

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS – UEA
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS – ESO
MESTRADO PROFISSIONAL EM
SEGURANÇA PÚBLICA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS**

LEONARDO ARAÚJO DE MIRANDA FERNANDES

**PECHINCHA CRIMINAL: UM ESTUDO DE CASO DA COLABORAÇÃO
PREMIADA DOS EXECUTIVOS DA J&F INVESTIMENTOS FRENTE O NOVO
PARADIGMA CONSENSUAL PROCESSUAL PENAL**

**MANAUS
2019**

LEONARDO ARAÚJO DE MIRANDA FERNANDES

**PECHINCHA CRIMINAL: UM ESTUDO DE CASO DA COLABORAÇÃO
PREMIADA DOS EXECUTIVOS DA J&F INVESTIMENTOS FRENTE O NOVO
PARADIGMA CONSENSUAL PROCESSUAL PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos, linha de pesquisa: Ordenamento Jurídico, da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito parcial para a Obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Nazareth da P. Vasques Mota

**MANAUS
2019**

LEONARDO ARAÚJO DE MIRANDA FERNANDES

**PECHINCHA CRIMINAL: UM ESTUDO DE CASO DA COLABORAÇÃO
PREMIADA DOS EXECUTIVOS DA J&F INVESTIMENTOS FRENTE O NOVO
PARADIGMA CONSENSUAL PROCESSUAL PENAL**

Dissertação aprovada pelo Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas, pela Comissão Julgadora abaixo identificada.

Manaus, 27 de setembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Maria de Nazareth Vasques Mota (Orientadora) – UEA

Prof. Dr. Dorli João Carlos Marques – UEA

Prof. Dr. Adriano Fernandes Ferreira – UFAM

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, luz que me guia e sempre me conforta, farol e porto seguro do qual posso zarpar e aportar sem medo das tormentas.

À Profa. Nazareth e ao Prof. Dorli pelas valiosas orientações e disponibilidade nos momentos de aflição e dúvidas, mas principalmente pelo apoio e incentivo.

Ao Prof. Adriano, sempre disponível e solícito, meus sinceros agradecimentos.

Por fim, a todos os integrantes da Coordenação do Mestrado de Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos e Mestrado em Direito Ambiental pelo êxito do programa, pela atenção e pela presteza.

RESUMO

FERNANDES, Leonardo Araújo de Miranda. **PECHINCHA CRIMINAL**: um estudo de caso da colaboração premiada dos executivos da J&F Investimentos frente o novo paradigma consensual processual penal. Orientador: Maria de Nazareth Vasques Mota. 102 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual do Amazonas – UEA. Escola Superior de Ciências Sociais – ESO. Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. Manaus, 2019.

O presente trabalho analisa o papel da colaboração premiada no contexto de organizações criminosas. Foi selecionado o caso recente da colaboração premiada celebrada pelos executivos da empresa J&F Investimentos Joesley Batista, Wesley Batista, Francisco de Assis e Ricardo Saud no âmbito da operação denominada “Lava Jato”. Explorado o mecanismo de consensualismo da colaboração premiada, é realizado o levantamento recente dos marcos legislativos no Brasil do instituto da colaboração premiada e, diante do pedido de rescisão das colaborações, é analisada a postura do magistrado e a (in)validade do negócio jurídico processual penal. Com fundamento na ação que tramita perante o Supremo Tribunal Federal (PET 7.003), analisa-se, ainda, a necessidade do Estado em manter a prática jurídica da colaboração. Como resultado do trabalho, diante das posturas das partes envolvidas, é possível observar a pretensão da acusação em manter os elementos de prova obtidos por meio da colaboração, bem como o papel do magistrado em adequar os benefícios oferecidos no momento da avaliação da sua efetividade na análise do mérito da causa.

Palavras-chave: Rescisão. Colaboração Premiada. Lava Jato. Validade. Negócio Jurídico Processual. Análise econômica.

ABSTRACT

FERNANDES, Leonardo Araújo de Miranda. CRIMINAL PECHINCHA: A case study of the award-winning collaboration of J&F Investimentos executives against the new criminal procedural consensus paradigm. Advisor: Maria de Nazareth Vasques Mota. 102 f. Thesis (Master's degree). State University of Amazonas - UEA. Higher School of Social Sciences - ESO. Postgraduate Program in Public Security, Citizenship and Human Rights. Manaus, 2019.

This paper analyzes the role of award-winning collaboration in the context of criminal organizations. The recent case of the award-winning collaboration celebrated by company executives J&F Investimentos Joesley Batista, Wesley Batista, Francisco de Assis and Ricardo Saud was selected as part of the operation called "Lava Jato". Having explored the mechanism of consensualism of the awarded collaboration, the recent survey of the legislative frameworks in Brazil of the institute of the awarded collaboration is conducted and, in view of the request for termination of the collaborations, the position of the magistrate and the (in) validity of the procedural legal business are analyzed. criminal Based on the lawsuit before the Federal Supreme Court (PET 7.003), the need for the State to maintain the legal practice of collaboration is also analyzed. As a result of the work, in view of the attitudes of the parties involved, it is possible to observe the accusation's intention to maintain the evidence obtained through the collaboration, as well as the magistrate's role in adjusting the benefits offered when assessing their effectiveness in the investigation. analysis of the merits of the case.

Keywords: Termination. Awarded Collaboration. Car wash. Shelf life. Procedural Legal Business. Economic analysis.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA: A CRIMINALIDADE ORGANIZADA COMO FORMA DIFERENCIADA DE COMETIMENTO DE DELITOS	12
1.1	CRIMINOLOGIA E CRIMINALIDADE, CONSTATAÇÃO DA ANORMALIDADE.....	12
1.1.1	Paradigma da racionalidade na tomada de decisão do delinquente	15
1.2	A GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA E DA CRIMINALIDADE E O SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	20
1.3	UMA TIPOLOGIA DOUTRINÁRIA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	22
1.4	O FIM DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O FIM DO ESTADO	25
2	JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA, O PARADIGMA DO CONSENSUALISMO NA PERSECUÇÃO PENAL	30
2.1	SOCIEDADE DROMOLÓGICA: A ACELERAÇÃO DO TEMPO E A CRISE NO PROCESSO PENAL.....	30
2.2	O FIM DA PENA (IN)ÚTIL	31
2.2.1	Teorias da Pena	32
2.3	DIREITO PENAL CONSENSUAL, O <i>CONSENSUALISMO</i> PENAL COMO ALTERNATIVA.....	37
2.4	INSTRUMENTOS E PROCEDIMENTOS RECENTES DE INSERÇÃO DO CONSENSUALISMO NO PROCESSO PENAL	43
3	COLABORAÇÃO PREMIADA	45
3.1	UM BREVE HISTÓRICO RECENTE DO INSTITUTO	45
3.1.1	Do <i>Pentitismo</i> ao <i>patteggiamento</i>	46
3.1.2	Dos <i>plea agreements</i> aos <i>cooperation agreements</i>	50
3.2	COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL.....	54
3.2.1	Delação distinção terminológica	54
3.2.2	Previsão normativa	56
3.3	A BARGANHA COMO CONCESSÃO DO ESTADO PARA OBTENÇÃO DE PROVAS E O <i>DELACIONLISMO</i>	59

3.4	FASES DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	60
4	ESTUDO DE CASO.....	67
4.1	APRESENTANDO O CASO.....	67
4.2	POSTURAS DAS PARTES EM JOGO.....	70
4.2.1	As regras do jogo.....	71
4.2.2	O jogo jogado.....	75
4.2.3	O apito do juiz.....	79
4.3	ANÁLISE DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DA RESCISÃO, A (IN)VALIDADE DA COLABORAÇÃO.....	81
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
	REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

Atualmente é possível constatar uma mudança de postura dos agentes delitivos envolvidos em contexto de delitos associativos, tal como o de organização criminosa. O código de silêncio, até então característica marcante desse tipo de crime, vem sendo quebrado diante da celebração de acordos entre a acusação e os agentes envolvidos com o cometimento desses crimes.

Por outro lado, há uma necessidade de esclarecer os motivos da adoção dessa nova postura, bem como os limites do Estado na renúncia ao dever de persecução penal como uma atribuição que lhe foi conferida no Estado Democrático de Direito.

Outra peça fundamental nesse tabuleiro é a figura do juiz, especificamente qual a sua postura, poderes, deveres e limites.

O presente trabalho, nesse sentido, analisa o papel da colaboração premiada no contexto de organizações criminosas. Verifica a sua natureza como não somente um meio de obtenção de prova, mas também como um instrumento do que tem sido chamado de justiça penal consensual. Sob esse prisma, a postura do colaborador mais se aproxima da negociação do que da cooperação com as investigações.

Para tanto, foi selecionado o caso recente da colaboração premiada celebrada pelos executivos da empresa J&F Investimentos Joesley Batista, Wesley Batista, Francisco de Assis e Ricardo Saud no âmbito da operação denominada “Lava Jato” (iniciada em 2014), amplamente divulgada pelos meios de comunicação em 17 de maio de 2017.

Considerando o panorama nacional atual, com a deflagração de esquemas de corrupção e o *delacionismo*¹ dos atores envolvidos, em especial executivos de grandes empresas e políticos, emerge interesse na pesquisa do caso da colaboração dos executivos da J&F.

Somente pelo estudo do instituto da colaboração premiada e a sua correlação com um novo paradigma processual penal é possível entender as discussões travadas entre a defesa e a acusação, cujos argumentos estão mais próximos ao utilizados no mundo dos negócios, no direito contratual e obrigacional, do que no mundo do direito penal.

Por um lado, a acusação se diz alijada de informações relevantes, cujas omissões deveriam acarretar na rescisão do acordo, já a defesa entende que a postura da acusação foi desleal e teria usurpado a competência do órgão julgador.

¹ Entendido no sentido da mudança de postura dos agentes delitivos, que buscam a celebração de acordos para obtenção de benefícios em troca de informações e esclarecimento do *iter criminis*,

Com a reavaliação do instituto da colaboração premiada pela Lei 12.850/2013, a doutrina se debruçou sobre institutos até então pouco explorados no ordenamento pátrio. O intuito de cumprimento de compromissos internacionais com vistas a melhorar os instrumentos de combate à corrupção e criminalidade organizada tem gerado uma série de debates.

Assim, é realizado estudo de caso único e emblemático da rescisão dos pré-acordos e dos acordos de colaboração premiada celebrados, no âmbito do Ministério Público Federal, entre a Procuradoria Geral da República e os investigados no procedimento nº. 1.00.000.016663/2017-47 (e consequente Inquérito Policial nº 02/2017-1 perante o Supremo Tribunal Federal).

No presente trabalho é utilizada a pesquisa qualitativa, analítica e descritiva de direito comparado entre institutos previstos no ordenamento italiano, norte-americano e brasileiro, bem como suas aplicações pelos órgãos de persecução penal e pelas cortes de justiça. Especificamente, são estudadas as permissões legislativas de celebração de acordos no âmbito de persecução penal e seus limites, com foco no instituto da colaboração premiada.

Constatado o permissivo legal, é verificado o tratamento dado pelo sistema de justiça brasileiro para os acordos celebrados entre os executivos envolvidos e o órgão de persecução penal.

Para tanto, são utilizados materiais bibliográficos, consultas às legislações federais, aos repositórios legislativos internacionais e de jurisprudência com a finalidade de avaliar a legitimidade na aplicação do instituto.

Como base teórica são utilizados Weber (1999), Sutherland (1974) e Becker (1968).

Inicialmente é feita a contextualização do problema, no intuito de delimitar o que se entende pelo contexto da criminalidade organizada e algumas de suas características, bem como a forma com que o processo de globalização afeta a sua complexidade e volatilidade. Posteriormente é feita a interlocução de alguns campos da Criminologia com o Direito e a Economia, o que teria dado origem ao enfoque da macrocriminologia. Nesse novo paradigma, os estudos de Sutherland (1974) teriam como pressuposto a racionalidade já exposta por Weber (1999).

Assim, questiona-se se os agentes delitivos envolvidos nesse contexto utilizam de racionalidade na tomada de suas decisões e conseguem mensurar riscos frente os objetivos que essa abordagem macrossocial da criminalidade e da violência propõe.

Em seguida é observada uma estruturação do que se sugere como uma tipologia doutrinária das formas de organizações criminosas e da sua relação com o Estado. Observa-se

a possibilidade de definição de um denominador comum dessas estruturas acerca da busca de capital financeiro para a consecução de fins ilegítimos e ilícitos e seus impactos nos regimes democráticos. Por outro lado, vê-se como se dá a busca por soluções legais para o seu refreamento, sem abrir mão da observância aos direitos e garantias individuais.

Para tanto, é possível constatar que esse mesmo fenômeno de tensão é enfrentado por outros regimes democráticos, sendo citados como exemplo as experiências vividas na Inglaterra, na Itália e nos Estados Unidos.

No segundo capítulo são traçadas as bases de uma tentativa de superar a crise do sistema criminal, afetado pelo processo de aceleração tecnológica, do incremento da noção de risco. Diante desse cenário, é possível constatar uma tendência mundial de desformalização processual penal frente a necessidade de incremento de segurança e como se dá essa relação com a legitimidade, efetividade e certeza da reação punitiva.

Diante do aumento da legislação penal incriminadora e da tendência de modificações na quantidade de pena, especula-se qual a influência da certeza de sua aplicação como sua instrumentalização. Portanto, questiona-se o conteúdo de utilidade da pena e a maior flexibilidade na fase de sua execução.

Em seguida, passa-se à análise do modelo de justiça penal negocial, fundamentada no paradigma do consensualismo e como a introdução e expansão dos espaços de consenso no processo penal podem contribuir para o problema da crise no sistema de persecução penal. Também é estudado como o reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado pode contribuir para reduzir a sobrecarga dos sistemas judiciários criminais e como esse permissivo foi inserido nos ordenamentos dos Estados Unidos, de Portugal, da Alemanha, da França e do Brasil.

No terceiro capítulo é explorado o mecanismo de consensualismo da colaboração premiada. É verificado como os modelos de *turns Queen's evidence*, pentitismo, *patteggiamento*, e *plea agreements* influenciaram a legislação brasileira.

Com relação ao Brasil é realizado o levantamento recente dos marcos legislativos do instituto da colaboração premiada e a sua relação com o *delacionismo*, entendido como uma mudança de postura dos agentes delitivos que utilizam sua racionalidade para mensurar riscos e colaborar com o Estado para desvelo dos crimes.

Em seguida são analisadas, diante do disposto na Lei 12.850/2013, as fases envolvidas na colaboração premiada, desde a de negociação e celebração do acordo, passando pela de homologação, até a de apreciação do cumprimento do acordo.

No quarto capítulo é feito o estudo de caso, propriamente dito, das colaborações premiadas celebradas pelos executivos da empresa J&F Investimentos no âmbito da operação denominada “Lava Jato”, tema que será objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na Petição nº 7.003² (processo número 0004604-22.2017.1.00.0000), de relatoria do Min. Edson Fachin ainda no segundo semestre de 2019.

São tomados por base os documentos e acontecimentos amplamente divulgados nos meios de comunicação que culminaram na apreciação da Petição nº 7.003. O caso é contextualizado e as posturas das partes envolvidas nos acordos são analisadas com base na modelagem da Teoria dos Jogos.

Verifica-se, também, diante do pedido de rescisão das colaborações, a postura do magistrado e o seu dever de analisar a (in)validade do negócio jurídico processual penal. Analisa-se, ainda, diante do pragmatismo e da necessidade do Estado de manter a prática jurídica da colaboração, qual seria o ponto de ancoragem das colaborações e se seria possível a aplicação da boa-fé objetiva prevista no direito privado no processo penal.

² O processo encontra-se relatado e a expectativa é que seja pautado no segundo semestre de 2019.

1 CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA: A CRIMINALIDADE ORGANIZADA COMO FORMA DIFERENCIADA DE COMETIMENTO DE DELITOS

Resumo: nesse capítulo é feita a contextualização do problema, no intuito de delimitar o que se entende pelo contexto da criminalidade organizada e algumas de suas características, bem como a sua correlação com o processo de globalização. Nele também é constatada a tensão que esse fenômeno gera em regimes democráticos, e seus efeitos deletério.

1.1 CRIMINOLOGIA E CRIMINALIDADE, CONSTATAÇÃO DA ANORMALIDADE

A exacerbação e complexificação da criminalidade é fenômeno que tem preocupado a sociedade. Percebe-se que, como será adiante analisado, a prática do crime foi modificada desde a promulgação do Código Penal Brasileiro, nos anos 1940. Apesar de não ser recente a constatação da criminalidade organizada, o seu estudo é fenomenologicamente recente.

Esse fenômeno é estudado pela Criminologia, que tem seu lugar entre as ciências sociais. Adota-se, então, o conceito de Criminologia³ como a ciência que estuda o crime⁴. Posteriormente esse conceito foi esmiuçado por Edwin H. Sutherland (1978) como um conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo. Como seu objeto, ela analisa a natureza, a extensão e as causas do crime, como um fenômeno social. Nela são estudadas tanto as causas pessoais como sociais do comportamento criminoso para o desenvolvimento de princípios válidos com vistas ao controle social do delito.

Portanto a ciência é a Criminologia e o seu objeto é a criminalidade.

Apesar do entendimento de Durkheim (1999) sobre o crime ser um fenômeno social considerado normal, é possível observar a sua transformação, a sua ampliação e a sua profissionalização. Assim, essa forma de normalidade⁵ transforma-se em uma forma de anormalidade. Essa atual anormalidade, ou exacerbação e complexificação, que nos apresenta,

³ Conceito cunhado em 1885 pelo italiano Rafael Garófalo.

⁴ A Criminologia, como não poderia deixar de ser, não é definida de maneira uniforme, existindo muitas e variadas definições. Para Nelson Hungria (1963): “Criminologia é o estudo experimental do fenômeno crime, para pesquisar-lhe a etiologia e tentar a sua debelação por meios preventivos ou curativos”. Nessa linha, a Criminologia estuda o crime como fenômeno social e individual e sua causa e prevenção e tem por objeto não somente o fenômeno natural e, como também o fenômeno da luta contra o crime.

⁵ Em sociedades mais complexas, caracterizadas pelo que Durkheim chama de solidariedade orgânica, bem ao contrário, parece aumentar. Portanto, não pode o crime ser equiparado a algo excepcional, mas sim a algo que faz parte da sociedade, o que impede de cogitar-se de anormalidade. O crime constitui, assim, um fato social normal, que chega a ser definido pelo sociólogo francês como “um fator da saúde pública, uma parte integrante de toda sociedade sadia” (DURKHEIM, 1999, p.68).

diante da própria dinâmica do fenômeno social, precisa ser estudada e posteriormente transposta para as previsões dos gabaritos normativos.

A criminalidade organizada é expoente desse processo de complexificação da criminalidade. A sua volatilidade, não aparente, dificulta um estudo empírico. É tarefa sobre a qual poucos se debruçam pela dificuldade de coleta de dados, sempre esbarrando o estudioso nos códigos de conduta fundamentados no silêncio. Portanto, a Criminologia tem que buscar no seu método uma abordagem multidisciplinar, dada a tumultuosa evolução dos sistemas de vida e das colisões sociais.

