagrante nos crimes permanentes, como podem ser, por exemplo, a receptação e o tráfico de drogas); ou opta na criminalização daqueles grupos sociais mais vulneráveis (REIS, Maurício Sant’Anna dos. *Sobre a Seletividade do Direito Penal (Ou Como o Estado*

Frise-se que este caminho de redução da seletividade penal notabiliza-se apenas como aparente, pois em que pese os acordos de colaboração premiada estejam permitindo a persecução penal da classe dominante (delatores e delatados), é cediço que a retenção e estratégica de informações ⁴³ pelos colaboradores primários no acordo (a fim viabilizar que cada integrante delate uma fração da trama delituosa de maneira combinada para que todos beneficiem-se dos prêmios legais) ou mesmo do desconhecimento dos colaboradores de toda a trama criminoso gera um “efeito dominó” impulsionador de colaborações premiadas sequenciais (ou recíprocas), pois todos os investigados acabam celebrando acordos de colaboração para também colher benefícios penais (banalização da delação premiada).

A banalização do uso da delação termina(rá) culminando em punições brandas a um grande número de integrantes dos esquemas criminosos (inclusive com possibilidade prática de penas abaixo do mínimo legal previsto no preceito penal secundário ou regimes de cumprimento de pena não previstos em lei, como o caso do “regime domiciliar”, ou até mesmo extinção da punibilidade), em evidente contraste com o “direito penal da classe marginalizada”, “orientado pela chicotada” (direito penal mais rigoroso e sem espaço para o consenso) e “pela Súmula 231 do STJ, ou seja, a pena não pode baixar do mínimo pela confissão”⁴⁴.

Assim, com arrimo nas lições de Alexandre Moraes da Rosa, o acordo de colaboração premiada virou “‘grande negócio’ para rico, porque sem pudores, brada-se que [acordo de] ‘delação premiada não é para pobre [ou sujeito estigmatizado]’”⁴⁵.

Neste diapasão, a banalização do uso das delações premiadas na Operação Lava Jato, segundo levantamento realizado pelo Jornal Estadão (São Paulo – 17/07/2016), levou à redução de “ao menos 326 anos as penas dos condenados em primeira instância pelo juiz Sérgio Moro”. Este número refere-se “a 28% do total de 1.149 anos aos quais todos os réus, delatores ou não, já foram sentenciados no esquema de desvios de recursos da Petrobras”⁴⁶.

Escolhe Quem Quer Punir. 12 de junho de 2015. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/sobre-a-seletividade-do-direito-penal-ou-como-o-estado-escolhe-quem-quer-punir/>>. Acesso em: 09 de julho de 2016.

⁴³ Para Alexandre Moraes da Rosa, como a delação premiada é um “mercado, a omissão de informações faz parte das negociações. (RODAS, Sérgio. *Delatores não precisam contar tudo que sabem, e podem combinar versões*. 23 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-23/delator-nao-contar-tudo-sabe-combinar-versoes>>.). Acesso em: 09 de julho de 2016. Esta posição de Alexandre Moraes da Rosa é controvertida.

⁴⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Empório do Direito. 2016. p. 295.

⁴⁵ Idem. p. 295.

⁴⁶ Estadão. Delação na Lava Jato já reduz penas em 326 anos. 17 de julho de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delação-na-lava-jato-ja-reduz-penas-em-326-anos,10000063321>>. Acesso em 17 de julho de 2016.

Ainda segundo o Estadão, “a redução pode ser maior”, uma vez que no levantamento feito “apenas as 15 colaborações cujos termos dos acordos vieram a público pela 13ª Vara Criminal da Justiça Federal, em Curitiba”. “Ao menos 65 réus da Lava Jato fecharam acordos de delação [dados obtidos até o fechamento deste trabalho]”⁴⁷.

Prossegue ainda o Jornal que as delações já computadas “somam 400 anos de pena por crimes como corrupção, lavagem de dinheiro e associação criminosa. Após os acordos, nos quais os réus confessaram os delitos e se comprometeram a fornecer informações e documentos que auxiliem a investigação e a produção de provas, o total de penas chega a 74 anos”⁴⁸.

Apurou-se ainda que “entre os delatores, a redução dos anos é de 81%”. Dentre os beneficiados há também aqueles que “receberam as penas mais pesadas e os que fizeram as colaborações mais consistentes, com detalhamento do esquema e revelação o envolvimento de nomes importantes”⁴⁹.