Um dos problemas da Criminologia é a sua interrelação com o Direito, entendido como um conjunto de normas prescritivas para a estabilização dos conflitos sociais (objetivando alcançar previsibilidade e segurança jurídica). Parte da doutrina vê uma função instrumental da Criminologia frente ao Direito, dando enfoques de uma visão pragmática, como auxiliar do Direito, posta para assessorá-lo, em matéria de sua competência, e visando a personalização do tratamento penal.

A Criminologia pragmática também pode ser compreendida como pré-jurídica. Complementam tais enfoques a Criminologia especulativa, ou parajurídica, e a Criminologia crítica, ou dialética (Roberto Lyra Filho, 1972⁶), com uma proposição metajurídica. Esta última deve propor a si mesma um estudo das mutações do conceito social da vida humana.

A definição de criminalidade, como objeto da Criminologia, em sua acepção genérica, conforme conceitua Roberto Lyra (1992, p. 23): “[...] é o conjunto dos crimes socialmente relevantes e das ações e omissões que, embora não previstas como crime, merecem a reprovação máxima”.

Cabe observar que não se confunde a criminalidade organizada com a criminalidade de massa, sendo essa a decorrente da ação de quadrilhas e bandos que constituem a criminalidade não-organizada (SILVA, 2007, p.881). A criminalidade não-organizada tem como característica ser visível e violenta.

Já a criminalidade organizada, é entendida como uma nova criminalidade. Diante dela devemos ter a decisão de rever os valores sociais, éticos e jurídicos, em face da sociedade tecnocrática, para buscar as bases para uma reformulação, inclusive estrutural, dos fundamentos e preceitos de criminalidade e, em última instância, da formação do criminoso.

⁶ O autor defende que a Criminologia merece posição como ciência autônoma do Direito justamente por realizar a dialética social do Direito.

Assim, a proposta é sair do enfoque da microcriminologia⁷ para tentar entender o processo da macrocriminologia⁸, importando conceitos e expressões trazidas das Ciências Econômicas, indo, então, para uma abordagem diferente da que é dada no âmbito de estudo apenas do crime e do criminoso.

Não se propõe abandonar a concepção cunhada pela Criminologia em colaboração interdisciplinar, pautada em muito pela Sociologia⁹, mas atentar para a necessidade de abertura de novo campo de pesquisa com novos vetores e premissas pós II Guerra Mundial e pós globalização para um tipo específico de criminoso que comete os delitos dentro de uma estrutura de organização criminosa.

Entender, teorizar e modelar as condutas dos agentes envolvidos é trazer à luz e pôr em debate a realidade que se mostra.

Sob o aspecto do agente inserido em um contexto de criminalidade organizada, observa-se que ele se utiliza de racionalidade na tomada de suas decisões sobre o cometimento de condutas delitivas. Essa característica é um diferencial quando se observa a tomada de decisão pelo agente da criminalidade não-organizada. Aquele faz um cálculo de risco entre os objetivos, meios e consequências para tomar a decisão de cometer ou não a conduta ilícita ou mesmo para a escolha de qual seria mais vantajosa.

⁷ Cujas as abordagens são *inter pares* tais como no Direito Penal, ramo da Dogmática Jurídica que definem quais condutas tipificam crimes ou contravenções, estabelecendo as respectivas penas; a Medicina Legal (aí compreendida a Psiquiatria Forense), aplicação específica das ciências médicas, paramédicas e biológicas ao Direito; Psicologia Criminal, cuja matriz é a Psicologia (comum), ciência ocupada com a mente humana, seus estados e processos; a Antropologia Criminal (Ferri, Lombroso e Garofalo), que assume para si a responsabilidade de pesquisar e desenhar supostos perfis dos infratores penais, a partir de disposições anatômicas e estigmas somáticos particulares, hoje um pouco desprovida do crédito que foi desfrutado antigamente; a Sociologia Criminal (subdivisão da Sociologia, filiada à Sociologia Jurídica), fundada por Enrico Ferri, que visualiza o ilícito penal como fenômeno gerado no desenvolvimento do convívio, em escala ampla, dos homens, analisando a importância direta ou indireta do ambiente social na formação da personalidade de cada um; a Psicossociologia Criminal, subordinada a Psicossociologia, suma psicológica dos fatos sociais; a Política Criminal, que rastreia e monitora os meios educativos ou intimidativos de que dispõe ou deve dispor o Estado, inclusive no terreno da elaboração legislativa, para o melhor desempenho, em seu papel de prevenir e reprimir a criminalidade, procurando ela, paralelamente, fornecer fórmulas para se achar a proporção ideal entre a gravidade da conduta de um determinado criminoso ou contraventor penal e o quantum da sanção a aplicar-lhe, face a face com a situação concreta; a Lógica Jurídica, no seu segmento que se dirige para a fenomenologia e a problemática do crime, lastreada na Lógica formal, pura (ciência da razão, em si mesma).

⁸ Nessa linha, a da teoria de Edwin H. Sutherland (1949), sobre a criminalidade do colarinho branco, surge como modelo criminológico que melhor explica a relação entre a benevolência da lei penal aos crimes econômicos, bem como o certo grau de tolerância com esses crimes e a cifra oculta dessa espécie de delitos. O autor identifica os crimes do colarinho branco como aqueles cometidos por pessoas dotadas de respeitabilidade e elevado *status* social, no âmbito de suas profissões. Seria, pois, o agente que racionalmente dirige sua conduta sopesando riscos e benefícios.

⁹ Como já exposto, há, até então, consenso de que a delinquência seria um fenômeno social complexo, com suas próprias leis, inserido em um meio sociocultural determinado, não podendo ser tratado com regras gerais, mas particulares de cada região.

Como será analisado adiante, essa postura se assemelha em muito com necessidade de tomadas de decisões que um empresário¹⁰ se depara no seu dia a dia. Por outro lado, o combate a essa postura dos agentes investigados deve passar pela consideração desse novo paradigma e pela análise racional das estratégias com maiores chances de êxito.

1.1.1 Paradigma da racionalidade na tomada de decisão do delinquente

Surge, assim, o pensamento em torno da alteração do paradigma de não racionalidade dos agentes envolvidos em práticas delitivas em contexto de organizações criminosas. Também essa linha de pensamento reflete sobre os instrumentos de seu combate.

Durante o Século XVII, conforme a Teologia, as pessoas eram consideradas como agentes morais livres, com capacidade para escolher entre o bem e mal, ou seja, com livre arbítrio (AGOSTINHO, 1995). A ideia de ilícito estava ligada à de pecado, sendo os “pecadores” responsabilizados conforme as ideias de expiação e redenção da alma. A punição nessa época era exemplar, pública e cruel, denominada de suplícios (FOUCAULT, 1987, p. 9-56).

Já no final do Século XVIII, com o surgimento dos códigos e da política penal nos Estados Unidos e na Europa, foi adotada uma concepção mais secular das características pessoais. Nessa época surge a ideia da criatura de hábitos de Locke (2012), conformada pela experiência e pela razão, manobrando racionalmente entre o prazer e a dor. Como forma de demover o delinquente da prática de maus hábitos, foi estabelecido o confinamento solitário com a privação sensorial. Passando por Howard e Bentham (apud FOUCAULT, 1987, p. 165-169), essa ideia de ser livre, racional e responsável com vontade própria perdurou até o final do Século XIX. Conforme Durkheim (2007), nesse período prevalece a concepção de que a pena se dirige aos homens de bem, e não aos criminosos. O crime é encarado como um fenômeno social e a punição como a ritualização da consciência coletiva.

A partir de então é que surgiram outras teorias, como figuras alternativas de subjetividade e personalidade. Foram criadas as categorias de “degenerado”, “débil mental”, “delinquente consuetudinário”, “ébrio”, “imbecil moral” e “sociopata”. Essas novas categorias

¹⁰ À guisa desse conceito realçado por Becker (1968), há crimes que objetivam tão somente a apropriação de recursos econômicos, ou seja, de ganhos pecuniários, usando ou não o atributo da violência. Neste sentido, o criminoso econômico pode ser encarado como um “empresário”, o qual é descrito por Schaefer e Shikida (2001) como um agente que irá organizar a sua produção, reunindo os fatores de produção disponíveis, e assumindo os riscos inerentes à atividade criminal. As expectativas do “empresário” criminoso também são de auferir lucro ou prejuízo. No caso de malogro de uma operação ilegal, o prejuízo pode significar punições previstas no Código Penal.

permitted to identify the “marginalized” and the “problematic” in dissynchrony with the policies and institutionalized compromises, having the penalty the role of conforming and of controlling, or watching these people (GARLAND, 1999, p. 312-315).

More recently, sociological studies on the causes of criminality led to a macro-social approach to criminality and violence¹¹ with focus on risk factors that predispose to crime, such as the concentration of poverty, the structures of opportunity available to excluded populations, the decline of social capital, the socialization of gender, among others. According to the theories developed in the Chicago School, the factors of environmental and situational nature can collaborate for the occurrence of crimes (BEATO, 2012).

As an example of this more recent approach, it stands out the theory of differential association (SUTHERLAND, 1974). It asserts that the practice of criminal behaviors systematized would be learned in direct or indirect association with the practitioners of this type of behavior. Or, in other words, the engagement or not in a criminal career would depend on the intensity and frequency of interactions with the behavior, as well as the opposite. In this process of “learning” there would be included both techniques for the commission of crimes, as well as the specific direction of motives, acts, rationalizations and attitudes. These latter would be, primarily, learned through visions of respect for the law as favorable or unfavorable. In some societies, the individual would be surrounded by people who observe the norms, while in others would receive influences favorable to the violation of these rules. These two types of stimuli would be two forces in constant opposition.

In this reasoning it fits the theory of Weber (1999), of the rational action of the agent, once that dissuasion presupposes that the agents are capable of rationally measuring the means in relation to the objectives and these in relation to the results. For Weber (1999), in sociological terms, when one speaks of rationality, necessarily one must speak of action, for rationality is always an action oriented rationally for a determined end.

This idea can also be perceived in the work of Becker (1968), having the winner of the Nobel Prize in Economics based his work on the behavior of the criminal, highlighting the factors that would motivate and those that would inhibit the commission of crimes. The market of crimes, then, would be similar to any labor market, with the peculiarity of its legality. Therefore, the criminal would act in a rational manner, responding to incentives and

¹¹ São exemplos a Teoria da Associação Diferencial (Aprendizagem Social) de Edwin H. Sutherland (1974); a Teoria do Autocontrole de Michael R. Gottfredson e Travis Rirch (1990) e a Teoria da Anomia (strain) de Robert K. Merton (1949).

avaliando riscos. Para tanto, antes de agir um criminoso avaliaria os ganhos e os custos implicados em sua ação.

Essa ideia de racionalidade também fundamenta, historicamente, o "progresso" em direção ao Estado burocrático, que sentencia e administra na base de um direito racionalmente estatuído e de regulamentos racionalmente concebidos, e encontra-se em conexão muito íntima com o desenvolvimento capitalista moderno. Do mesmo modo, a empresa capitalista moderna fundamenta suas decisões no cálculo. Portanto, também ao Estado se requer uma justiça e uma administração, cujo funcionamento, pelo menos em princípio, possa ser racionalmente calculado por normas gerais fixas, do mesmo modo que se calcula o rendimento provável de uma máquina (WEBER, 1999, p. 529).

Weber (1999) destaca, ainda, que a mentalidade econômica própria do capitalismo implica um conjunto de hábitos mentais do trabalhador, dentre as quais a conduta calculista direcionada para maiores ganhos de salário e o autocontrole de si mesmo. Questiona, então, de que maneira esse conjunto de hábitos mentais, que fazem a mentalidade econômica do capitalismo, o seu espírito, foram racionalizados, isto é, tornaram-se a conduta dominante. Como se sabe, o autor encontrou uma resposta na Reforma Protestante como acontecimento histórico decisivo para a expansão da mentalidade econômica própria do capitalismo.

Nessa mesma linha é o propósito de Foucault (2000), à primeira vista semelhante ao de Weber (1999). Contudo, para Foucault o foco do problema não está na questão da mentalidade econômica, mas em um tipo de racionalidade governamental. Diferente de Weber, Foucault não está interessado na conduta em si, mas nas formas de condução, isto é, nos procedimentos concretos pelos quais se conduz a conduta dos indivíduos e que não se confundem com um processo de racionalização global de uma sociedade ou cultura.

Foucault (2000) destaca que, nessa grande história da razão, o aparecimento da racionalidade e do liberalismo possui a mesma importância e a mesma irreduzibilidade. Trata-se de um acontecimento histórico, decisivo e específico que marcou o nascimento de uma maneira inteiramente nova como os homens governam uns aos outros. Com o liberalismo, surge um tipo inteiramente inédito de racionalidade governamental. Foucault não saiu em busca de uma ideia matriz como fez Weber, mas forjou um tipo de abordagem chamada de *governamentalidade*. Propôs compreender a tendência verificada nas sociedades ocidentais que faz predominar um tipo específico de poder: o poder de governo, em detrimento de outros (poder religioso, soberano, disciplinar etc.)

Para Weber (1999, p. 525), o Estado moderno utiliza um meio específico que lhe é próprio, como também a toda associação política, a coação física.

Seja sob o prisma do indivíduo, direcionado pela sua ação racional, seja pela racionalidade como forma de poder para obtenção de governabilidade, o ponto em comum é o pressuposto da sua racionalidade. O primeiro analisa a racionalidade sob a ótica do indivíduo, o segundo sob a ótica do Estado.

Para um combate à criminalidade organizada de modo eficiente, partindo-se do pressuposto da racionalidade dos agentes envolvidos, é de destaque a teoria da dissuasão da pena (CARNELUTTI, 2004, p. 73). Para ela, a punição provoca o sofrimento de quem cometeu o delito, criando um contraestímulo ao cometimento de delitos por outros, trazendo a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal. Sobre a dissuasão, Becker (1968) afirma que a probabilidade de um infrator ser descoberto e condenado, a natureza e a extensão de punições diferem muito de pessoa para pessoa e de atividade para atividade. Contudo, a certeza da punição tem mais peso dissuasório que a sua dimensão ou severidade.

Cabe destacar que a racionalidade dos agentes delitivos está relacionada à mensuração de riscos, mas não pode ser equiparada à puramente matemática ou à aplicada por uma máquina. Sobre essa perspectiva, da racionalidade limitada, Richard Thaler¹² (2015), também vencedor do Nobel de Economia, contribuiu com a economia comportamental¹³ por meio da inserção da psicologia da tomada de decisões.

O autor acima citado desenvolveu a teoria da contabilidade mental, explicando como as pessoas simplificam a tomada de decisões, incorporando pressupostos psicologicamente realistas em análises de tomada de decisão econômica. Ao explorar as consequências da racionalidade limitada, das preferências sociais e da falta de autocontrole, ele mostrou como esses traços humanos afetam sistematicamente as decisões individuais, o que também pode ser

¹² Thaler (2015) e seus colegas criaram o jogo do ditador, uma ferramenta experimental que tem sido utilizada em numerosos estudos para medir as atitudes em relação à equidade em diferentes grupos de pessoas ao redor do mundo. O vencedor do jogo pode escolher como divide o dinheiro entre ele e os perdedores. Quem perde pode vetar a decisão e, neste caso, ninguém ganha nada. Racionalmente, o certo seria o perdedor aceitar qualquer valor, pois ganha mais do que zero. Na prática, as pessoas preferem não ganhar nada do que ganhar pouco. Ele mostrou como analisar os problemas de autocontrole usando uma espécie de planejador, que é semelhante aos métodos que os psicólogos e os neurocientistas usam para descrever a tensão interna entre o planejamento de longo prazo e a execução de curto prazo e descreveu que as pessoas relutam em poupar hoje, mas aceitam guardar parte dos seus rendimentos futuros para a aposentadoria, como o próximo aumento de salário (desconto hiperbólico).

¹³ Outros expoentes são Kahneman e Tversky (1979), cujos trabalhos serviram de base para o entendimento das flutuações que dos mercados em confronto à lógica. Um dos textos mais prestigiados foi escrito para a revista Science, em 1979, com o título “Teoria do Prospecto: uma Análise das Decisões em Situações de Risco”.

chamado de vieses cognitivos. Mentalmente, haveria uma tendência de enfoque no impacto de cada decisão de forma individual e não no seu efeito geral.

Feitas essas ponderações, a seguir será explorado o contexto de criminalidade organizada dirigida por essa racionalidade e será traçado um paralelo com os fenômenos da globalização e das revoluções tecnológicas. Entretanto, antes é necessário destacar que essa mudança também é percebida no campo da Dogmática do Direito Penal, direcionado pela política criminal, em que se verifica uma mudança relativa aos bens jurídicos tutelados e nos estudos do perfil do criminoso.

Não se quer dizer que desapareceram os crimes contra bens jurídicos individuais, nem que tenha desaparecido o crime individual, mas há uma tendência de abstrativização do bem jurídico e uma coletivização da autoria¹⁴, com o estabelecimento de bens jurídicos abstratos e tipos plurisubjetivos. Tal fato se deve à necessidade de adequação da resposta do Direito Penal às modalidades modernas de criminalidade, em que o risco é introjetado na sociedade¹⁵.

Outra questão de relevo é o discurso sobre a impunidade, tendo sido destacado na década de 1980 nas doutrinas de tolerância zero ou *neorretribucionistas*¹⁶. Entretanto cabe destacar que o fenômeno já é conhecido e estudado desde os anos 1930 pelos economistas, com teóricos da economia do crime.

Os fenômenos da impunidade e da dissuasão também são problemas enfrentados, atualmente, pelo sistema de Justiça. A partir delas, bem como da necessidade de segurança, se desenvolvem mecanismos de controle social, por vezes entendido como repressão política.

Como já mencionado, nesse ponto se destaca a contribuição da Criminologia Crítica de Barata (2002, p. 9-20). Por meio dela altera-se o foco de estudo da Sociologia do Direito Penal para o *status* social do criminoso. Observam-se, então, os processos sociais em larga escala, de forma macro, e fica claro que a teoria do conflito social gravita em torno das alianças e lutas entre grupos que disputam poder. No caso das organizações criminosas, como será destacado, o ciclo se dá na obtenção de poder econômico, poder político e na legitimação dos ganhos ilícitos.

¹⁴ Essa classificação remonta ao conceito de Nelson Hungria (1958) de perigo presumido ou concreto, coletivo (ou comum) ou individual.

¹⁵ Beck (2010) leciona que a sociedade de risco é aquela e quem se confronta com as consequências não desejadas da decisão humana.

¹⁶ Com suas origens em 1892 nos Estados Unidos após a publicação da “Teoria das Janelas Quebradas” na revista *The Atlantic Monthly*, baseada nos experimentos de Philip Zimbardo.

1.2 A GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA E DA CRIMINALIDADE E O SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O acúmulo de conhecimento e a aceleração da troca de informações foram intensificados pelo fenômeno da globalização, principalmente após a segunda metade do Séc. XX. O desenvolvimento de novas tecnologias e a profissionalização das economias dos países, de uma forma macroeconômica, bem como das empresas, de uma forma microeconômica, não ficaram adstritas somente a essas esferas da sociedade, ou seja, da economia lícita. Esse fenômeno também é perceptível dentro de atividades consideradas ilícitas, ou o que se denominou de economia do crime¹⁷.

É inegável que a sociedade se transformou nas últimas décadas. Diante dos novos arranjos sociais e da relação desses com o poder formalmente instituído é possível observar a elevação da importância das organizações. Para as ciências sociais, organização pode ser conceituada como:

[...] conjunto formalizado e hierarquizado de indivíduos integrados para garantir cooperação e coordenação dos membros para a perseguição de determinados escopos, ou seja, como uma entidade estruturada dotada de ideais explícitos, de uma estrutura formalizada e de um conjunto de regras concebidas para modelarem o comportamento em vista da realização daqueles objetivos. (BECHI, 2000, p.42).

Como já exposto, esse fenômeno organizacional também repercute na criminalidade. Nesse contexto é que se estuda, atualmente, a criminalidade organizada. Segundo Aldo Musci (2011), a criminalidade organizada consistiria em uma forma de globalização invertida, precedente, inclusive, à globalização das relações sociais (e das relações econômicas, das comunicações, do transporte etc.). Por meio dela seria formado um fluxo perigoso e pernicioso de criminalidade (relacionado ao tráfico ilícito de drogas, armas, pessoas, tabaco, lixo tóxico, mercadorias, dinheiro, entre outros).

Existem diversas definições com pontos semelhantes, mas de conteúdo distinto sobre o qual seria o conceito de “organização criminosa”¹⁸. Entretanto, há certo grau de consenso que

¹⁷ Uma referência à análise econômica da criminalidade, da segurança e da violência tomando por base o trabalho de Gary S. Becker, intitulado *Crime and Punishment: an economic approach*. A peça central do modelo de Becker é o raciocínio econômico do ponto de vista do indivíduo, considerando a atividade criminosa como o resultado de uma série de parâmetros sociais e a busca da situação ótima do ponto de vista da sociedade, considerada como sendo a situação de custo total mínimo.

¹⁸ O artigo 416 do CP italiano prevê “organização criminosa do tipo mafioso”. Na Califórnia (Estados Unidos), organização criminosa “consiste em duas ou mais pessoas que com continuidade de propósitos, se engajam em uma ou mais das seguintes atividades: (1) provimento de coisas e serviços ilegais, vícios, usura; (2) crimes predatórios” (distribuídos em cinco categorias: extorsões; operadores de vícios; furtos/roubos/receptações/estelionatos; gangues; terroristas. Para o *Pediment's commission on organized crime* - comissão presidencial sobre crime organizado (tradução livre), órgão criado no governo de Ronald Reagan, Organização

são um tipo especial de associação¹⁹ de pessoas que, valendo-se de pontos frágeis e mais vulneráveis do Estado, caracterizadas por um poder variante, formam sua base territorial nos espaços físicos onde melhor possam tirar proveito (MENDRONI, 2014, p. 2).

De forma mais simples, a categoria denominada de organização criminosa trata de um grupo de pessoas que se dedica a algum negócio, qualquer que seja, declaradamente ilícito pela lei, colocando em um mercado ilegal algum bem ou serviço. Em outras palavras, do ponto de vista capitalista, trata de uma espécie de empresa cujo objetivo é, em última instância, obter renda monetária por meio de atividades ilícitas.

Criminosa é constituída por pessoas que utilizam a criminalidade e violência e admite a utilização de corrupção para o fim de obter poder e dinheiro” (revelam as seguintes características: continuidade (para além do período de vida dos seus integrantes, o grupo tem consciência que o seu líder e os membros devem ser renovados com o tempo), estrutura (o grupo é estruturado hierarquicamente em setores especializados, baseado no poder de uma autoridade), afiliação (o grupo é formado através de formações comuns, e potenciais candidatos devem demonstrar aptidões, as vezes exigindo-se uma “prova”, e em troca recebem benefícios, como proteção, prestígio, ganhos econômicos e o sentido de “pertencer”.), criminalidade (há ganhos financeiros e metas definidas atingidas pelo cometimento de crimes), violência (a prática de ameaça e violência são ferramentas básicas para controle e proteção de seus membros e seus interesses), poder e dinheiro (em volta dos quais os seus membros se unem. A força política é obtida por meio da corrupção de agentes públicos e a sua manutenção ocorre por meio de “protetores oficiais”). Segundo o *Federal Bureau of Investigation* – FBI, Organização Criminosa consiste em qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso da violência, corrupção, fraude ou extorsões, e geralmente têm significativo impacto sobre os locais e regiões do País onde atuam. Para a *International Criminal Police Organization* – INTERPOL, Organização Criminosa consiste em qualquer grupo que contenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática da corrupção. O Fundo Suíço de Investigação Científica – FNSIC, há crime organizado (transcontinental) quando uma organização cujo funcionamento se assemelha ao de uma empresa internacional, pratica uma divisão de tarefas muito rigorosa, dispõe de estruturas hermeticamente separadas, concebidas de forma metódica e durável, e quando procura obter o máximo de lucros possível cometendo infrações e participando na economia legal. Para tal a organização recorre à violência, à intimidação, e procura influenciar a economia e a política. Apresenta, geralmente, uma estrutura fortemente hierarquizada e dispõe de mecanismos eficazes para impor as suas regras internas. Os seus protagonistas são, além do mais, altamente intercambiáveis. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas - ONU conceitua com Organização de grupos visando à prática de atividades econômicas; laços hierárquicos ou relações pessoais que permitem que certos indivíduos dirijam o grupo; o recurso à violência, à intimidação e à corrupção; e à lavagem de lucros ilícitos. Já a União Europeia – EU, entende por associação estruturada de mais de 2 pessoas estabelecida durante um período de tempo e que atue de maneira concertada com o fim de cometer delitos punidos com pena privativa de liberdade ou medida de segurança de privação de liberdade de ao menos 4 anos, consistindo estes delitos um fim em si mesmos ou um meio de obter benefícios patrimoniais e influir de maneira indevida no funcionamento da autoridade pública. Por fim, na Convenção da ONU Contra o Crime Organizado, Convenção de Palermo, consta que é o “grupo estruturado de 3 ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciados na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.” (Decreto. 5014/2004)

¹⁹ Essa associação é diferenciada diante do fato de que nela se verifica uma verdadeira estrutura organizada, com articulação, relações, ordem, objetivos, com intenso respeito às regras e autoridades. Um exemplo foi a *Cosa Nostra*, tendo sido assassinado o Juiz Giovanni Falcone, em Lodato. (La confessione di Giovanni Brusca. Milano: Mandadori Editore, 1999, p. 67.)

1.3 UMA TIPOLOGIA DOUTRINÁRIA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Observando essa complexidade e seu poder variante, Mingardi (1998) propõe a classificação das organizações criminosas em dois tipos: o modelo tradicional e o modelo empresarial. O primeiro geralmente se diferencia bastante das empresas capitalistas clássicas, por estarem envolvidas em complexas redes de clientelismo e por disporem de uma milícia, como por exemplo, alguns grupos narcotraficantes. Há nelas o uso da violência como forma de intimidação. O modelo empresarial, por sua vez, aparentemente, trata de uma organização mais simples, distante das relações clientelistas. Talvez por isso não se baseiem na honra, lealdade e obrigação. Não costumam possuir milícias, se assemelhando muito mais com uma empresa capitalista lícita. Ambos os modelos obedecem a uma hierarquia mais ou menos rígida, possuem planejamento empresarial, previsão de lucros e divisão do trabalho.

Já Mendroni (2016, p. 327) faz a distinção entre organização criminosa e organização criminosa econômica, destacando a última como “empresas criminosas”. Essas seriam notabilizadas pela prática de crimes econômicos, com fraudes, lavagem de dinheiro, formação de cartéis e outros, sem a predominância de práticas violentas, mas com maior incidência de crimes de corrupção e outros crimes contra a administração pública. Ou seja, são estruturadas para a prática de crimes lucrativos ou econômicos (BECKER, 1968)²⁰.

Feitas essas distinções, sob as formas e estruturas, a doutrina classifica em quatro tipos as organizações criminosas, quais sejam: (i) tradicional; (ii) em rede; (iii) empresarial; e (iv) endógena (MENDRONI, 2016, p. 29-33).

A forma tradicional é a que utiliza de intimidação, extorsões e certo grau de violência, além possuir códigos e hierarquias rígidos e severas sanções contra os que os desobedecem. São exemplos mais clássicos dessa forma tradicional as máfias, com a *Cosa Nostra* e o Cartel de Medellín.

A forma empresarial é originada no âmbito de empresas ilícitas, entendidas como atividades comerciais direcionadas, porém licitamente constituídas. Os empresários se aproveitam da própria estrutura hierárquica da organização da empresa, mantendo suas atividades primárias lícitas e secundariamente praticando crimes (fiscais, ambientais, cartéis,

²⁰ Segundo o autor haveria o crime lucrativo ou econômico e, de outro lado, o não-lucrativo ou não-econômico. Como exemplos para o crime econômico têm-se: furto, roubo ou extorsão, usurpação, apropriação indébita, estelionato, receptação, crimes contra a propriedade imaterial, contra a fé pública, contra a administração pública, tráfico de entorpecentes (droga); e para o caso do crime não-econômico têm-se todos aqueles não incluídos no primeiro caso como, por exemplo, homicídio, estupro, abuso de poder, tortura, etc.

fraudes, lavagem, estelionatos, etc.). Nelas, há uma dificuldade prática muito grande em separar o capital lícito do ilícito, pois estão mesclados ou misturados.

Esse modelo teria sido idealizado por Dwight Smith (na obra *The Mafia mystique*, 1974)²¹. Segundo o autor, o mercado ilícito visa atender demandas não satisfeitas pelos mercados lícitos e o enfoque de repressão não deve ser nas pessoas ou líderes, mas na compreensão do comportamento organizacional no campo do mercado ilegal. Assim, um dos pontos centrais para além da figura do delinquente é a análise da demanda que ele supre nesse mercado ilícito.

Edmundo Oliveira Filho (2002) também se filia à estrutura empresarial, distinguindo cinco setores na sua estrutura: o centro de comando; o centro de inteligência; a coordenação e o controle; as unidades operacionais; e as unidades periféricas²².

A forma endógena, por sua vez, tem como característica a sua ação se dar dentro do próprio Estado, em todas as suas esferas. É formada, essencialmente, pelo envolvimento de políticos e agentes públicos de todos os escalões (como exemplo destacam-se as organizações desveladas nos Anões do Orçamento, no Mensalão, nas Sanguessugas, nos Correios, na Satiagraha, no Castelo de Areia, na Máfia dos Fiscais, nas Milícias e na Lava Jato, entre outras). A doutrina alemã denomina essa categoria de *Kriminalität der Mächtigen*²³ (Criminalidade dos Poderosos, em tradução livre).

Por fim, a forma em rede é a que detém como principal característica a globalização. Esse modelo foi idealizado por Williams Chambliss (1981). Ela forma-se por meio de um grupo de *experts*²⁴ sem base territorial definida, vínculos, ritos ou critérios mais rígidos hierarquicamente. É provisória e se aproveita das oportunidades que surgem em cada setor e

²¹ O modelo foi baseado no estudo de Alan Block, divulgado em 1983, sobre a centralização do crime organizado observada em Nova Iorque entre 1930 e 1950 (*The snowman cometh*). Foi constatado que as organizações criminosas eram controladas por sindicatos empresariais e por sindicatos de poder, os primeiros organizados para o fornecimento de bens e serviços e os segundos em associações baseadas na força, com o objetivo de controle do mercado informal.

²² O centro de comando estaria situado no ápice da pirâmide, em uma seleção bastante reduzida de membros e traçaria os objetivos a serem alcançados. O centro de inteligência, com quantidade superior de integrantes, mas ainda restrito, consistiria no núcleo da adoção das decisões e proteção da estrutura. O centro de coordenação e controle é incumbido de articulação. As unidades operacionais desenvolveriam as atividades em si.

²³ A Criminalidade dos Poderosos é descrito como um conceito criminológico discutido desde meados da década de 1970, especialmente no contexto da criminologia crítica. Segundo Sebastian Scheerer, é "a soma dos crimes cometidos para fortalecer ou defender o poder superior". (Sebastian Scheerer, in: Günther Kaiser, Hans-Jürgen Kerner, Fritz Sack und Hartmut Schellhoss (Hrsg.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Heidelberg 1993, S. 246–249, S. 246.)

²⁴ "Experts who have the ability to cover up the source of funds maintain public offices, and often times high-profile positions, creating and supporting the purported legitimacy of their methods. This comfortable existence, and the profits generated by these activities, had enabled illicit funds to gradually infiltrate the legitimate financial and economic markets." (TURNER, 2011, p. 13)

em cada local. Ela se forma através de indicações e contatos existentes no ambiente criminal, sem qualquer compromisso de vinculação, e age em determinado espaço territorial favorável para a prática dos delitos propostos, durante tempo relativamente curto e depois se dilui, sendo que seus integrantes vão se unir a outros agentes e formar um novo grupo e outro local. Qualquer que seja o controle existente, não estaria no seio da própria organização, mas no seu exterior, infligido por poderosas forças políticas e econômicas na comunidade, ao mercado ilegal.

Esse tipo de estrutura torna muito difícil a sua repressão, pois se aproveitam de vulnerabilidades dos Estados, buscando otimização de seus ganhos, e por vezes suas lideranças se encontram fora do território em que as práticas criminosas são desenvolvidas.

Contudo, essa divisão serve para fins didáticos, não sendo tipologias estanques. Modernamente é verificada a mescla entre os tipos, sendo destacadas algumas características de predominância para sua categorização. Por exemplo, uma organização criminosa pode ser do tipo rede-endógena, mantendo *experts* que reúnem habilidades para esconder, dissimular e transferir fundos ou bens, criando métodos que os tornem aparentemente de origem lícita. Além disso, se valem de agentes políticos de altos escalões para realizarem transações financeiras e comerciais que camuflam seu verdadeiro propósito, utilizando-se de “laranjas” ou de “testas-de-ferro” de empresas públicas.

Raúl Cervini (1997) identifica três percepções distintas sobre o modelo estrutural organizacional assumido por essas organizações criminosas. A primeira, conforme Donald Cressey (1969), se espelharia no modelo burocrático corporativo. A segunda se espelharia no modelo empresarial, aplicando preceitos do mundo dos negócios lícitos no domínio ilícito. A terceira é vista como uma configuração de redes de pessoas associadas em caráter vago, desenvolvendo individualmente atividades criminosas relacionadas, em um sistema de redes informais de relações entre patrocinadores e clientes.

Esse clientelismo, conforme destaca Howard Abadinsky (2000, p. 156), descreveria o crime organizado ítalo-americano.

A opção por uma estrutura horizontal não implica na desconsideração de uma hierarquia. Abel Gomes (2000, p. 5) destaca que a divisão de tarefas dentro de uma estrutura hierarquizada verticalmente, decididas em uma estrutura horizontal, não invalida a hierarquia. Ainda assim é constatado que alguns dos seus integrantes possuem um *status* de maior relevo, por qualquer manifestação de poder.

Rodolfo Maia (1997, p. 15-16) destaca um processo de transição²⁵, no qual está presente a associação de organização criminosa e corporação, para superar a forma tradicionalmente verticalizada com a adoção de um formato similar à concessão de franquias. Nessa estrutura, um pequeno número de pessoas exerce uma grande influência e acumula consideráveis quantidades de ganhos.

Quando se observa, não mais a estrutura, mas o ciclo criminal, percebe-se que primeiro são praticados os crimes principais com objetivo de ganho de dinheiro e poder, em seguida são cometidos os crimes secundários, para dar suporte aos primeiros e ajudar no objetivo das organizações criminosas e, por fim, é praticada a lavagem de dinheiro, no intuito de legalizar os ganhos ilícitos e permitir a fruição dos bens conquistados ilicitamente.

Quanto aos objetivos, é denominador comum, presente em todas essas organizações, a busca de capital financeiro²⁶ e, posteriormente, de capital político. Após a conquista do poder econômico, a tendência é a busca e conquista de poder político para a manutenção da sua estrutura e expansão de suas atividades. Dificilmente uma estrutura de organização criminosa perdura por grande período de tempo e prospera sem algum nível de tolerância do Estado em que está inserida.

Portanto, um dos problemas que deve ser destacado, relativamente às organizações criminosas, é o aviltamento do sistema democrático para a consecução de fins ilegítimos e ilícitos, com o desvirtuamento da representatividade. Seja pela compra de apoio político, seja por meio de intimidações, o distanciamento dos representantes dos cidadãos gera o deterioramento da representatividade e uma descrença na máquina do Estado, bem como nos seus agentes²⁷.

1.4 O FIM DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O FIM DO ESTADO

O enfoque, no presente trabalho, é dado sobre a tensão gerada por estas novas formas de organizações, com seus refinamentos, e a atuação do sistema de Justiça. A análise econômica, como ferramenta de interdisciplinaridade, leva a um modelo explicativo do comportamento

²⁵ O autor chama de McDonald's-ização of the Mafia.

²⁶ Com relação à busca de capital financeiro, sobre os crimes lucrativos ou econômicos, Becker (1968, p.170) destaca que “[...] ‘crime’ is an economically important activity or ‘industry’, notwithstanding the almost total neglect by economists”.

²⁷ Atualmente alguns economistas têm demonstrado interesse por este problema, posto que o aumento da criminalidade pode arrefecer o nível de atividade econômica de uma região à medida que desestimula novos investimentos, também se verifica que os preços dos produtos são majorados com a incorporação dos custos com a segurança.

organizacional no campo do mercado ilegal, bem como a um alinhamento institucional no seu combate.

A tensão reside no ponto em que se torna premente a necessidade de se buscar soluções legais para o refreamento da proliferação e prosperidade dessas organizações marginais, sem abrir mão da observância aos direitos e garantias individuais (BALTAZAR, 2010, p. 83). Portanto, é questão fundamental a postura do Estado Democrático de Direito frente a criminalidade organizada., ou seja, como o Estado responde a esse problema social e criminológico. A profissionalização dessas estruturas criminosas, cada vez mais presente, demanda o aprimoramento do próprio Estado. Diante da constatação que os meios de combate e repressão dessas atividades precisam ser repensados, há uma premência e urgência no estabelecimento de novos *standards* e procedimentos.

Os métodos e técnicas tradicionais se mostraram insuficientes e ineficientes, diante do crescimento e prosperidade das organizações criminosas em nível global²⁸. A legislação criminal também se vê diante da emergencial necessidade de adaptação. Diante da maior complexidade e do refinamento no cometimento dos crimes, duas saídas são postas para mudar as regras probatórias e/ou incrementar a atividade investigativa.