Dois dos principais personagens da Operação Lava Jato, o doleiro Alberto Youssef e o ex-diretor de Abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa”, “conseguiram reduzir suas penas em cerca de 140 anos”⁵⁰.

“Condenado a quase 80 anos de prisão por lavagem de dinheiro e organização criminosa, Youssef fez delação e deve cumprir pena em regime fechado entre três e cinco anos. Depois, passa para o regime aberto”⁵¹.

Já “Costa foi condenado a 74 anos, seis meses e dez dias de prisão por corrupção e lavagem”. Com o acordo, no qual foi o primeiro a revelar a participação de políticos, a pena foi convertida em um ano de prisão domiciliar, mais dois anos no semiaberto, com tornozeleira”⁵².

O processo penal direcionado às elites sociais erige a reparação do dano como um dos objetivos primordiais da persecução penal. Neste diapasão, sanções descarcerizantes ou menos severas (com penas e regimes de cumprimento de pena mais brandos) passaram a ser utilizadas pelos órgãos de persecução penal como forma de atrair e a estimular colaboradores a obterem resultados efetivos a título de reparação dos danos causados às vítimas da macrorcriminalidade -fixação de indenização cível, perdimento do produto ou proveito da atividade criminosa etc..

Há, portanto, uma forte inclinação pela adoção de uma terceira via de reação Estatal nos acordos de colaboração premiada: a reparação do dano (fenômeno da “privatização” do

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

direito penal⁵³). Como observa Ulfrid Neumann: “recentemente a introdução da relação autor-vítima-reparação no sistema de sanções penais nos conduz a um modelo de três vias, onde a reparação surge como uma terceira função da pena conjuntamente com a retribuição e a prevenção”⁵⁴.

Não se pode olvidar que há um tratamento mais humanizado à vítima no processo penal, de forma a deslocá-la da posição de mero objeto de interesse investigativo para a “posição de proeminência, sendo os seus interesses priorizados pelo Estado”⁵⁵.

Portanto, as grandes Operações no Brasil com relação à criminalidade econômica vêm adotando as seguintes propostas formuladas por Luiz Flávio Gomes:

Muito melhor que a fixação de uma pena de prisão (longa) inútil é a reparação dos danos em favor da vítima que, muitas vezes, o que só espera do sistema é a sua recomposição patrimonial. Fundamental também é o confisco do que foi ganho ilícitamente. O que acaba de ser proposto atende às três finalidades que a melhor e mais atualizada doutrina atribui ao processo penal moderno: (a) retributivo-preventiva, (b) reparatória e (c) confiscatória⁵⁶.

Contudo, este discurso é perigoso, pois no momento em que os órgãos de persecução e o Poder Judiciário são servís ao resultado patrimonial no processo penal, termina-se por muitas vezes no atropelo da legalidade penal -caracterizado por regras imperativas e de aplicação obrigatória-, tornando liberdade objeto de compra pelo colaborador, afinal: “O que o dinheiro não compra?”⁵⁷, conforme questionaria Michael J. Sandel.

Outro ponto a ser considerado é que muitos dos novos sujeitos-foco do sistema penal, alvos de delações (delatados ou investigados em razão de elementos probatórios decorrentes da atividade colaborativa), passam a aderir a uma campanhas deslegitimadoras dos acordos de delação premiada, com objeções de fundo filosófico, ético e ideológico, muitas vezes valendo-se de verdadeiros sofismas, a exemplo do argumento no sentido de que a delação extraída em período de prisão cautelar do delator seria ilícita, pois a prisão cautelar- ainda que decretada

⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. Vol. 1. 18ª ed. Niterói: Impetus. 2016. p. 12.

⁵⁴ NEUMANN, Ulfrid. *Alternativas al derecho penal (Crítica e justificación del derecho penal en el cambio de siglo)*. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Editones de la Universidade de Castilla-La Mancha. 2003. p. 12.

⁵⁵ GRECO, Rogério. *Op. cit.* p. 12.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio. *A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva da criminológica da teoria da aprendizagem*. Letras Jurídicas número 12. 2011. Disponível em: <<http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-12-primavera-marzo-septiembre-de-2010?download=167>> . Acesso em 26 de setembro de 2016.