Por outro lado, a participação de agentes públicos em organizações criminosas tem sido fator que pode justificar a dificuldade de atualização ou modernização das legislações de combate à criminalidade organizada para além da justificativa de aviltamento de direitos e garantias fundamentais. A proliferação dessas estruturas paralelas tem como explicação certo grau de tolerância ou mesmo de aproximação do Estado, por meio dos seus agentes “legitimamente” e legalmente instituídos (MINGARDI, 1998).

Sob o aspecto econômico, o enfrentamento com Estado pode não ser interessante para essas organizações criminosas. O alinhamento e a cooptação de agentes tende a ser um ponto de equilíbrio mais eficiente quando as instituições e os mecanismos de controle são fragilizados ou incipientes.

Essa situação pode ser exemplificada pelos diferentes desfechos dos carteis colombianos. Enquanto o de Medellín, tendo seu expoente em Pablo Escobar, optou por um enfrentamento direto contra o Estado, o de Cali optou por um caminho estável de simbiose com a máquina estatal. Outros exemplos de enfrentamento do Estado é o que ocorreu em 2006 na capital Paulista, conhecido como onda de ataques do PCC²⁹, ao passo que a máfia italiana

²⁸ Como exemplo: as máfias sicilianas, americanas, turcas e russas, a *Yakusa* no Japão, os cartéis na Colômbia, as tríades chinesas, entre outras.

²⁹ Foi a primeira vez que os ataques da facção deixaram as prisões, sendo a primeira megarrebelião registrada em

também percebeu as vantagens de um alinhamento com o governo italiano, como pôde ser verificado no desenrolar do *Maxiprocesso di Palermo*. Também é possível verificar alinhamento no México, como no caso do general José de Jesús Gutiérrez Rebollo³⁰.

Especificamente sobre o Brasil, tal necessidade é ainda mais proeminente, pois a característica endógena das organizações criminosas tem sido corriqueiramente verificada nas recentes investigações criminais. Nos recentes escândalos de corrupção desvelados pela Lava Jato, quando não participam diretamente, os agentes públicos eram corrompidos para viabilizar a execução das ações criminosas (fraudes em licitações, superfaturamento de obras e serviços, alvarás, falsificações, entre outros).

No âmbito internacional, como já destacado, também é reconhecido esse fenômeno e, em torno dele, tem se formado certo consenso sobre a necessidade de especialização no combate à criminalidade organizada, de forma diferenciada da criminalidade comum. Enquanto nessa é verificado o mero vínculo associativo entre os agentes envolvidos, naquela constata-se uma verdadeira estrutura organizada, hierarquizada e especializada, com articulações, relações, ordem, objetivos, com intenso respeito a regras e autoridades internamente instituídas.

De outro lado, também é cada vez maior o grau de consciência sobre os efeitos deletérios³¹ para a sociedade, a economia e a democracia com a proliferação e a manutenção desse tipo de criminalidade. Nesse contexto, de tendência (e influência) mundial, têm sido adotadas medidas especiais de combate à criminalidade organizada para o seu refreamento. Dito de outra forma, com a globalização da economia e a necessidade de segurança para investimentos em multimercados, bem como da proliferação de estruturas supranacionais multilaterais, houve um aumento da pressão internacional para maior eficiência no seu combate e refreamento.

2001. Em resposta aos ataques, agentes do Estado e grupos de extermínio saíram às ruas para retaliação, deixando 564 mortos e 110 feridos entre os dias 12 e 21 de maio de 2006. Tudo isso sem confronto direto entre a facção e os agentes públicos. Nos primeiros dias 33 agentes públicos e 51 civis foram assassinados, nos seguintes, 26 agentes públicos e 454 civis foram assassinados. O fim da situação se dá no mesmo momento em que há um encontro secreto entre a cúpula do governo e o líder da facção. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/crimes-de-maio-causaram-564-mortes-em-2006-entenda-o-caso>>.

³⁰ Rebollo foi militar de carreira mexicano que alcançou o posto de general de divisão e comandou a Quinta Região Militar no México, tendo inclusive, trabalhado para o Gabinete do Procurador Geral do México. Em 1997, as autoridades mexicanas obtiveram uma gravação de Gutiérrez e Amado Carrillo Fuentes com a discussão de pagamentos a serem feitos em troca de ignorância das atividades ilegais relacionadas ao tráfico de drogas.

³¹ Como exemplos podem ser citados os alinhamentos verticais e horizontais dos mercados, tornando artificial a concorrência entre as empresas, a redução de arrecadação tributária e sua consequente diminuição de receitas para o Estado executar suas finalidades, tráfico de pessoas, armas e drogas, conflitos urbanos por espaços territoriais, deterioração dos serviços públicos, entre outros.

Em reação a essa influência mundial, é possível identificar certo grau de mimetismo institucional³², conforme Meyer e Rowan (1983), no que se refere aos mecanismos específicos de combate. Diante do poder que essas organizações vêm apresentando, esse “consenso” internacional (e institucional) sobre as medidas especiais para o combate da criminalidade organizada constituem o chamado “Direito Penal de criminalidade diferenciada” (GRECO, 2014, p. 9). Tais medidas podem ser evidenciadas pelo compromisso internacional assumido na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)³³.

Não indene às críticas, adota-se como premissa, que tais medidas não se opõem ao Estado Democrático de Direito, porque se encontram dentro do sistema democrático e, exatamente, visam preservar os seus valores. Atualmente estão em voga discussões sobre o alcance da extensão da presunção de inocência³⁴ e *lawfare*³⁵, sobre os quais não será discorrido por delimitação temática.

Tal alinhamento, ainda que com nomenclaturas diversas, pode ser verificado pela rápida leitura de previsões normativas inseridas nos ordenamentos da Espanha³⁶, Alemanha³⁷, Itália³⁸, Inglaterra³⁹, Estados Unidos⁴⁰ e Brasil⁴¹.

Portanto, pode-se entender que, no que se refere aos mecanismos de refreamento da criminalidade organizada, há certa integração e uniformização internacional. Ou seja, verifica-se também um processo de globalização nesse aspecto. Nesse ponto a crítica de Costa e

³² Segundo a Teoria Institucional, para a sobrevivência das organizações não seria justificável somente pela sua capacidade adaptativa a especificações ambientais, mas também pela conformação a fatores normativos de apoio e legitimidade (Meyer & Rowan, 1983; Scott, 1983; Machado da Silva & Fonseca, 1991, op. cit. Valéria, p. 51). Para os adeptos da abordagem institucional, as organizações funcionam mediante a incorporação de orientações previamente definidas e racionalizadas, que contribuem para a legitimação de suas atividades e para a sua sobrevivência, independente da eficiência e da demanda da sua produção (Meyer & Rowan, 1983, op. cit. Valéria, p. 52).

³³ Previsto no artigo 20 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto 5.015 de 12 de março de 2014).

³⁴ Principalmente quando confrontada com as prisões provisórias no curso de processos ainda não transitados ou mesmo antes da prolação da sentença de primeiro grau.

³⁵ Termo que significa o uso estratégico do Direito, ou também pode ser encontrado como “guerra jurídica”, para aniquilamento do inimigo que pode carrear fins políticos ou ideológicos. Ou seja, a instrumentalização do Direito para finalidades a ele estranhas (MORAIS DA ROSA, Alexandre. Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction. Florianópolis: EMais, 2018.)

³⁶ Prevista nos artigos 376 e 579 do Código Penal – *delincuente arrependido*.

³⁷ *Kronzeugenregelung*.

³⁸ Prevista no artigo 192, §3º do Código de Processo Penal.

³⁹ Caso Rudd (1775) *Crown witness*. Caso Blunt (1964). Caso Smith (1972), in SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: procedimento probatório. São Paulo, Atlas, 2003, p. 67.

⁴⁰ No Estados Unidos a celebração de acordos entre a acusação e a defesa é algo muito difundido. É comum encontrar DPA's (*deferred prosecution agreement*) e NPA's (*non-prosecution agreement*), *pela bargaining*, etc.

⁴¹ Com diversas previsões normativas que serão expostas no capítulo relativo à colaboração premiada propriamente dita.

Marques (2006, p.814) reside na tendência inequívoca de homogeneização, que conduziria a um absolutismo global, e, por outro lado, a uma constante sensação de insegurança social.

Para se desvendar a forma em que são praticados os delitos no âmbito das organizações, bem como a sua estrutura, formas especiais de tratamento dos indivíduos são desenvolvidas dentro do Direito Penal de criminalidade organizada. Uma dessas vertentes é a celebração de negócios jurídicos processuais penais, ou o que tem sido denominado de Direito Penal Negocial.

2 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA, O PARADIGMA DO CONSENSUALISMO NA PERSECUÇÃO PENAL

Resumo: nesse capítulo são traçadas as bases de uma tentativa de superar a crise do sistema criminal, afetado pelo processo de aceleração tecnológica, do incremento da noção de risco. É verificada uma tendência mundial de desformalização processual, com o surgimento do modelo de justiça penal negocial, fundamentada no paradigma do consensualismo e como a introdução e expansão dos espaços de consenso no processo penal

Como já exposto no capítulo de contextualização, é premente repensar o sistema de persecução penal, em busca da superação da crise do sistema criminal. Tal necessidade pressupõe uma reforma, a começar pelo estabelecimento das premissas que devem orientá-lo.

2.1 SOCIEDADE DROMOLÓGICA: A ACELERAÇÃO DO TEMPO E A CRISE NO PROCESSO PENAL.

Na sociedade dromológica, em que as interações sociais são profundamente afetadas pelo processo de aceleração tecnológica, a noção de risco é destacada (MORIN, 1996, p. 16). O risco, entendido como o resultado não querido das escolhas feitas, passa a ser fator determinante. Como instrumental, a gestão traz a noção de que, diante da escassez de recursos e da infinidade de necessidades, o processo de tomada de decisão relativo às escolhas implica, necessariamente, em pensar o impacto do não querido ou das escolhas não feitas e o impacto indesejado do querido ou das escolhas feitas.

Essa dinâmica da expansão do risco abarca os mais variados setores, gerando uma crise institucional, e também invade o processo penal⁴². Como destaca Gloackner (2015, p.17) a aceleração do tempo também gera a aceleração do processo penal. Tal fenômeno gera a aceleração dos procedimentos, assim como está acelerada a vida social. O novo paradigma estruturante do processo penal aponta, então, para o conceito de eficiência.

Uma das consequências desse desencadeamento é a tendência de desformalização processual, conforme Gloeckner (2015, p.147). A posição do referido autor é de crítica relativamente a esse fenômeno, mas seu discurso é elucidativo. Ele destaca que a contingência jurídica é pautada pela excessiva complexidade fática, mas que a aceleração jurídica faz o fato jurídico nascer quase simultaneamente ao seu regulamento. Essa dinâmica é relativamente nova para o Direito, pois ele é entendido como elemento de estabilização das relações sociais por

⁴² O direito penal de risco está ligado à descoberta sociológica do risco, Niklas Luhmann (1991), conforme alerta PRITTWITZ, Cornélius. (O direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In RBCCRIM. a12. n47. São Paulo, 2004. p.38.)

meio dos seus preceitos normativos, que estão postos para solucionar pontos de atrito e conferir segurança e previsibilidade.

Segundo Alberto Binder (2004, p. 199-214), há dois grandes problemas a serem superados relativamente ao sistema criminal: a formulação do sistema criminal distanciado de uma política criminal e a cultura inquisitória ainda presente na América Latina. O atual estado de coisas estaria maculado por uma crise de eficiência do sistema criminal, diante da sua seletividade, e por uma crise da preservação da dignidade humana, muitas vezes violada pelo próprio Estado.

Diante da ameaça surge a necessidade de segurança, sendo o Direito Penal uma das promessas do Estado para conferir essa segurança à sociedade. A ruptura da norma passa a ser vista como ameaça à segurança (BAUMAN, 1999, p. 59). Nessa ótica, o risco traz uma sobrecarga para o Direito (GLOECKNER, 2015, p.147)

Esses fatores formam, segundo o autor, a base da crise de legitimidade e, portanto, da crise do sistema. Essa crise da legitimidade, afetaria, por sua vez, a própria ideia democrática, vez que é seu fundamento a crença no sistema eficiente e no poder dos juízes pelos cidadãos.

Para Pavarini (2004, p. 23-24) a inefetividade e a incerteza da reação punitiva do Estado fazem parte da estrutura permanente do sistema penal. Para ele, o sistema de justiça criminal é incerto e inefetivo durante todos os momentos do processo de criminalização secundária⁴³. Por isso, os critérios que procuram justificar a pena encontram obstáculo em sua crescente inefetividade. Embora aumente o número de condutas criminalizadas dia após dia, pune-se, afinal, pouco (pouco em relação à quantidade infinitamente maior das condutas efetivamente praticadas cujos autores, por várias razões, não são processados).

Há quem sustente que o aumento da legislação penal incriminadora, que também é chamado de sua hipertrofia, é inevitável. Tendo em conta a função fiscalizadora do Direito Penal, ou melhor, tendo em conta o entendimento que apenas o Direito Penal seria capaz de evitar condutas indesejadas, somente ele teria força para tanto⁴⁴.

2.2 O FIM DA PENA (IN)ÚTIL

⁴³ Entendido como aquele que decorre do processo de persecução penal. O processo de criminalização primária se dá por meio da inserção no sistema da previsão normativa (em abstrato).

⁴⁴ A criminologia nos ensina que um efeito colateral ao processo de hiperpenalização é justamente pôr em crise a função social do processo de criminalização, ou seja, o reconhecimento social do desvalor de algumas condutas.

A proposta desse trabalho não é aprofundar no estudo das teorias da pena, mas de traçar o estado da arte quando às suas funções. A ideia de quantidade de pena é supervalorizada, sendo a certeza de sua aplicação fator com maior carga dissuasória do que a sua quantidade. Assim, é necessária uma investigação sobre a pena, entendida como a razão de ser da ciência criminal. Por isso é necessário conhecer sobre as teorias sobre a pena, pois buscam, na pena justa, um conteúdo de utilidade.

2.2.1 Teorias da Pena

Tradicionalmente parte-se do pressuposto que a pena é o critério fundante da legitimação do castigo penal, conforme os ensinamentos de Francesco Carnelutti (1965, p. 4-9). Analisando os fins da pena, Pavarini (2004, p. 3-4) adverte que há, em princípio, dois modos de investigá-los: um filosófico e outro sociológico. O primeiro seria ideológico, procurando atribuir um fim à pena. O segundo, por sua vez, se preocupa com as funções reais da pena.

Para o ponto de vista sociológico, a também denominado de sociologia do Direito Penal, as penas servem, como outras instituições da socialização, à manutenção da diferenciação dos indivíduos, de instrumento de controle social. As normas do direito não apenas se aplicam seletivamente, refletindo as relações desiguais existentes, mas o sistema das penas exercita também uma função seletiva de produção e reprodução da desigualdade. A leitura sociológica evidencia a necessidade da pena como instrumento necessário à manutenção da estrutura desigual e vertical, da sociedade, pensado de forma a agir, principalmente, sobre as suas camadas mais vulneráveis. Também é essa a leitura proposta por Zaffaroni (1991), com a teoria agnóstica da pena.

Já com relação ao ponto de vista filosófico, o discurso tradicional sobre as penas se dá como um dever-ser (PAVARINI 2004, p. 3). Esta análise pressupõe que as penas e seus efeitos seriam capazes de causar no corpo social. São também chamadas de teorias positivas das penas (ZAFFARONI 2003, p. 97). Essas funções manifestas do castigo penal decorrem de variações da função geral de defesa social.

Esses modelos procuraram legitimar o poder punitivo e são comumente agrupadas, desde o século XIX, em teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas (ZAFFARONI 2006, p. 83).

As teorias absolutas da pena a entendem como um fim em si mesmo. Tais teorias fundamentam-se na pena como retribuição ao mal causado, seja de um ponto de vista

antropológico, religioso, filosófico, idealista ocidental, seja do ponto de vista jurídico. A ideia central é a consideração de retribuição na aplicação da pena.

São as teorias que marcaram a história pré-moderna da pena, embora estejam sempre em discussão. Como afirma Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 456), a natureza retributiva da pena se mostra a mais antiga concepção do instituto e remonta à expiação de culpabilidade, lembrando os suplícios e fogueiras medievais. A pena é encarada como forma de compensação do mal infligido.

Para as teorias retributivas, seja por uma questão de justiça àquele que praticou algum mal⁴⁵, seja porque o crime nega o próprio direito⁴⁶, a pena teria ao menos duas funções: uma individual e outra instrumental. Essa visão insere na pena essa noção de proporcionalidade entre a conduta e a sanção a ser cumprida. Como lembra Zaffaroni (2006, p. 84), para as teorias retributivas há uma necessidade inafastável de que a cada culpa corresponda uma pena.

Como explica Sergio Moccia (2003, p. 30), o fundamento lógico da sanção está no passado, ou seja, no crime praticado e na lesão que esse causou no tecido social, mas a sua função está no futuro, na retribuição pelo mal causado. Surge então a crítica jurídica ao discurso da retribuição, porque ao pregar a compensação de um mal por outro mal não há um pensamento democrático ou sequer científico (SANTOS, 2007, p. 457).

Segundo o autor não é democrático porque no Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo e, além disso, o Direito Penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade⁴⁷, não admitindo prova empírica. Assim, a pena como retribuição do crime se fundamentaria num dado indemonstrável, de que a liberdade seria pressuposto na culpabilidade do autor.

Nesse contexto é que ganham relevo as teorias relativas. Para elas, a efetiva finalidade da sanção penal é evitar delitos futuros (ZAFFARONI, 2006, p. 85). Elas podem ser classificadas em teorias da prevenção geral, positiva e negativa; e teorias da prevenção especial, também nas vertentes positiva e negativa (PAVARINI, 2004, p. 4). A sua relevância para o Direito Penal moderno consiste em justificar a pena a partir de um critério de utilidade.

⁴⁵ Segundo Sharon Byrd (1989, p. 153-200) essa seria a visão Kantiana sobre a função da pena. .

⁴⁶ Visão de Hegel (2014) sobre o crime.

⁴⁷ Presente em fórmulas famosas como, por exemplo, o poder de agir de outro modo de Welzel , ou a falha de motivação jurídica de Jakobs , ou mesmo a moderna dirigibilidade normativa de Roxin .

A prevenção geral de cunho negativa⁴⁸ atende à ideia originária de dissuasão. Nessa teoria, o objetivo da pena é a intimidação, fazendo com que o agente tenha receio de praticar crimes. Sergio Moccia (2003), examinando o pensamento de Feuerbach, explica, que, para este, a ação delitiva está determinada por motivos que constituem os objetivos da vontade e tendem a satisfazer interesses do sujeito agente. O delito, então, constituiria um meio para procurar um prazer em benefício de quem o comete. Então, para evitar que se cometam fatos delitivos, é necessário que a representação do prazer relacionado com a conduta delitiva se contraponha à representação de uma dor, delineada na lei como consequência segura e inderrogável da própria conduta e de intensidade superior ao eventual prazer derivado do cometimento do delito. Esta perspectiva deveria fazer surgir, para os demais, o melhor dos possíveis delinquentes, tal o temor que inibiria todo propósito delitivo; isto é, como já dito, dever-se-ia realizar uma coação psicológica, com o resultado de prevenir, no geral, o cometimento de delitos.

Segundo Pavarini (2004, p. 8), a confiança na capacidade de prevenção negativa da pena reside numa leitura economicista do agir humano. Haveria, na esteira do *homo aeconomicus*, um *homo penalis*, capaz de prever e calcular os custos do agir ilícito, de modo a concluir ser mais cara a pena do que o crime.

Para que a decisão de não cometer o delito seja tomada, o risco das consequências negativas após o seu cometimento deve fazer com que os benefícios do seu cometimento não compensem a sua prática. Essa, inclusive, é uma das justificativas da inflação legislativa penal, em que se estabelecerem penas tão rigorosas para que o cálculo não permita a escolha pela prática do crime.

Todavia, tal vertente não é livre de crítica, pois sociologicamente é muito difícil confirmar a sua eficácia⁴⁹, ou mesmo estabelecer relação entre as taxas de criminalidade e severidade das penas. Segundo os críticos dessa teoria, o discurso não considera valores éticos e instrumentaliza o ser humano, realizando uma comparação de custo-benefício. Na base dessa antropologia estria uma lógica de mercado, que chegou a formular-se expressamente, com aplicação do modelo econômico ao estudo do delito, pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo. Também se argumenta que o foco da punição passa a ser o autor e não fato. Quando aplicada indistintamente, ao contrário da intenção original, a prevenção negativa, diante da seletividade do sistema penal, gera a criminalização secundária do indivíduo. Ao invés de dissuadir os

⁴⁸ Cujo expoente foi Ludwig Feuerbach .

⁴⁹ Da mesma forma se manifestam Zaffaroni, Batista, Alagia E Slokar (2003, p. 117).

delitos, ela tem o condão apenas de demonstrar a inabilidade dos criminosos na execução dos crimes e funciona como um estímulo para o aperfeiçoamento do criminoso, recomendando um maior requinte na prática dos crimes.

A prevenção geral positiva, a seu turno, justifica a pena pela necessidade de estabilização do sistema social, de reafirmação da crença nas instituições. A pena serve, assim, como instrumento de orientação e institucionalização das expectativas (PAVARINI, 2004, p. 8-9). A criminalização dos indivíduos surte um importante valor simbólico, produtor de consenso e, portanto, reforça a confiança no sistema social em geral e no sistema penal em particular (ZAFFARONI, 2003, p. 121).

Na busca de consenso para verificação da coesão social há a valorização do corpo social em detrimento da valorização dos indivíduos, ou seja, a prática do crime interessa muito mais à maioria. Pune-se, então, porque foi violada a norma e porque se pôs em perigo a confiança dos demais.

Apesar de similar à prevenção geral negativa, em que a pena se preocupa apenas com aqueles potenciais criminosos, na prevenção geral positiva a pena se expande para fazer frente às ameaças ao sistema social. Assim, justificativa da pena poderia ser verificada sociologicamente, já que teria aptidão de produzir estabilidade social.

Se o fim da pena é evitar a reincidência e tem, portanto, como destinatário o violador da norma, fala-se em prevenção especial. Esta também tem uma versão positiva e outra negativa.

Para a prevenção especial positiva, aquele que comete crime pertence a uma minoria marcada por atributos negativos de sociabilidade (PAVARINI, 2004, p. 10). São indivíduos com déficits econômico, cultural, intelectual, tal a sugestão positivista do *homo criminalis*. A função da pena prestaria para corrigir⁵⁰ esse indivíduo, com o fim de devolvê-lo à sociedade. Portanto, a prática de crimes legitimaria a aplicação do remédio social da penal.

Na prática, a prevenção especial positiva exige muitos investimentos nos programas de tratamento dos encarcerados, fato de difícil constatação. Também há dificuldades empíricas quanto a diminuição da reincidência como resultado da reeducação.

Para a prevenção especial negativa, a pena se destina à incapacitação ou à neutralização do criminoso. Ela prega o impedimento material como forma de evitar o crime. Não se preocupa, assim, em reintegrar o condenado, mas em excluí-lo definitivamente. Há vários instrumentos para tanto, por exemplo: a pena de morte, a pena perpétua, monitoramento

⁵⁰ Não se pretende no escopo desse trabalho aprofundar nas críticas a essa finalidade terapêutica da pena, muito ligada às ideias de ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização e reincorporação (ZAFFARONI, 2003, p. 126).

eletrônico à distância, castração química, dentre outros. Tal fundamentação, no entanto, tem dificuldades de penetração em um sistema penal de feição liberal-democrática (PAVARINI, 2004, p. 11).

Esse impedimento material sofre duras críticas diante do conceito de pessoa que vem exposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵¹ e também na Convenção Americana de Direitos Humanos⁵², pois nega ao homem sua autonomia ética de se comportar conforme seu entendimento.

Em complemento, é necessário ao menos mencionar a existência das chamadas teorias unificadas ou mistas sobre a pena. Basicamente, nelas são mesclados os elementos das demais, chamadas de teorias puras.

Assim, a pena representa uma combinação entre as funções manifestas de retribuição e prevenção, geral e especial. Haveria, então, uma tríplice função da pena: a função de prevenção geral negativa corresponde à cominação da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à aplicação judicial da pena; a função de prevenção especial positiva e negativa corresponde à execução penal (SANTOS, 2007, p. 465).

Ademais, a par das tradicionais teorias da pena, por si só criticáveis, há elementos da atualidade dos sistemas penais que não podem ser ignorados. Uma característica atual dos sistemas penais é a cada vez maior preocupação com a gestão administrativa da questão penal. Torna-se mais frequente, inclusive, o uso de uma linguagem muito mais técnica, informada pela busca da eficiência e preocupada com os riscos.

A gestão administrativa da pena já não foca somente em punir os indivíduos, mas em gerir grupos sociais em razão do risco criminal; não mais somente em corrigir, mas em otimizar recursos escassos. A eficácia da ação punitiva não é mais se dá em razão dos escopos externos ao sistema (educar, intimidar), mas em razão de exigências intra-sistêmicas, como reduzir os riscos (PAVARINI, 2004, p. 22).

Além disso, o que se percebe é uma, cada vez maior, flexibilidade da pena na fase de execução: a pena cumprida quase nunca é aquela aplicada na sentença.

Como já observado, no início, a justificativa de tal flexibilização era a finalidade especial preventiva da pena. Com o tempo, no entanto, passou a ser feita por outro fundamento,

⁵¹ Artigo II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião [...]. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> acessado em 13.10.2019.

⁵² Disponível em < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> acessado em 13.10.2019.

a premiação. Tal conduta evoluiu a ponto de, na Itália⁵³, significar uma verdadeira renúncia do Estado ao poder de punir nos casos de colaboradores delatores da criminalidade organizada. Portanto, o Estado reconhece a necessidade de flexibilização do mote de encarceramento frente a necessidade de incentivo à colaboração do delinquente.

Hoje é verificado que o cárcere funciona para a neutralização (ainda que temporária) dos indivíduos, com a sua exclusão do convívio social. Neste ponto, o sistema também enfrenta crise de eficácia. Ainda que o sistema criminal esteja preocupado com a sua operatividade, verificamos que mesmo o cárcere não impede a prática delitativa, sendo os crimes praticados pelos agentes de dentro dos presídios.

O tempo denota, assim, o desencantamento quanto à noção de pena útil, moderna. Muitas teorias críticas nasceram quanto à fundamentação da pena. O sentimento é de pessimismo quanto à pena. Em verdade, a crise da pena moderna é reflexo da crise do sistema correcional de justiça penal que, tendo sido construído nas democracias ocidentais fundadas no *welfare*, acabaram junto com elas entrando em crise.

Diante dessa crise, em que são questionadas a capacidade de funcionamento do sistema criminal, surgem propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal. Um modelo que tem sido desenhado é a partir da relativização de direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Tem-se buscado ideias de aceleração e simplificação procedimental, almejando abreviar a imposição de uma sanção penal.

Nesse contexto que surge o conceito de justiça negocial, representada pela abertura do processo penal ao consensualismo (VASCONCELLOS, p. 56-63).

2.3 DIREITO PENAL CONSENSUAL, O *CONSENSUALISMO* PENAL COMO ALTERNATIVA

O *consensualismo*, como forma de superação dessa crise do sistema penal, penetra no pensamento sobre o processo penal à medida que a sociedade verifica uma transformação nos métodos de reprodução de símbolos, em que estruturas e regulações autoritárias e burocráticas passam a ceder espaço para novas formas e modelos de administração e organização social. Há,

⁵³ Houve na Itália, por certo, com as reformas de 1975, 1986 e 1998, uma desintegração do sistema sancionatório clássico, transformando o sistema de justiça em um sistema desigual e especial:

portanto, um movimento de abertura do processo penal para essas demandas democráticas, com vistas à redução de custos e aumento de eficiência.

O termo consenso, como radical do termo *consensualismo*, é utilizado como uma prática de concordância, de convergência de opiniões, de consentimento ou de acordo (LEITE, 2013, p. 21). Assim, sua acepção deve ser semelhante à dada no direito privado, como elemento essencial à validade de um negócio jurídico. Sem fugir do tema proposto, observando, ainda, que o tema será retomado no capítulo quinto, cabe destacar que a partir da teoria criada por Pontes de Miranda (1974, tomos 3, 4, e 5) a presença de vontade é requisito de existência do negócio jurídico, sendo a sua forma de exteriorização (livre e consciente), requisito de sua validade⁵⁴.

Ainda que sejam tratados majoritariamente como sinônimos há quem distinga justiça consensual penal da justiça negociada (TULKENS, 1996, p. 448). A primeira consistiria em dar mais ou menos importância ao consentimento dos interessados, sob a forma de aceitação ou sob a forma de ausência de recusa. Portanto a voluntariedade da defesa seria manifestada na adesão ao que já fora pré-estabelecido pela acusação. Já a segunda, consistiria no poder efetivo de discussão acerca das propostas feitas, interferindo no seu conteúdo e conferindo maior autonomia, para além da aceitação ou recusa e de forma a preservar o sinalagma.

Já para Jean Pradel (1984, p. 331) o *consensualismo* é caracterizado como o princípio por meio do qual as partes envolvidas na persecução penal acordam a exclusão de regras jurídicas normalmente aplicadas. Para Jean-Paul Ekeu (1993, p.2) o *consensualismo* consiste no desvirtuamento voluntário da trajetória do processo penal.

Portanto, o consenso, como base da celebração de um negócio jurídico processual entre acusação e defesa parece, aos olhos de parte da doutrina, incompatível com o devido processo legal penal. Ou seja, a autonomia de vontade não poderia prevalecer diante das demais garantias e direitos envolvidos nessa relação jurídica e antagonismo das partes envolvidas. Entretanto, como já exposto, o fenômeno consiste na abertura democrática do processo penal por meio de atribuição de maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos. Possibilitando concessões recíprocas, restringe-se à amplitude do contraditório.

Dessa forma, inspirando-se na experiência norte-americana, nos ordenamentos jurídicos europeus⁵⁵, é possível observar um processo de introdução ou expansão dos espaços de consenso

⁵⁴ Implicitamente inserido no rol do art. 104, especificamente no inciso I, do Código Civil.

⁵⁵ Como exemplo destaca-se a Recomendação nº 18 de 17 de setembro de 1987 do Conselho de Ministros de Justiça da Europa. Tal diretriz aconselhou aos seus Estados membros a realização de reformas no sentido da introdução do consenso e da simplificação de ritos e nos sistemas jurídico-penais. A Recomendação prevê expressamente que a assunção de culpa deve receber um tratamento célere para não deixar o acusado em

nos processos penais e nos seus sistemas de justiça penal. Tal fenômeno também pode ser verificado na América Latina, em que é constatada alta taxa de criminalidade.

Para efetivar esse sistema é necessária a mudança do paradigma inquisitorial para um de feição acusatória, democrática e participativa. Nesse o Estado julgador é separado do Estado acusador e por isso parece relevante também repensar a tríade da ciência processual penal a partir de um princípio unificador, ou seja, do princípio dispositivo. Franco Cordero (1966, p. 201-202) ao falar da necessidade de reforma do ordenamento processual penal italiano, na década de sessenta do século passado, já advertia que as mudanças teriam também por objetivo transformações culturais. O autor ressalta que alguns valores, devem ser identificados como base para o processo de reforma: a simplificação do processo⁵⁶ (pois existem muitos institutos desnecessariamente complexos e, assim, não funcionais), a estruturação adequada das atividades destinadas à formação do convencimento do juiz (para se reduzir ao mínimo as chances de uma sentença injusta) e, ainda, as modificações a serem operadas deveriam respeitar as pessoas e deveriam tratar o acusado como tal, operacionalizando, assim, o *actum trium personarum*.

Tradicionalmente é importado o conceito de *lide* para o processo penal, sendo observado o conflito entre o direito (e dever) do Estado de punir e o direito individual de liberdade⁵⁷. Entretanto, modernamente, entende-se que a liberdade individual está inserida na noção de interesse público ligado à segurança pública (PACELLI, 2012, p. 99). O Estado deve, segundo esse entendimento, buscar tão somente a aplicação da lei.

Os espaços de consenso implicam respeitar os princípios da autonomia da vontade e da autodeterminação individual em contrapartida ao recuo voluntário de certos direitos e garantias fundamentais. Esses espaços de consenso são delimitados pela legislação e servem às finalidades propostas pelas teorias relativas da pena⁵⁸ (OLIVEIRA, 2015, p. 76).

Essa primazia da autonomia privada já podia ser verificada em sistemas jurídicos consuetudinários (*common law*), como nos Estados Unidos, em que se buscou a resolução alternativa de conflitos e a desburocratização dos sistemas penais (VOGLER, 2002, p. 285).

incerteza sobre a pena que lhe será imposta. Nesse cenário, também devem ser simplificadas as regras processuais.

⁵⁶ Uma das propostas é a de se pensar em uma estrutura processual simplificada, capaz de assegurar a efetiva e adequada participação da defesa (autodefesa e defesa técnica) e também da acusação no *iter* procedimental, com vistas a mais adequada solução do caso penal, fundada numa concepção mais democrática do processo penal. Por isso, a proposta busca retomar a importância do procedimento em matéria penal e enfrenta os atuais obstáculos à efetivação de uma estrutura processual mais democrática.

⁵⁷ Como lecionado, por exemplo, por José Frederico Marques (1997, p. 25-26) e Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 99).

⁵⁸ De prevenção e restabelecimento da paz ou reabilitação do autor.

Atualmente é nítida a influência dessas práticas nos sistemas da Europa Continental e América Latina, em que os espaços de consenso e mecanismos legislativos foram formalmente inseridos no processo penal. Assim, esse modelo se tornou também realidade em grande parte dos países⁵⁹ do sistema de *civil law*.

Portanto, o consenso é uma alternativa já implementada para reduzir a sobrecarga dos sistemas judiciários criminais, a morosidade do processo penal tradicional e a insatisfação pública com a sua (in)efetividade. Ele é pautado pela simplificação procedimental, valorização da autonomia do indivíduo e do acordo de vontades. Essa postura é justamente inversa ao modelo clássico de obrigatoriedade da ação penal e de confronto entre as partes, bem como de um processo formalista e inflexível (ANDRADE, 2019, p. 23).

Esse fenômeno representa propensão do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, com ou sem o reconhecimento de culpabilidade ou mesmo da incriminação de terceiros, com vistas a diminuir as dificuldades da atividade acusatória. Não se pode ignorar, contudo, que caracteriza um momento de tensão no campo jurídico-penal, expondo dúvidas sobre o fim do Estado de Direito e sobre o próprio fim da punição.

O consenso pode ser entendido como oposição à dialética, ou confrontação das partes no processo. É nesse sentido que a doutrina verifica espaços de consenso e de conflito nos modelos judiciais. Como exemplo de espaços de consenso temos a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada. Os dois primeiros foram inseridos formalmente na legislação brasileira por meio da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), o terceiro, como será exposto no capítulo que se segue, foi inserido em diversas previsões normativas.

Por outro lado, como exemplo de espaços de conflito temos o desenho do sistema acusatório como um todo (ANDRADE, 1995, p. 334).

Observa-se que, até pouco tempo, os espaços de consenso foram reservados à pequena e média criminalidade, principalmente diante dos institutos já mencionados inseridos na Lei de Juizados Especiais (Lei 9.099/1995).

Nos Juizados Especiais Criminais, tem-se, de um lado, a acusação, proponente e com amplos poderes, responsável pela apresentação de uma proposta negociável de pena e, de outro,

⁵⁹ Em 2002, a Espanha potencializou o instituto da *conformidad*. Na França, em 2004, foi adotado o *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ou *plaider couple*. A Itália, em 2003, ampliou o *patteggiamento*. E, em 2009, a Alemanha regulamentou o *Abspachen*.

o acusado, a quem cabe concordar, não concordar ou propor alterações na pena sugerida pelo Ministério Público. É verdade que o espaço de negociação é reduzido, em que uma das partes negocia sob pressão. Para Aury Lopes (2010, p. 41), os juizados criminais contribuem "para a banalização do direito penal, fomentando a *panpenalização* e o simbolismo repressor". Segundo o autor, a Lei nº 9.099/1995 teria implementado no ordenamento jurídico brasileiro "uma política de utilitarismo processual, em que se busca a máxima eficiência (*antigarantista*)".

A despeito de todas as críticas, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da busca de soluções dialogadas ou consensuais no processo penal, em contraposição às formas coativas e verticalizadas de resolução dos casos criminais. Cabe destacar que a Lei nº 9.099/1995 delimitou a competência dos juizados criminais, estabelecendo o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, disciplinando o consenso acerca da pena e do processo. Nessa perspectiva, permitiu-se a realização do acordo civil perante o juiz criminal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, com efeitos cíveis e criminais, além da transação acerca da pena e da suspensão condicional do processo (GRINOVER, 2000, p. 74).

Como exposto, já temos instrumentos de celeridade e de eficiência no julgamento de casos penais, o que, supostamente, aproxima o direito processual pátrio das tendências internacionais e rompe o padrão de política criminal binário e puramente conflitual. Nesse sentido, há, inclusive, quem afaste acentuada influência do modelo estadunidense, ao apontar a aderência do cenário brasileiro às características dos mecanismos consensuais europeus (GRINOVER, 2000, p. 20). Portanto, embora não se possa esquecer do marcante instituto da colaboração premiada, é no âmbito dos Juizados Especiais Criminais que se estabelece essencialmente a justiça negocial no Brasil.