⁵⁷ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

dentro das hipóteses legais- seria utilizada sempre como forma de tortura para obtenção de informações do acusado.

Por serem os novos sujeitos-foco em geral pessoas com poder econômico ou político, reagem às investigações fazendo acusações incessantes de supostos abusos⁵⁸ e propondo projetos de lei minando as operações⁵⁹ (*lobby*), a exemplo:

I) do Projeto de lei 4372/2016 da Câmara dos Deputados, apresentado em 16/02/2016, que pretende alterar alguns dispositivos da Lei 12.850/2013, a fim de proibir a colaboração premiada ao acusado ou indiciado preso, e ainda criminalizar a divulgação do conteúdo das delações;

II) do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 280 de 2016 que visa definir novas condutas típicas de abuso de autoridade e outras providências, em que estranhamente o então presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), investigado pela operação que apura desvios de verbas da Petrobras e fraudes de contratos, resolveu dar regime de tramitação de urgência para votação, talvez na tentativa de enfraquecer as garantias da magistratura, em especial aquelas propostas de novas condutas típicas que teriam, segundo a Associação dos Juízes Federais (AJUFE), o objetivo de gerar, nos juízes, o receio da punição em desacordo com os trâmites constitucionais e legalmente previstos na Lei Orgânica da Magistratura

⁵⁸ “Acrescentamos, como aspecto relevante dessa característica, a prática de usar os meios processuais, inclusive penais, contra agentes públicos incumbidos da persecução penal, numa espécie de ‘reconvenção penal’, que inclui queixas-crimes, representações criminais, representações disciplinares (no CNMP, CNJ, Corregedorias de Polícia), ações de dano moral no juízo cível, tudo com o efeito de isolar o investigador/acusador/julgador da instituição a que pertence e intimidá-lo. Evidentemente, não se está diante de um traço definidor da criminalidade organizada, mas a prática acontece mais cedo ou mais tarde, segundo o grau de poder social, político ou econômico dos acusados e a partir do momento em que os mecanismos coercivos do sistema penal começam a surtir efeito no caso concreto. Propicia uma certa relativização das imputações, viabilizando, pelo menos no plano retórico, o argumento *tu quoque* (*Argumentum ad hominem* ou *tu quoque* é uma flácia que se verifica quando alguém procura negar uma proposição com uma crítica a seu autor e não a seu conteúdo, resumidamente: ‘você também’), ‘igualando’ acusadores e acusados. Nas organizações que contem integrantes protegidos pelo foro privilegiado, ou grandes empresários, celebridades do mundo do esporte, das artes ou das comunicações, essa forma de defesa através do ataque tem efeito esmagador sobre os agentes do estado, porque sempre haverá algum ato processual ou investigativo que pode ser explorado como falha, abuso de poder ou ‘perseguição’” (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Comentários ao artigo 288 do Código Penal*. in: QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – parte especial*. Vol. 2. 3ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 1079).

⁵⁹ A título de exemplo, veja-se que o Jornal Folha de São Paulo divulgou no dia 25 de maio de 2016 o teor das gravações de conversas entre o presidente do Senado, Renan Calheiros (PMDB-AL), e o ex-presidente da Transpetro Sérgio Machado, ambos investigados na Operação Lava Jato, em que mostram o parlamentar alagoano defendendo alteração na lei 12.850/2013 que trata da delação premiada para impedir que presos colaborem com as investigações (Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/05/em-gravacao-renan-fala-em-mudar-lei-da-delacao-premiada-diz-jornal.html>> Acesso em: 12 de julho de 2016).

Nacional, e permitiria a penalização de magistrados pelo simples fato de interpretarem a lei – o que afetaria diretamente a independência judicial⁶⁰ (há no texto a previsão de pena de prisão para qualquer juiz ou delegado que emitir ordens de prisão “fora das hipóteses legais”, como se fosse necessário alertar os responsáveis pela aplicação da lei de que ela deve ser observada; há também previsão de punição para quem “constranger” presos a produzir provas contra si mesmos).