Mais recentemente, o discurso doutrinário acerca da recepção de mecanismos negociáveis vem sendo interpretado como uma revolução do processo penal por parte da doutrina (TEIXEIRA, 2000. p. 25) até um golpe ao Estado de Direito Liberal de outra parte (SCHÜNEMANN, 2004. p. 188). Vinicius Vasconcellos (2015, p. 180-181) discorre que no modelo negocial o poder punitivo se realiza fundamentalmente a partir de decisão do acusador por meio da usurpação das funções decisórias do julgador, violando a divisão dos poderes de acusar e julgar. Segundo o autor, a concentração de tais responsabilidades na figura do promotor faz com que o julgador passe a se submeter não mais exclusivamente à lei, mas à suposta vontade das partes.

Verifica-se que esse consensualismo está longe de ser incontroverso. A crítica mais forte é presente nos casos em que os acordos envolvem assunção de culpa. A pressão sobre o acusado, segundo alguns, soterraria a voluntariedade (SHÜNEMANN, 2013, p. 240-260). Os autores criticam que o modelo americano é estruturado para induzir a declaração de culpa (*structurally induced plea*). Entretanto, como já exposto, a expansão dos espaços de consenso é cristalina tendência internacional. No Brasil, além dos instrumentos já mencionados, a tendência pode ser demonstrada pelos projetos de lei do Senado Federal nº 156⁶⁰ de 2009 e nº 236⁶¹ de 2012.

Não se pode olvidar que o consenso pressupõe a igualdade de tratamento e de oportunidades para se expressar. Essa igualdade material dos interlocutores é o objetivo a ser preservado no âmbito do diálogo desenvolvido nos espaços de consenso previstos na legislação. É necessária a previsão de participação da defesa e do juiz, bem como expressa delimitação legal. A presença de defesa técnica, ou de aconselhamento efetivo, e o pleno exercício do controle judicial são decisivos para garantir a liberdade e a voluntariedade na manifestação do réu. Retomando os ensinamentos de Habermas (2012, p. 666), o direito vigente é visto como elemento sistematizador do mundo da vida e deve ser ocupado de procedimentos de regulação de conflitos adequados às estruturas do agir orientado pelo entendimento, ou seja, por processos de formação discursiva da vontade e por procedimentos de negociação e de decisão orientada pelo consenso.

Após essas considerações, não se aconselha seguir a amplitude do modelo transacional norte-americano puramente. É fundamental que haja a delimitação desses espaços de consenso, conforme as tradições do processo penal brasileiro, que mais se aproxima dos fundamentos do processo penal europeu. É papel da norma, como lei em sentido estrito, a regulação dos seus institutos, com o estabelecimento de seus pressupostos e requisitos. Nela será prevista a limitação ao poder de atuação do Ministério Público, que atua vinculado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e às regras de aplicação estrita do princípio da legalidade, bem como outorgado o papel mais relevante ao juiz criminal como fiscal do seu cumprimento (FERNANDES, 2005. p. 269).

O sistema de justiça não pode se pautar apenas pelo paradigma conflitual ou adversarial. A introdução de ferramentas de consenso na esfera criminal implicou em um novo modelo de resolução de controvérsias penais, mas não afasta por completo esse modelo conflitivo (DIAS, 2009, p.816).

⁶⁰ Projeto de reforma global do Código de Processo Penal.

⁶¹ Projeto de reforma global do Código Penal.

Cabe observar que, diante da abertura de espaços para mecanismos consensuais dentro do processo penal, há quem distinga justiça consensual e negociada (TULKENS, 2005, p. 673-710). A primeira seria marcada por uma postura mais passiva do agente delitivo, em que aceita ou recusa uma proposta. A segunda seria marcada pela efetiva discussão e concessão entre as partes.

Com relação à sua finalidade, destaca Flávio Andrade (2019, p. 59) que a justiça penal consensual não se confunde com a justiça penal restaurativa. A justiça penal consensual não busca a reconciliação ou restauração de laços ou fissuras no tecido social. Apesar de haver diálogo e acordo de vontades, seu foco é o tratamento de um delito de forma pactuada, rápida, eficiente e satisfatória para os interessados.

2.4 INSTRUMENTOS E PROCEDIMENTOS RECENTES DE INSERÇÃO DO CONSENSUALISMO NO PROCESSO PENAL

O procedimento básico do processo penal observa, em primeira instância, as etapas de investigação, acusação, instrução e julgamento. Seja pela quantidade de casos em andamento, seja pela dificuldade de desvendar o acontecido na primeira etapa (investigativa), é verificada, como já exposto, uma crise nesse sistema como um todo.

Como alternativa, os Estados desenvolveram instrumentos ou procedimentos diferenciados baseados no consenso para superar essa crise. Dentre eles estão a não instauração ou evitação do processo, a suspensão do processo e a terminação antecipada ou abreviada do processo (ANDRADE, 2019, p. 73).

Nos Estados Unidos existem diversos institutos decorrentes do que foi previsto no *Federal Rules of Criminal Procedure*, expedido pelo Departamento de Justiça (DOJ) como *plea agreements*⁶². Também se destacam os *deferred prosecution agreement's* (DPA's) e os *non prosecution* 'condicionado. Ainda que já tenha sido oferecida a acusação, poderá ser requerido o arquivamento condicionado. Segundo MADLENER (2009, p. 659), mais de duzentos e

⁶² A constitucionalidade do *plea bargaining agreement* foi reconhecida pela Suprema Corte no caso Brady v. USA, em 1970, quando o Tribunal estipulou algumas condições para que o acordo seja válido: a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos (McCarthy v. USA, 1969); b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis; c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão; d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.

⁶³ "When the Government has a strong case, the Government may offer the defendant a plea deal to avoid trial and perhaps reduce his exposure to a more lengthy sentence." Disponível em <<https://www.justice.gov/usao/justice-101/pleabargaining>> Acesso em 04 abr 2019.

cinquenta mil casos anualmente são arquivados condicionalmente na Alemanha, tendo sido o instituto estendido para crimes de média gravidade.

Na França, o instituto previsto é a composição penal, prevista no artigo 41-2⁶⁴ do Código Processo Penal francês (inserido em 1999 e modificado em 2019). Nele o Ministério Público, em vez de iniciar a ação penal, propõe ao acusado o cumprimento de algumas condições. Entretanto, é requisito a assunção de culpa por parte do acusado para a aplicação do instituto e ele somente tem cabimento para infrações com pena de até cinco anos de prisão. O órgão de acusação tem diversas condições à sua disposição, menos a pena privativa de liberdade. Após aceitas as condições, elas devem ser validadas por um juiz e não haverá o início do processo penal. Um ponto que é peculiar é a desnecessidade de assistência do acusado por um defensor.

No Brasil, como já destacado, a Lei dos Juizados Especiais Criminais já trouxera a composição civil, a transação e a suspensão condicional do processo (artigo 74, p.u., artigo 76 e artigo 89 da Lei 9.099/95)⁶⁵. Contudo, o instituto da colaboração premiada tem a sua mais recente disposição penal no artigo 3º, I, da Lei 12.850/2013, previsto como um meio de obtenção de prova. Sobre esse instituto nos deteremos a seguir.

⁶⁴ *Le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes [...]*

⁶⁵ Artigo 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecurável, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. Artigo 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Artigo 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

3 COLABORAÇÃO PREMIADA

Resumo: nesse capítulo é explorado o mecanismo de consensualismo da colaboração premiada. Especificamente, quando ao Brasil é realizado o levantamento recente dos marcos legislativos do instituto da colaboração premiada e a sua relação com o *delacionismo*, bem como os dispositivos correlatos na Lei 12.850/2013 e as fases envolvidas na colaboração premiada.

3.1 UM BREVE HISTÓRICO RECENTE DO INSTITUTO

Não é objeto desse trabalho uma retrospectiva do instituto às Ordálias ou às Ordenações Filipinas⁶⁶. Para tanto, serve a digressão de que a colaboração premiada foi utilizada pela inquisição e passou a ser, no profano, adotada pelos monarcas na idade média⁶⁷.

Em linhas gerais, as luzes que iluminam o instituto da colaboração premiada são funcionalistas. A ótica pragmática que inspira o instituto decorre da admissão da sua eficácia para alcançar resultados em termos de processamento de infrações penais que no passado permaneceram invisíveis (ROCHA, 2005, p. 31).

Na Inglaterra, em que o ordenamento jurídico é consuetudinário, ou *common law*, a colaboração era prevista como *turns Queen's evidence*, o que atualmente pode ser entendido como o *turns state's evidence*. Assim, no Reino Unido, e nos reinos da *Commonwealth*, o termo *turn*⁶⁸, *turning approver* ou *turn king's approver* também foram usados para designar, para além da sua admissão de culpa (*not only admitted his own guilt to a crime*), a prática de incriminação de cúmplices (*but also incriminated his accomplices both past and present*) em troca de benefício de evitar uma sentença de morte (e obter uma pena menor, como prisão perpétua ou banimento do reino) ou melhorar as condições carcerárias.

⁶⁶ Séc. XI e XII.

⁶⁷ As provas de Deus ou Ordálias foram substituídas pelo processo inquisitivo e pelas provas tarifadas. Tal sistema representava um avanço em relação ao sistema anterior, pois trazia alguma racionalização. Assim, a pena capital não seria aplicada senão na presença de prova plena da responsabilidade criminal do acusado “clara como a luz do dia” (*luce meridiana clariores*). Havia uma série de provas classificadas em categorias complexas entre provas plenas, meias provas e indícios remotos. A dificuldade de encontrar testemunhas capazes e inquestionáveis fez surgir a prática da confissão sob tortura pervertendo o sistema. Os indícios, mesmo não justificáveis da condenação, permitiam a utilização da tortura. No Sec. XVI na Itália, a *poena extraordinária* fundamentava a condenação a penas pecuniárias, mutilações físicas, açoites ou trabalhos nas galés, contudo, na ausência de prova tarifada não era possível a aplicação da pena capital (WHITMAN, James Q. *The origins of reasonable doubt: Theological roots of the criminal trial*, p. 49-59 e 53-54). No Brasil, a aplicação de tortura era regulamentada no art. 133 do Livro V das Ordenações Filipinas, chamando a prática de “tormento”, tendo vigorado de 1603 até a 1830 (tendo sido a tortura abolida na Constituição de 1824), momento em que a prova tarifada foi substituída pela íntima convicção do julgador (que na época era composto pelo corpo de jurados).

⁶⁸ Na linguagem norte-americana, o ato de um réu que concorda em cooperar com os promotores e dar informações contra co-conspiradores (geralmente aqueles com maior culpabilidade) é chamado de *turn*, com a tradução livre de “virar”.

É importante traçar paralelos para distinguir os institutos previstos em ordenamentos orientados por lógicas diferentes. Assim, nos sistemas de *civil law*, ou de tradição romano-germânica, a instrumentalização da justiça é limitada, pautando-se por normas de caráter principiológico ou mesmo de regras estabelecidas. Na Itália, por exemplo, a colaboração é denominada como *patteggiamento*, na França como *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ou *plaider culpable*, na Alemanha como *Absprachen*, na Espanha como *la conformidad* (FIDALGO, 2008, p. 277-315).

Já nos ordenamentos de lógica consuetudinária, *common law* ou de tradição anglo-saxônica, vigoram os próprios teóricos do pragmatismo e as contribuições dos estudos da escola *Law and Economics*⁶⁹ (análise econômica do direito) (PARISI, 2005) (MERCURIO, 2006). Nesse contexto há maior liberdade individual e é conferida autonomia às partes envolvidas, como na celebração de *plea agreements* nos Estados Unidos.

3.1.1 Do *Pentitismo* ao *patteggiamento*

Na Itália, o fenômeno colaboração é ligado ao *pentitismo*⁷⁰, entendido como o arrependimento dos integrantes de organizações criminosas. Historicamente, o *pentitismo* estava relacionado às atividades mafiosas. O artigo 4º, do Decreto-Lei nº 625/1979, posteriormente transformado na *Legge Cossiga* (Lei nº 15 de 1980), tipificou o crime de terrorismo, no movimento legislativo de impulsionar a luta contra organizações criminosas terroristas, já que o Código Rocco⁷¹ previa apenas instituições do arrependimento eficaz e do arrependimento posterior⁷² (artigo 56, §§3º e 4º). Após o assassinato de Alberto de la Chiesa, em 1982, foi editada a lei antimáfia italiana (Lei 646/82 – *Legge Rognoni-La Torre*) e, posteriormente, foi inserido o disposto no artigo 368 no Código Penal italiano.

Nesse contexto foi possível, em duas oportunidades, constatar a relevância do instituto. A primeira teve como seu estopim a delação de Tommaso Buscetta e deu origem ao julgamento

⁶⁹ A expressão é relacionada à aplicação de métodos econômicos (da microeconomia em especial) a questões legais, com o emprego dos instrumentais teóricos e empíricos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do direito. O começo da escola moderna de Análise Econômica do Direito data de 1961, com a publicação dos artigos *The Problem of Social Cost* e *Some thoughts on Risk Distribution and Law or Torts* de Ronald Coase e Guido Calabresi, respectivamente. Todavia, o nome em inglês do movimento, *Law and Economics*, somente foi dado por Henry Manne na década de 1970, como consequência do realismo jurídico norte-americano frente ao formalismo exacerbado.

⁷⁰ Lembrando o adjetivo *pentito*, cuja tradução literal é arrependido.

⁷¹ Código Penal italiano de 1930 que é uma deformação do Código Napoleônico de 1808 e inspirou o Código Penal brasileiro de 1941, com um viés inquisitorial.

⁷² Benefícios aplicados ao que "voluntariamente desistir de ação" e ao que "voluntariamente impede o evento", respectivamente.

que ficou conhecido como *Maxiprocesso di Palermo*. A segunda teve seu início com a delação de Mario Chiesa e ficou conhecida como “Mãos Limpas”.

O *Maxiprocesso*⁷³, iniciado em 1983, teve a sua tramitação em primeira instância durante quase seis anos e tomou enormes proporções. Nele foram apuradas práticas delitivas realizadas por organização criminosa do tipo mafioso. Foram investigados 475 suspeitos, sendo julgados 460 réus. No processo foram habilitados cerca de 200 advogados de defesa e o julgamento do primeiro grau terminou com 19 sentenças de prisão perpétua e um total de 2.665 anos de prisão ao todo⁷⁴. Já a operação “Mãos Limpas”⁷⁵ teve seu início em 1992 e revelou um esquema de corrupção até então sem precedentes (até a operação “Lava Jato”). No seu auge já tinham sido interrogados mais de 1.500 suspeitos e 500 testemunhas, grampeados 30 telefones e avaliados os bens de mais de 100 pessoas (BARBACETTO, 2016).

Assim, diante das dificuldades práticas e do reconhecimento do Estado da necessidade de colaboração de terceiros, a legislação italiana previu a aplicação de um sistema específico relativamente aos casos que é verificada a criminalidade em contexto de organizações criminosas, especificamente do tipo mafioso. O instituto do colaborador de justiça (*collaboratore di giustizia*), entendido como o sujeito que, encontrando-se em situação particular de conhecimento de um fenômeno criminoso e decide colaborar, teve a sua regulamentação na Lei nº 82/1991 (de 15 de março), que resultou na promulgação do Decreto-Lei nº 8/1991.

⁷³ Em outubro de 1983, Tommaso Buscetta foi preso no Brasil, para onde havia fugido cerca de três anos depois de ter escapado do regime de semi-liberdade na Itália. O magistrado italiano Giovanni Falcone voou para o Brasil para interrogá-lo, e lá ele teve a impressão de que Buscetta poderia estar disposto a cooperar. Em 15 de julho de 1984, Buscetta foi extraditado para a Itália, ele começou a contar a Falcone seu vasto conhecimento sobre a *Cosa Nostra*. Esse fato deu origem a um julgamento criminal realizada em Palermo por crimes da máfia, incluindo assassinato, tráfico de drogas, extorsão, associação máfia e outros. Ele durou de 10 de fevereiro de 1986 (dia do início do julgamento de primeiro grau) até 30 de janeiro de 1992 (dia da sentença final, o terceiro grau de julgamento, do Tribunal de Cassação). Apenas no primeiro grau durou até 16 de dezembro de 1987. Para lidar com tal situação, pensou-se “no método Falcone”, uma equipe de instrutores, que trabalharia em grupo. A *Cosa Nostra* matou Chinnici, idealizador de um grupo de juízes instrutores que lidariam exclusivamente com crimes do tipo mafioso e posteriormente Falcone e Paolo Borsellino, dois magistrados encarregados da acusação. O método Falcone, atualmente muito difundido, consiste na constituição de grupos de força tarefa (*task forces*), para que, se trabalhando em grupos, haja uma visão mais clara e completa do fenômeno da máfia em Palermo e, consequentemente, a possibilidade de combatê-lo de forma mais eficaz.

⁷⁴ O instituto teve tamanha repercussão que algumas organizações criminosas somente admitem laços de sangue entre os seus integrantes para minimizar o risco de uma eventual colaboração com órgãos do Estado, como no caso das famílias de sangue da Ndrangheta (em torno de 50 a 200 dessas famílias).

⁷⁵ Em 1992 em Milão, Mario Chiesa, um representante do Partido Socialista Italiano, após acusado de corrupção, em depoimento prestado a Di Pietro e o juiz das investigações preliminares Italo Ghitti relata como se dera a sua ascensão política. Nesse contexto tem início um dos maiores julgamentos de organização criminosa dentro do sistema político na Itália.

Atualmente, a regulamentação da matéria está disposta na Lei nº 45/2001⁷⁶ (de 13 de fevereiro). A Lei nº 45/2001 introduziu a figura do testemunho da justiça. O texto da lei de 2001 reformou a disciplina original de 1991, mantendo os benefícios de reduções de pena e subsídio de manutenção proporcionado pelo Estado. Contudo, (i) inseriu limite de tempo de seis meses para que o colaborador (arrependido) conte tudo o que sabe, iniciado a partir do momento em que declara sua disposição de colaborar, (ii) previu que os benefícios da lei não são imediatos e automáticos, sendo necessária a avaliação das declarações prestadas, que serão verificadas se importantes e inéditas, (iii) estabeleceu o cumprimento mínimo de pelo menos um quarto da sentença e (iv) fixou ainda que a proteção durará até o final do perigo, independentemente da fase do processo.

Especificamente quanto à negociação entre as partes envolvidas no processo penal, o ordenamento italiano prevê o instituto do *patteggiamento*⁷⁷. Ele consiste na aplicação da pena a pedido das partes mediante a o pleito de “pechincha” na pena, ou barganha para aplicação de benefícios.

Trata-se de um processo penal especial regido pelo ponto 45 do artigo 2º da Lei de Delegação nº 81/1987 (de 16 de Fevereiro - *Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*) e pelo artigo 444⁷⁸ do Código de Processo Penal italiano, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 134/2003 (de 12 de Junho). Em suma, prevê que o acusado e o promotor público podem solicitar ao juiz que aplique desde logo uma sanção, uma multa substituta (reduzida em até um terço), ou uma sentença privativa de liberdade quando, levando em consideração as circunstâncias, a pena prevista não ultrapasse cinco anos. Estão, contudo, excluídos do benefício os que tenham sido declarados criminosos habituais, profissionais e por tendência, ou reincidentes, salvo se nesse último caso foi incluído tempo de prisão na barganha.