Por coincidência ou não, no momento em que poderosos passaram a ser grandes alvos de investigações⁶¹ (como Operação Lava Jato e Operações congêneres), iniciou-se um processo tímido, tardio e parcial⁶² de constitucionalização do Inquérito Policial (e outras Investigações preliminares) no Brasil por meio da Lei 13.245/2016 (que alterou alguns dispositivos do artigo 7º da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), que, retirando parte das amarras do modelo inquisitorial anacrônico (reduzindo o grau inquisitório, mas não o eliminando⁶³), permitiu que o investigado possa ser assistido por seu defensor constituído em todos os atos de investigações preliminares, a exemplo do interrogatório ou depoimentos de testemunhas, sob pena de nulidade⁶⁴ do ato e dos subsequentes, permitindo-se,

⁶⁰ CENÁRIO, Pedro. Associação de juízes reclama de projeto de lei que pune abuso de autoridade. 07 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-07/associacao-juizes-reclama-pl-pune-abuso-autoridade>>. Acesso em 12 de julho de 2016.

⁶¹ WALCÁCER, Enio. *Constituição e Inquisição – O Inquérito Policial e Sua (In)constitucionalidade no Brasil pós 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. p. 207.

⁶² Parcial, pois válido somente para as elites que têm condições financeiras de constituir advogado.

⁶³ É errado dizer que o Inquérito Policial perdeu o seu caráter inquisitório, pois incumbe ao delegado (ou ao Ministério Público) presidir o procedimento, praticar atos de investigação e também decidir nos limites legais, respeitando a reserva de jurisdição. Sim, o delegado (ou o Ministério Público nos países que adotam esse modelo) toma diversas decisões ao longo da investigação e ele mesmo realiza os atos de investigação, acumulando papéis. Nada anormal nisso em se tratando de investigação preliminar. Portanto, o fato de "ampliarmos" (timidamente) a presença do advogado, fortalecendo a defesa e o contraditório (precário, pois manifestado apenas no seu primeiro momento, segundo a concepção de Fazzalari, que é o da informação) não retira o caráter inquisitório do inquérito. Como muito poderíamos falar em mitigação (mas não me parece plenamente correto), considerando que publicidade/segredo, defesa/ausência, contraditório ou não, são elementos satelitários que orbitam em torno do núcleo fundante (gestão/iniciativa da prova). O que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções). Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório. Não são eles que fundam o sistema, pois são elementos secundários que - em tese - podem se unir a um núcleo ou a outro. (LOPES JR. Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> . Acesso em 13 de julho de 2016). Nesta toda, continua vigente ainda o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, que reza que o juiz não poderá fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, , ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁶⁴ Importante destacar que o novo texto trouxe uma mudança de paradigma importante, pois até então sempre se entendeu (ao menos majoritariamente) que não haveria nulidade em sede de inquérito policial,

portanto, o exercício endógeno⁶⁵ do direito de defesa mediante a possibilidade apresentação de razões e quesitos no curso das investigações (trata-se de tímida viabilização do contraditório e da ampla defesa em sede de investigação preliminar)⁶⁶.

Embora seja a Lei 13.245/2016 confirmatória e concretizadora de direitos⁶⁷, denota-se claramente que se trata de uma lei elitista e discriminatória, pois é direcionada para favorecer a classe social dominante, que tem condições socioeconômicas de constituir advogado na fase investigatória preliminar, e não para a classe marginalizada (negros, pobres, periféricos), o que é uma clara afronta ao princípio constitucional da isonomia⁶⁸ (artigos 3º, III; 5º, *caput*, ambos da Carta Magna). Esta lei é uma clara amostra do quanto a nossa legislação penal e o sistema penal são seletivos.

haja vista que seria peça meramente de informação e, como tal, serviria apenas de base à denúncia. O novo diploma (Lei 13.245/16), contudo, reconhece a possibilidade de se declarar nulidade absoluta em sede de inquérito, quando não for concedida a devida permissão ao advogado para “assistir” os atos investigatórios que recaiam sobre o seu cliente. Denota-se que a utilização do termo “assistir” não se resume ao mero acompanhamento pelo defensor, mas sim em prestar total assistência ao investigado, possibilitando inclusive a apresentação “razões e quesitos”, nos termos do artigo 7º, inciso XXI, alínea “a” da Lei 8.906/1994 (redação dada pela Lei 13.245/2016). Com relação à “nulidade absoluta” perquirida pela lei importaria tradicionalmente em prejuízo presumido insanável. Contudo, o Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma) no RHC116390 AM (de Relatoria do Min. RICARDO LEWANDOWSKI) em julgamento datado de 18/02/2014 entendeu que mesmo nas nulidades absolutas deve-se comprovar o prejuízo à parte (*pas de nullité sans grief*). Ou seja, para o STF (Segunda Turma) não é suficiente uma previsão de nulidade automática (*ex vi legis*) para que haja a invalidade do ato e consequente contaminação de sua formação. (SILVA, Marcelo Rodrigues da. A Lei 13.245/16 tornou obrigatória a presença de advogado na fase investigativa?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4580, 15 jan. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45829>>. Acesso em: 11 jul. 2016). Já segundo Afrânio da Silva Jardim: “A nulidade de algum ato do procedimento investigatório prévio jamais pode levar à nulidade do processo penal. Pode sim, se for a única prova a legitimar o exercício da ação penal, levar à extinção desta relação processual sem resolução do mérito, por falta de suporte probatório mínimo que legitime a acusação penal (condição da ação que chamávamos de “justa causa”)”. (JARDIM, Afrânio da Silva. Algumas reflexões sobre as investigações de condutas delituosas e a atuação dos advogados. 17 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/algumas-reflexoes/>>. Acesso em 13 de julho de 2016.

⁶⁵ Exercício do direito de defesa endógeno é aquele praticado nos autos da investigação preliminar, por meio da oitiva do imputado (autodefesa –direito de audiência), de diligências porventura solicitadas à autoridade policial (não se trata de requisição, pois o Presidente da República em exercício vetou o texto da lei Lei 13.245/2016, que permitia a requisição de diligências pelo advogado) ou por meio de apresentação de razões ou quesitos. Já o exercício exógeno é aquele efetivado fora dos autos do inquérito policial, por meio de algum remédio constitucional (*habeas corpus* ou mandado de segurança) ou por requerimentos endereçados ao juiz ou a promotor de justiça (SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT. 2004. P. 221-222; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal – volume único*. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 120-121).

⁶⁶ OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de. *Constituição e Inquisição – O Inquérito Policial e sua (in)constitucionalidade no Brasil pós 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016. p. 202-217.

⁶⁷ Positiva os seguintes direitos fundamentais previstos nos artigos 5º, incisos LV e LXIII; e 133, todos da Constituição Federal de 1988

⁶⁸ Idem.

A legislação e os projetos de lei acima relacionados, ainda que imbuídos de aparente boa intenção, e/ou tratando de temas que são efetivamente relevantes, “objetivam, ao fim e ao cabo, limitar, inibir ou prejudicar o andamento do controle social e jurídico sobre a corrupção e a tomada de Estado por grupos privados”⁶⁹.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente trabalho verificou-se que muito embora o instrumento da delação premiada, nos moldes que vem sendo utilizado, tenha permitido a redução das cifras douradas (leia-se: redução das infrações penais macroeconômicas desconhecidas "oficialmente"), não terá como efeito a redução da seletividade do sistema criminal (que tem preferência de atuação contra a criminalidade das classes baixas⁷⁰), haja vista que a classe marginalizada que pratica crimes patrimoniais sem violência com vítimas individualizadas (ou passíveis de individualização) acabam tendo sanções muito mais severas que os autores de crimes macroeconômicos de vítimas difusas, pois estes geralmente acabam beneficiando-se da proposital ineficácia do sistema penal dirigida a este tipo de criminalidade- ineficácia esta que sustenta a própria estrutura do exercício do poder.

De acordo com o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso: o “sistema punitivo brasileiro não funciona como prevenção geral para os ricos. Conseqüentemente, nós criamos uma sociedade cheia de ricos delinquentes, que sonegam, fraudam licitação, subornam, fazem lavagem de dinheiro. Portanto, nós precisávamos criar um sistema penal que valesse para todos”⁷¹.

No atual sistema penal, válidas são as conclusões de Reiman, que diz: *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison* (Os Ricos Tornam-se mais Ricos e os Pobres Vão para a Prisão)⁷².

⁶⁹ Associação Nacional dos Procuradores da República – Nota Técnica PRESI/ANPR/JR nº 008/2016. Disponível em: <http://anpr.org.br/assets/.../07.../NOTATECNICAJR82016_PLS280_abusodeautoridade.pdf>. Acesso em 17 de julho de 2016.

⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 5.