⁷⁶ A Lei 45/2001 tem a seguinte ementa: “Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonchè disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianz”.

⁷⁷ Sobre o *patteggiamento* e ritos premiais, Emilio Dolcini menciona que em 2004 estes superaram em quase 40% o total de sentenças condenatórias proferidas no âmbito do juízo ordinário. (in: *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, v. 52, n. 2, abr. 2009. p. 576).

⁷⁸ O artigo. 444 do prevê: “1.L'imputato e Il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.1-bis. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria”

Com relação ao momento processual, o pedido pode ser formulado durante as investigações preliminares, em uma audiência preliminar (antes da formulação das conclusões), antes da declaração da abertura da audiência (no caso de um julgamento direto), com a declaração de oposição uma sentença penal e no até o prazo de 15 dias a partir da notificação do decreto de sentença imediata.

Além disso, a estrutura do processo penal italiano permite ao acusado, a quem tenha sido negado o pedido de negociação (seja pela ausência de consentimento do promotor ou porque o juiz não aceitou seu pedido), submetê-lo novamente ao juiz da declaração de abertura. Cabe a esse magistrado aceitá-lo se discordar do primeiro magistrado ou entender que a rejeição fora injustificada. Não só, o juiz também pode pronunciar sentença, aplicando a pena requerida, mesmo no final do julgamento ou no processamento de recurso, se considerar que a punição solicitada pelo acusado seja apropriada. Pode, então, discordar do juiz da investigação preliminar ou da audiência preliminar, ou da rejeição do procurador, por entender como injustificada, desde que o acusado o apresente novamente antes da abertura do julgamento. O acusado pode, ainda, pedir a aplicação da pena, mesmo durante o julgamento, se o promotor apresentar acusação sobre fato diferente do indicado no decreto que ordenou o julgamento (recebimento da acusação), se isso decorreu de elementos que já detinha conhecimento no momento do julgamento.

Entretanto, o juiz não pode substituir às partes e alterar a penalidade acordada por uma diferente, mas pode não aceitar o acordo nos termos em que foi proposto. Assim, conforme a tradição romano-germânica, o magistrado atua como fiscal do cumprimento da lei, tendo, por outro lado, sua iniciativa limitada. Ou seja, ele não pode propor ou alterar o acordo, mas pode ir de encontro com as vontades expressas nos casos que trasbordem o delimitado pela legislação como espaço de consenso.

Portanto, mesmo que as partes peçam a aplicação de uma pena, o juiz, verificando a falta de prova da responsabilidade do réu, o fato de não constituir crime, estar extinta a pena ou faltar condição de admissibilidade da ação penal, pode (e deve), por dever de ofício, *ex officio*, declarar essa situação por sentença⁷⁹. Ademais, o magistrado deve reconhecer a inocência do acusado mesmo diante de causas concomitantes de extinção do crime

Em termos de procedimento, cabe destacar que 198980 foi inserido o julgamento de recursos em rito de Câmara. As questões relativas aos benefícios em favor dos condenados, em

⁷⁹ Artigo 129 do Código de Processo Penal italiano.

⁸⁰ Artigo 124 do Código de Processo Penal.

caso de concordância parcial entre as partes, são julgadas de forma abreviada. Contudo, houve a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional italiano, por meio da Sentença 143/1990, declarando a ilegitimidade da lei na parte em que estabelecia a possibilidade do pacto versar sobre as circunstâncias relativas à apuração da responsabilidade criminal. Assim, o Decreto-Lei de nº 92/2008 (de 23 de maio, conhecido como Pacote de segurança), foi convertido na Lei nº 125/2008 (de 24 de julho, que revogou a instituição do chamado "acordo judicial de apelação", já declarado inconstitucional em 1990, e reintroduzido na legislação de 1999).

Por fim a Lei nº 103/2017 (de 23 de junho) introduziu o artigo 599 *bis* do Código de Processo Penal italiano, prevendo que, mesmo quando as partes solicitarem a declaração de aceitação, o juiz pode não aceitá-la e ordenar a convocação para novo debate, podendo o pedido ser reenviado durante o julgamento.

Embora tenha sido criticada por conceder privilégios a criminosos proeminentes, detentores de informações relevantes, a lei previu uma circunstância atenuante para os sujeitos que se dissociarem do grupo criminoso. O objetivo é evitar que a atividade criminosa tenha outras consequências mais gravosas. Também é criticada a seletividade do instituto, que privilegia a informação em detrimento da pessoa do criminoso, não sendo um instituto direcionado ao que exerce mero papel de subordinado, sem a possibilidade de fornecer informações úteis para a Justiça.

A relevância do instituto na Itália é tanta que, referindo-se especificamente ao *patteggiamento* e aos ritos premiaiais, em 2004 estes superaram em quase 40% o total de sentenças condenatórias proferidas no âmbito do juízo ordinário (DOLCTNI, 2009, p. 546).

3.1.2 Dos *plea agreements* aos *cooperation agreements*

Nos Estados Unidos, a medida mais incisiva contra o combate ao crime organizado foi a Lei *RICO*⁸¹ (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*) de 1970. Ela foi promulgada pela seção 901 (a) da Lei de Controle do Crime Organizado de 1970 (de 15 de outubro de 1970) e está codificada no Título nº 18⁸² do Código Criminal dos Estados Unidos (*USC – United States Code*).

⁸¹ Ela foi criada no governo do presidente Richard Nixon, a partir de uma investigação feita pelo senador Estes Kefauver sobre o crime organizado, após a constatação da utilização de empresas de fachada para a prática de ações criminosas desde a proibição de venda de bebidas alcoólicas pela XXI Emenda da Constituição Americana (em 1933).

⁸² O Título 18 do U.S. Code trata dos crimes federais e processos criminais. A questão dos informantes é especificamente detalhada no §1961.

Após a *RICO*, os oficiais de investigação começaram a se utilizar de uma interpretação extensiva da IV Emenda da Constituição Americana⁸³, essencialmente prevendo o direito à segurança do povo frente ao crime organizado. O crime organizado passou a ser tratado como um risco público. Por meio dela os investigadores (do FBI - polícia federal americana - e demais policiais locais) utilizaram-se indiscriminadamente de todos os meios de investigação eletrônica para produção de provas que possam ensejar a culpabilidade dos acusados⁸⁴.

A legislação permitiu, ainda, que os beneficiários participassem do Programa de Segurança das Testemunhas (*Witness Security Program - WITSEC*). Assim, a legislação dos EUA aposta em uma punição plena e certa para os crimes, dentro da linha de *Law and Economics*, criando um conceito mais homogêneo entre os juízes⁸⁵ do que poderia ou não ser enquadrado como crime organizado.

Especificamente com relação aos acordos pelo reconhecimento de culpa, nos Estados Unidos existem diversos institutos decorrentes do que foi estabelecido no *Federal Rules of Criminal Procedure* expedido pelo Departamento de Justiça (DOJ), conhecidos, de forma geral, como *plea agreements*⁸⁶.

Nos acordos celebrados podem ser estabelecidos o *guilty plea* e o *nolo contendere*, associados ao *plea bargaining* (MASI, 2016). Assim, dentro do contexto de barganha, pode ser inserida a declaração de culpa (*guilty plea*⁸⁷) e não culpa⁸⁸ (*not guilty plea*). Pode haver, ainda, a hipótese em que defesa não admite nem nega a culpa, mas apenas não contesta a acusação

⁸³ A Quarta Emenda da Constituição norte-americana trata dos procedimentos de busca e apreensão em propriedades privadas, bem como em pessoas, fundamentada em causa provável de existência do delito, mediante ordem judicial (foi instituída como resposta aos abusos *writ of assistance*, um tipo de mandado geral de busca emitido). A partir das discussões travadas na sua interpretação que surgiu a teoria dos frutos da árvore venenosa, como provas inadmitidas.

⁸⁴ Essas práticas se acentuaram depois dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, com a edição pelo governo americano do USA Patriot Act, em 24/10/2001, fazendo uma reforma geral na legislação penal americana e tornando-a extremamente rígida no combate às organizações criminosas, especialmente em relação ao terrorismo. Ainda são objeto de controvérsia como se pode ser visto na admissão do caso *CarpenterxUnited States*, admitido pela Suprema Corte Americana em de julho de 2017.

⁸⁵ Levando-se em consideração o direito difuso que é aplicado nos EUA, a legislação federal serve como norte para as demais esferas de governo, que podem ou não a seguir.

⁸⁶ A constitucionalidade do *plea bargaining agreement* foi reconhecida pela Suprema Corte no caso *Brady v. USA*, em 1970, quando o Tribunal estipulou algumas condições para que o acordo seja válido: a) o acusado deve estar plenamente consciente das consequências diretas do acordo, incluindo o valor real de todos os compromissos assumidos (*McCarthy v. USA*, 1969); b) a declaração do acusado não pode ser induzida por ameaças, nem por falsas promessas ou promessas irrealizáveis; c) o acordo não pode ser posteriormente desfeito simplesmente porque o acusado resolveu reconsiderar sua decisão; d) os tribunais devem se certificar de que as declarações de culpa são voluntárias e estrategicamente orientadas por defensores competentes e que não haja nenhuma dúvida sobre seu rigor e fidelidade às admissões do acusado.

⁸⁷ O *guilty plea* pode assumir três formas básicas. A primeira é a voluntária, *voluntary* ou *uninfluenced*, a segunda é a estruturalmente induzida, *structurally induced plea*, e a terceira é a negociada, *negotiated plea*.

⁸⁸ Essa segunda hipótese também pode ocorrer nos casos em que o acusado simplesmente silencia.

(*nolo contendere* ou *no contest plea*⁸⁹). Existe, também, possibilidade de o acusado se declarar culpado com protesto simultâneo de inocência (*Alford ou Kennedy plea* - surgida no julgamento do caso North Carolina v. Alford, de 1970 e caso Kennedy v. Frazier, de 1987). Nessa hipótese, o réu assume a culpa para não correr o risco de uma condenação a uma pena mais grave. Há, ainda, casos nos quais o acusado simplesmente declara que o julgamento não pode continuar (*peremptory pleas*), como na hipótese de alegar que já foi previamente processado por aquela mesma acusação (*bis in idem* ou *duble jeopardy*).

Portanto, como já ressaltado, diante da liberdade individual e autonomia das partes é permitido no sistema americano a inserção maior de espaços de consenso. Antes de se chegar à uma declaração (*statement*) é possível que a promotoria negocie (ou barganhe) um acordo com a defesa. Esse processo é conhecido como por *plea bargaining* e o seu resultado como *plea agreement*. Nele, o acusado de um caso criminal aceita algumas condições, reconhecendo a sua culpa ou não, em relação a uma determinada acusação ou em relação a toda a acusação, e, em troca, recebe alguma concessão por parte da promotoria.

O mote da existência do *plea bargaining* é o pragmatismo⁹⁰, ou seja, por razões práticas. Por meio dele os acusados podem evitar o tempo e os altos custos de uma defesa judicial, além do risco de uma punição severa por um crime mais grave e a exposição midiática que um caso criminal representa. A promotoria, por outro lado, consegue a economia tempo e recursos (que seriam despendidos com a demora do processo). Ambas as partes acabam por instrumentalizar o processo na consecução de algum objetivo. Cabe destacar que no ordenamento americano, em regra, o mérito das causas é julgado pelo júri⁹¹ (BARBOSA, 1950, p.28-35) e não pelo juiz de forma singular. Essa dinâmica gera certa incerteza sobre aguardar um pronunciamento judicial.

O sistema de justiça criminal americano buscar poupar recursos, ao não precisar conduzir um julgamento sobre todos os crimes denunciados. O sistema adversarial puro não permite ao juiz o acesso independente às provas e aos indícios obtidos pela acusação sobre um caso criminal. O juiz não tem como determinar se o caso tem força suficiente ou não contra o

⁸⁹ Como os já mencionados *deferred prosecution agreement's* (DPA's) e os *non prosecution agreement's* (NPA's).

⁹⁰ Corrente de ideias que prega como determinante da validade de uma doutrina o seu bom êxito prático, baseado em ideias de Charles Sanders Peirce (1839-1914) e William James (1842-1910).

⁹¹ A instituição do Júri norte-americano desenvolveu-se, historicamente, de forma coerente com o espírito e os princípios da common law. O realismo sociológico definiu o estatuto teórico que tornou aceitável o governo pelos juízes e através do povo, em que direito e sociedade estão cotidianamente se renovando e se alimentando. Já as características da tradição política do povo americano possibilitaram o surgimento de um espírito cívico e de uma consciência jurídica comum que tornam materialmente exequível o júri como regra e não a exceção.

acusado até que as partes o submetam. As partes controlam o resultado dos processos, exercitando seus direitos ou barganhando sobre eles. Não há acusação compulsória (*compulsory prosecution*), o que dá ampla margem de discricionariedade. A Corte, por outro lado, não participa das discussões do acordo. O acordo torna-se público quando o acusado declara sua responsabilidade.

Normalmente, a *plea bargaining* envolve a assunção de culpa (*plea guilty*) a uma acusação menos grave ou a apenas uma dentre várias acusações, com a dispensa das demais. Também pode ensejar o reconhecimento da culpa tal como proposta pela acusação (*guilty as charged*), porém com a promotoria recomendando uma pena mais branda. O juiz, entretanto, não é obrigado a aceitar a recomendação da acusação. A maioria das negociações de culpa estão sujeitas à aprovação da Corte, mas há casos em que o Judiciário não terá qualquer participação, por exemplo quando a promotoria acorda abrir mão da acusação (*drop charges*) em troca da assunção da culpa por um fato menos grave.

O *plea bargaining* pode envolver um período de prova (*probation*), durante o qual acusado precisa cumprir determinados requisitos (ex.: programas de reabilitação, reparação de danos causados, etc.), que, se satisfeitos, determinam a remoção das acusações e podem ser um aspecto dos acordos de cooperação (*cooperation agreements*), onde os acusados colaboram com as autoridades para recuperar bens, direitos e valores, ou revelar a identidade de outros membros de uma organização criminosa.

Geralmente, quando o acordo é submetido e aceito pela Corte a matéria não pode mais ser rediscutida em grau recursal. Entretanto, existe a possibilidade de o acusado aderir ao acordo, mediante determinadas condições (*conditional plea bargaining*), podendo recorrer de alguma matéria específica (como a violação de uma garantia constitucional). O acordo pode, contudo, ser revogado no caso de alguma violação, tanto pela acusação quanto pela defesa⁹².

Quanto ao conteúdo da barganha, no sistema americano existem diferentes tipos⁹³, prevalecendo a sua atipicidade. Não se pretende no presente trabalho aprofundar no estudo do sistema jurídico americano, tendo em vista, inclusive, a sua pluralidade de sistemas e complexidades decorrentes do seu federalismo centrífugo. Cabe apenas destacar que, em regra, se o acordo for proposto antes do oferecimento da acusação (*charge*) para homologação e a

⁹² Como no caso *Dogget v. USA*, 1992, onde a Suprema Corte reconheceu que a violação da duração razoável do processo – 8 anos e meio de prisão cautelar sem julgamento – anulou o acordo e o réu foi colocado em liberdade.

⁹³ Como por exemplo a *charge bargaining*, o acusado se declara culpado de um crime menos grave que a acusação original; a *count bargaining*, o acusado assume apenas uma parte dentre várias acusações; a *sentence bargaining*, a promotoria se compromete a pedir em juízo determinado benefício na sentença (o que pode ser negado pelo Juiz); e a *fact bargaining* onde o acusado se declara culpado, mas as partes acordam sobre certos fatos que afetarão a forma como o acusado será punido.

Corte aceitá-lo, ela fica vinculada a ele, e, caso o rejeite, o acusado poderá se retratar da confissão.

Os aspectos éticos costumam ser questionados, sob a alegação de que os acusados possuem determinados direitos indisponíveis e que, assumindo a culpa, transacionam esses direitos com a acusação em troca de concessões que se julgam mais importantes que os próprios direitos. A vinculação do instituto com recompensas também estaria muito próxima de ameaças e coerção na obtenção de confissões, pois não há limitação para aceitação de acordos por acusados presos, o que poderia reduzir o número de negociações.

Não é incomum que a defesa, no receito de ter uma condenação muito mais séria, acabe assumindo a culpa por um delito menor (*misdemeanor*). Enquanto essas pessoas poderiam ser absolvidas por faltas de provas ou por realmente serem inocentes, acabam confessando por medo (YANT, 1991, p. 172). Em função disso, a Teoria dos Jogos⁹⁴ (*Game Theory*) tem sido utilizada para explicar a tamanha aceitação do instituto entre os acusados. Como já mencionado, nos *deferred prosecution agreements* (DPA's) e nos *non prosecution agreements* (NPA's), a defesa aceita a imposição de algumas condições em troca de benefícios a fim de evitar o processo judicial⁹⁵.

Atualmente há uma organização da sociedade civil americana do norte⁹⁶ que monitora esse tipo de procedimento. Ela relata que, baseada em pesquisas em 90 países, há aumento de 300% de *trial waiver systems*, com resultado de 97% de condenações decorrente de *pleas* somente nos Estados Unidos.

3.2 COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

3.2.1 Delação distinção terminológica

A colaboração premiada é um procedimento dentro do curso da persecução penal, que geralmente, mas não necessariamente, culmina em uma delação. Relativamente à colaboração, o mecanismo já foi analisado no capítulo referente à inserção de espaços de consenso no processo penal pela adoção do paradigma do consensualismo, sendo a sua questão normativa e procedimental esmiuçada nos tópicos seguintes.

Nesse ponto, o objetivo é traçar a distinção da colaboração e da delação.

⁹⁴ Apresentada na obra *Theory of Games and Economic Behavior*, de autoria de John von Neumann e Oskar Morgenstern em 1944.

⁹⁵ No sistema dos Estados Unidos as partes tem maior liberdade, não sendo necessário o controle judicial da legalidade, até mesmo porque o sistema é consuetudinário.

⁹⁶ Disponível em < <https://www.fairtrials.org/campaign/disappearing-trial>>. Acesso em 09 ago 2019.

Etimologicamente, a delação vem do latim *delatione* e significa a ação de delatar, denunciar e revelar (BITTAR, 2011, p.4-5). Entretanto para as ciências penais a expressão pode ser associada à *delatio criminis*, como dar conhecimento à autoridade de um fato criminoso sem estar relacionado, necessariamente a ele, bem como na sua acepção de revelar a conduta do que participou do fato criminoso.

Segundo Inellas (2000, p. 93), por delação premiada entende-se: “[...] a afirmativa do co-réu, ao ser interrogado, pela qual, além de confessar a autoria de um fato antijurídico, igualmente atribui a um terceiro a participação, como seu comparsa. Só se pode falar em delação quando o réu também confessa [...]”. Segundo o autor, a expressão tem diversos sinônimos, tais como: imputação ao co-réu, chamada de co-réu, chamamento de cúmplice, *pentitismo*, *crowm-witness*.