⁷¹ Criamos uma sociedade de ricos delinquentes, diz Barroso na Globonews. 06 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.horia.com.br/noticia/criamos-uma-sociedade-de-ricos-delinquentes-diz-barroso-na-globonews>>. Acesso em 14 de julho de 2016.

⁷² KUHN, André; AGRA, Cândido da, *Somos todos criminosos?*, Lisboa: Casa das Letras, 2010, p. 149.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação Premiada e Criminalidade Organizada: Uma Análise da Política Criminal Expressa na Lei 12.850/2013 sob a Perspectivada Criminologia**". "II Fórum Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa. Crime, Justiça e Latinidade: contribuições criminológicas", promovido pela Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa - AICLP e realizado nos dias 24 e 25 de novembro de 2015, em Belém do Pará. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS . Vol. 4, n. 1, 2016. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/65752/37779>>.

BROWN, Darryl. K. **Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Unermine the Rule of Law**. New York: Oxford. 2016. (Livro Digital).

CABARAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. V. 1. Salvador: Juspodivm. 2015.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. **La contractualisation de la production normative**. Paris: Dallos. 2008

COUTINHO, Mateus; HUPSEL FILHO, Valmar. **Delação na Lava Jato já reduz penal em 326 anos**. Estado de São Paulo. São Paulo, 17 de julho de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-na-lava-jato-ja-reduz-penas-em-326-anos,10000063321>>. Acesso em: 25/09/2016.

DIPP, Gilson. **A delação ou colaboração premiada – uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. 2015. Disponível no <<http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>>.

FALCÃO, Joaquim (Org.). **Mensalão: diário de um julgamento – Supremo, Mídia e Opinião Pública**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013

FALCÃO, Márcio. **Stf rejeita anular acordo de delação premiada de Youssef na Operação Lava Jato**. Folha de São Paulo, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1674345-maioria-do-stf-vota-contra-anulacao-de-depoimentos-de-alberto-youssef.shtml>>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 6. ed., São Paulo: RT. 2008.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação premiada**. Natal: FIDES, v. 6. n. 1. Jan/jun. 2015.

___; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

___ . **A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva da criminológica da teoria da aprendizagem**. Letras Jurídicas número 12. 2011. Disponível em: < <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/revista-numero-12-primavera-marzo-septiembre-de-2010?download=167>> . Acesso em 26 de setembro de 2016.

- GRECO, Luíz. **Lebendiges und Totes in Fuebachs Straftheorie**. Berlin, 2009.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Vol. 1. 18ª ed. Niterói: Impetus. 2016
- JARDIM, Afrânio da Silva. **Algumas reflexões sobre as investigações de condutas delituosas e a atuação dos advogados**. 17 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/algumas-reflexoes/>> .Acesso em 13 de julho de 2016.
- LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey. 2013.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal – volume único**. Salvador: Juspodivm. 2016
- LOPES JR. Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> . Acesso em 13 de julho de 2016
- NEUMANN, Ulfrid. **Alternativas al derecho penal (Critica e justificación del derecho penal en el cambio de siglo). El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt**. Cuenca: Editones de la Universidade de Castilla-La Mancha. 2003.
- PEREIRA, Raimundo Rodrigues. **Seis observações sobre o “Escândalo Petrobrás”**. Revista Caros Amigos. São Paulo. Ano XVIII, n. 213.
- POLASTRI, Marcellus. **A prisão do senador: considerações sobre a decisão do STF**. no prelo. <https://www.facebook.com/polastri.adv/posts/1131888426822480>. 07 de dezembro de 2015.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – parte especial**. Vol. 2. 3ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016.
- REIS, Maurício Sant’Anna dos. **Sobre a Seletividade do Direito Penal (Ou Como o Estado Escolhe Quem Quer Punir**. 12 de junho de 2015. Disponível em: < <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/sobre-a-seletividade-do-direito-penal-ou-como-o-estado-escolhe-quem-quer-punir/>>. Acessom em 25 de setembro de 2016.
- RODAS, Sérgio. **Delatores não precisam contar tudo que sabem, e podem combinar versões**. 23 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-23/delator-nao-contar-tudo-sabe-combinar-versoes>>.). Acesso em: 09 de julho de 2016.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito. 2016
- SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: RT. 2004
- WALCÁCER, Enio. **Constituição e Inquisição – O Inquérito Policial e Sua (In)constitucionalidade no Brasil pós 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016