Portanto, a delação é feita pelo próprio ofendido. Assim, o instituto não guarda relação com a *notitia criminis* ou com a delação propriamente dita (MARSON, 2006. p. 31). Nas duas primeiras formas, o delator e o informante não se acham envolvidos na prática do ilícito, porém na *delation criminis*, a delação é feita pelo próprio ofendido ou seu representante legal, e a *notitia criminis* deve ser levada a efeito por terceiros (populares, agentes públicos ou meios de comunicação). Por sua vez, na delação premiada, o delator ou colaborador, além de participar da prática do crime, tem interesse imediato em colaborar com as autoridades, revelando a estrutura da organização criminosa, para obter benefícios legais decorrentes.

Entretanto, não se pode confundir delação premiada com colaboração processual, de forma geral, pois esta é mais ampla que a primeira. Consoante doutrina de Silva (2002, p. 77), a colaboração processual, 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, auxilia na evitação de outras infrações (colaboração preventiva) assim como auxilia concretamente a polícia em sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva).

Aponta, ademais, o mesmo autor (p. 02), que a colaboração processual, na sua real magnitude, refere-se ao auxílio do corréu nas investigações e à obtenção de prêmio consequente, determinado exclusivamente por acordo. A delação premiada tem, portanto, natureza jurídica de prova, mas anômala. Ela não encontra semelhança com nenhuma outra prova nominada e não pode ser comparada à confissão, visto que esta se restringe ao âmbito de atuação do confitente.

De igual forma, não é possível assemelhá-la ao testemunho, pois este se refere às informações prestadas por pessoa equidistante das partes e da solução do caso penal, o que não ocorre com o delator.

Ademais, distingue-se dos institutos da desistência voluntária, arrependimento eficaz, (previstos no artigo 15 do Código Penal) e do arrependimento posterior (previsto no artigo 16 do Código Penal). Nos dois primeiros casos a consequência jurídica é a atipicidade do fato. Já no arrependimento posterior, ocorre a reparação do dano ou do bem. A delação refere-se a fatos antijurídicos consumados, sobre os quais o agente presta informações para auxiliar a colheita de provas, prisão dos demais envolvidos e libertação da vítima.

3.2.2 Previsão normativa

Na história recente do Brasil há diversos instrumentos que preveem a aplicação da colaboração premiada, desde 1986, com variados tipos de benefícios.

Inicialmente, diante da dificuldade de apuração de fatos cometidos em concurso de agentes ou em contexto de associação criminosa (antiga quadrilha ou bando), a legislação previa como benefício ou incentivo à colaboração (premiação) a redução de 1/3 a 2/3 da pena aplicada. Tal política criminal pode ser verificada nos seguintes dispositivos: artigo 25⁹⁷ da Lei 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro), parágrafo único⁹⁸ do artigo 16 da Lei 8.137/1990 (Lei dos Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), parágrafo único⁹⁹ do artigo 8º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes hediondos), artigo 6º¹⁰⁰ da Lei 9.034/1995 (Lei de Organizações Criminosas revogada) e §4º¹⁰¹ do artigo 159 do Código Penal (com redação dada pela Lei 9.269/1996).

⁹⁷ Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado). [...]

§ 2º 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.

⁹⁸ Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. 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.

⁹⁹ Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no artigo 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.

¹⁰⁰ Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

¹⁰¹ [...] § 4 - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 9.269, de 1996)

A partir de 1998 foram ampliados os benefícios concedidos aos colaboradores, no intuito de estimular o comportamento. O § 5^{o102} do artigo 1^o da Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais, com redação dada pela Lei 12.683/2012), além de prever a redução de pena de 1/3 a 2/3, também possibilitou o cumprimento da pena em regime mais brando, a concessão de perdão judicial e a sua substituição por pena restritiva de direitos. O artigo 13¹⁰³ da Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) acrescentou a possibilidade de concessão de medidas especiais de proteção ao colaborador recluso ou mesmo que se encontre fora da prisão. O artigo 41¹⁰⁴ da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) prevê uma causa especial de redução de pena.

A questão não ficou restrita ao âmbito criminal. O artigo 86¹⁰⁵ da Lei 12.529/2011 (Lei do CADE) prevê que, diante da celebração de acordo de leniência, é possível a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável para as pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica. O §2^o do artigo 16¹⁰⁶ da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) prevê a possibilidade de celebração de acordo de

¹⁰² [...] § 5 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. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

¹⁰³ Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente 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.

§ 1^o Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2^o Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no artigo 8o desta Lei.

§ 3^o 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.

¹⁰⁴ Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

¹⁰⁵ Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

¹⁰⁶ Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as

leniência com a isenção de sanções ou a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável à pessoa jurídica responsável por atos contra a administração.

Por fim, relativamente à delação premiada celebrada no contexto de organização criminosa, a Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas) prevê no seu artigo 3º¹⁰⁷ que o instituto é meio de obtenção de prova com a aplicação de redução da pena em até 2/3 ou com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A depender da relevância da colaboração (artigo 4º¹⁰⁸), a acusação pode requerer a concessão de perdão judicial ou suspender a apresentação da acusação por até 6 meses, prorrogáveis por igual período, ou mesmo deixar de oferecer a denúncia se o colaborador não foi líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração. A colaboração pode ser celebrada, inclusive, após a prolação de sentença, acarretando a redução de até metade da pena ou a progressão de regime.

pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do artigo 6º e no inciso IV do artigo 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

¹⁰⁷ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

[...]

¹⁰⁸ Artigo 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

É possível se observar que a colaboração pressupõe ter sido o crime cometido mediante o concurso de agentes. Ou seja, ela se diferencia da simples confissão, como ato individual daquele que decide relatar o ocorrido. Justamente nesse contexto percebe-se que todos os normativos preveem como condição para a aplicação de benefícios a efetividade da colaboração. É exigido que da colaboração, entendida como meio de obtenção de prova, seja advindo algum resultado prático que justifique o Estado abrir mão do seu poder/dever de punir o indivíduo, total ou parcialmente.

Dentre exemplos, a legislação destaca um rol não taxativo, *numerus apertus*, de possíveis resultados obtidos mediante a colaboração, tais como a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa; identificação das infrações penais por eles praticadas; revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, entre outros.

3.3 A BARGANHA COMO CONCESSÃO DO ESTADO PARA OBTENÇÃO DE PROVAS E O *DELACIONLISMO*

Como destacado, para que houvesse incentivos à adoção a postura de colaborador, em detrimento a postura de adversário, contendor ou de oposição diametralmente oposta de partes, foi necessária a ampliação de benefícios ao colaborador. Tal postura do Estado somente faz sentido na pressuposição de que os agentes racionalmente conduzem suas ações. Pela ótica da análise econômica do direito, esse conflito percebido entre o Estado e os agentes envolvidos em criminalidade em contexto de organizações criminosas, podem ser representadas como jogos¹⁰⁹, em que as decisões desses agentes são tomadas levando em consideração as ações dos demais, ou seja, fundamentadas em um cálculo, em uma racionalidade.

Não se pode olvidar a tradição romano-germânica do ordenamento brasileiro. Assim como na maioria dos países da Europa ocidental (como na Itália), a celebração de acordos entre a acusação e a defesa deve ser precedida de instrumento normativo primário. Em outras

¹⁰⁹ A formalização da Teoria dos Jogos ocorreu com a publicação da obra *Theory of Games and Economic Behavior*, elaborada por John Von Neumann e Oskar Morgenstern. O livro foi publicado em 1944 contendo uma teoria matemática dos jogos baseado na Teoria dos Jogos de estratégia. Trata-se do estudo da interação entre agentes racionais, em que se analisa o comportamento de determinados indivíduos e organizações, partindo do pressuposto de que as estratégias escolhidas por estes serão as mais racionais, e, por conseguinte, as melhores.

palavras, deve ser precedida de lei em sentido formal. Nessa linha, a inserção de espaços de consenso no processo penal depende da vontade do legislador, que delimitará o rol de possibilidades, dentro do que seria a mais ampla autonomia privada (regente dos sistemas consuetudinários).

A barganha passa a ser meio de obtenção de provas à disposição do Estado, prevista nos institutos já mencionados, no intuito de elucidar e reprimir a prática delitiva por integrante de organização criminosa. A barganha celebrada entre a acusação e o investigado, ou acusado, pode ser traduzida na colaboração premiada.

O *delacionismo*, entendido como uma mudança de postura dos agentes delitivos que, agora, buscam ser os primeiros a colaborar, tem sua origem nos incentivados pela inserção de benefícios e estimulados a celebração de acordos.

Não serão tratadas nesse trabalho as questões éticas envolvidas na delação, até mesmo porque adota-se como premissa não fazer sentido o estímulo à *omerità*¹¹⁰ em desfavor do esclarecimento dos fatos e desarticulação de uma organização criminosa. Parte-se do pressuposto da necessidade de efetividade no combate à criminalidade organizada como fator fundamental para dissuasão dos agentes criminosos.

Sendo as negociações preliminares determinantes do resultado da colaboração, inclusive definindo qual das partes oferece a proposta de acordo e quais vantagens serão oferecidas (ou mesmo solicitadas), fatores como o tempo e a urgência devem ser considerados. Para tanto, é prática comum a celebração de pré-acordos e, posteriormente, de acordos de colaboração, propriamente ditos.

3.4 FASES DA COLABORAÇÃO PREMIADA.

Para celebração dos acordos de colaboração premiada, com o seu conseqüente acolhimento pela autoridade judiciária, como já mencionado, é necessário que: (i) trate de investigação ou processo envolvendo o crime de organização criminosa ou crime praticado no âmbito de organização criminosa; (ii) a colaboração seja efetiva e voluntária¹¹¹; e (iii) seja obtido efetivo resultado. Portanto, a colaboração não gera o efeito automático ou direito subjetivo ao colaborador (como o perdão judicial ou a redução da pena).

¹¹⁰ Entendida como um código de honra que importaria no silêncio e não cooperação com as autoridades, originado nas máfias italianas.

¹¹¹ Não se exige a espontaneidade, mas apenas a voluntariedade, ou seja, ela pode ser proposta ou estimulada e não depende da iniciativa do investigado.

Ante a necessidade de cumprimento a contento do acordo celebrado (e da avaliação de outras circunstâncias previstas no § 1º do artigo 4º da Lei 12.850/2013), é importante a sua definição e a sua elaboração. O instrumento deve ser escrito, por expressa previsão do artigo 6º da mesma lei, e consiste em três fases: a negociação e a celebração do acordo, a homologação e a apreciação do seu cumprimento (BALTAZAR JUNIOR, 2014).

A fase de negociação e celebração do acordo é feita pela autoridade policial e o investigado (com a intervenção do Ministério Público), ou entre o Ministério Público e o acusado, sempre com a anuência do defensor. Caso haja sucesso nas tratativas, ela se encerra com um pré-acordo ou com o acordo, propriamente dito, mas que não envolve a quantidade do benefício a ser concedido. Trata-se apenas de acordo de colaboração, que desencadeia as demais fases.

Quanto à celebração de pré-acordos de colaboração premiada, essa tem sido uma cautela adotada para que se estabeleçam as obrigações assumidas pelas partes com vistas à celebração do acordo propriamente dito. De outra forma, nesses instrumentos são estabelecidos requisitos mínimos e medidas premiaias a serem avaliadas no momento da celebração do acordo efetivo. São, ainda, tomados depoimentos, definidos a partir de quando os elementos de prova poderão ser utilizados em juízo e estabelecidas limitações em face dos signatários. Tudo isso desenha um esqueleto do que será, posteriormente, a celebração do acordo efetivo. Essa prática visa dar maior segurança jurídica ao colaborador que abre mão do sigilo envolvido no contexto dos crimes cometidos por organização criminosa e, já nesse momento, está exposto a riscos de represália ou mesmo de não aceitação da avença com os órgãos de persecução penal.

Tanto o pré-acordo, como o acordo devem conter o relato da colaboração e seus possíveis resultados, as condições da proposta, a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor, as assinaturas dos envolvidos e a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família¹¹² (quando necessárias).

Deve ficar claro que o acordo é, portanto, apenas uma proposta a ser encaminhada ao juízo competente. Nela as partes não transigiram sobre as sanções penais a serem aplicadas, mas sim um possível benefício a ser aplicado. Ou seja, a legislação limita a atuação do órgão de persecução penal e não vincula o magistrado da sentença (nem mesmo após a homologação do acordo). Cabe destacar que o juiz não participa desta fase por expressa vedação legal (§ 6º do artigo 4º da Lei 12.850/2013).

¹¹² Devidamente reduzidos a termo, nos ditames do artigo 6º da Lei 12.850/2013, *caput* e incisos I a V.

A fase seguinte, de homologação, se dá perante o juiz. O juiz figura, portanto, como um fiscal do cumprimento da lei pelas partes. Ele deixará de homologar o acordo se a proposta não atender aos requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade. Cabe destacar que, para decidir sobre a homologação, ele pode intimar o colaborador para ouvi-lo na presença do seu defensor. A decisão de homologação, com natureza jurídica de decisão interlocutória simples, não produz efeito de coisa julgada nem assegura a concessão de benefício ao colaborador. Ela apenas atesta¹¹³ que foram observados os requisitos legais até então.

A terceira fase, a apreciação do cumprimento do acordo, é feita no momento da prolação da sentença. Nela o mérito da colaboração será apreciado aplicando-se, ou não, o benefício e sua graduação. A concessão de eventual benefício depende, como já exposto, do comportamento do colaborador após a celebração do acordo e sua respectiva homologação até o momento da prolação da sentença. Cabe destacar que a legislação permite a celebração do acordo mesmo na fase da execução da pena, com a redução do espectro de possíveis benefícios¹¹⁴, trata-se de incidente especial da execução da penal, de competência do juiz das execuções.

Especificamente com relação ao benefício máximo de não oferecimento da denúncia, o órgão de acusação solicitará o arquivamento da investigação. Não havendo concordância, o magistrado poderá submeter a questão ao superior hierárquico do órgão acusador (§2º do artigo 4º da Lei 12.850/2013). Ademais, como destacado, a proposta feita pela acusação não é vinculante do órgão jurisdicional, podendo, mesmo nos casos em que houver pedido de perdão judicial, o juiz condenar o colaborador (artigo 385 do Código de Processo Penal).

Ainda com relação aos benefícios, o § 3º prevê a possibilidade de dilação do prazo para o oferecimento da denúncia ou de demais processos relativos ao colaborador. Assim, a acusação, ou mesmo os demais órgãos da administração com capacidade postulatória, podem, após a homologação do juízo, suspender pelo prazo de seis meses, prorrogáveis por igual período, o oferecimento da acusação até que sejam cumpridas as medidas de colaboração. Cabe destacar que a impossibilidade temporária de exercer a persecução penal foi considerada pelo legislador, que previu, assim, também a suspensão do respectivo prazo prescricional.

¹¹³Considerando a necessidade de acompanhamento da legalidade do procedimento, a decisão proferida somente qualifica o investigado como colaborador, ensejando as medidas relativas a essa situação, as partes podem, inclusive, se retratar da proposta (§ 10 do artigo 4º) e na sentença o juiz a reapreciará, aplicando, então, os efeitos que entender adequados (§ 11 do artigo 4º).

¹¹⁴ A pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de pena (artigo 4º, § 5º da Lei 12.850/2013).

Considerando a sistemática trazida pelo referido dispositivo, parece clara a opção do legislador pelo princípio da indisponibilidade da ação penal pública, não se limitando somente à hipótese de impossibilidade de sua desistência¹¹⁵ (após o seu oferecimento). Ainda que não seja objeto do presente trabalho discutir a questão do princípio da disponibilidade ou da oportunidade do oferecimento da denúncia, a legislação indica que, após formado o convencimento do órgão de persecução, o indiciamento ou o oferecimento da denúncia não estão dentro do espectro da discricionariedade regrada. Tal entendimento vai ao encontro ao princípio da indisponibilidade da coisa pública. Assim, a legislação não permite a discricionariedade sobre o não oferecimento da acusação, mas apenas concede prazo específico para a sua dilação.

Dois pontos merecem destaque, a lei estabelece que a “denúncia ou processos relativos ao colaborador” e não processos contra o colaborador serão suspensos. Isso significa que se trata da possibilidade de suspensão dos prazos de todo o processo em que ocorra a colaboração e não somente contra ele. Tal medida é adequada para a maximização da efetividade da colaboração. Caso o investigado tenha que concentrar esforços na sua defesa, provavelmente a colaboração e as provas por meio dela obtidas poderiam ser prejudicadas. Assim é concedido um prazo de respiro ao colaborador para que concentre no que o Estado entende ser mais importante no momento, o auxílio ao desvelo da estrutura da organização criminosa.

Em se tratando, essa suspensão, de prazo de natureza processual, dependerá de decisão judicial. Dela poderão ter conhecimento eventuais outros investigados ou acusados. Assim, como será a seguir exposto, o colaborador tem o direito de ter seu nome preservado, mas a existência de colaboração que justifique a suspensão do processo (com a suspensão do prazo prescricional para todos) torna inevitável o conhecimento dos demais, tendo em vista o seu direito de defesa. Portanto, deve ser tomado cuidado para a preservação do colaborador.

Uma vez homologado o acordo, como se viu, o investigado não tem a garantia de vir a receber os benefícios propostos, mas passa a ter a qualidade de colaborador. Poderá, então, ser ouvido pelo Ministério Público, pela autoridade policial e em juízo na instrução criminal, ainda que não denunciado, com as garantias do artigo 5º da Lei 12.850/2013 e sempre acompanhado de advogado.

Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará ao direito ao silêncio (§14 do artigo 4º) e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, ou seja, a colaboração também tem natureza de prova testemunhal, estando o colaborador sujeito às penas de falso

¹¹⁵ Previsão contida no artigo 40 do Código de Processo Penal.

testemunho (artigo 342 do Código Penal), ao crime do artigo 19 da Lei 12.850/2013 ou a denúncia caluniosa (artigo 349 do Código Penal), dependendo do conteúdo de suas declarações inverídicas.

Caso se torne desvantajosa a colaboração, o investigado poderá se retratar do acordo, perdendo a qualidade de colaborador. Nessa situação, a legislação previu que as provas produzidas contra ele em virtude do procedimento da colaboração não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Na realidade, tendo em vista o princípio *nemo tenetur se detegere* ou ainda do *right to silence*, nenhuma autoincriminação poderá ser levada em consideração. Isso deverá ser considerado pelo juiz na sentença, se entender infrutífera a colaboração e decidir pela não concessão dos efeitos de benefício ao agente (§16 do artigo 4º da Lei 12.850/2013).

A colaboração, considerada como meio de obtenção de prova, deve ser corroborada por outros elementos probatórios. Portanto, se a colaboração não foi efetiva, a afirmação isolada de alguém que se diz membro de organização criminosa não passa de mero indício, sem valor probatório isolado.

Uma questão que suscita discussão é a possibilidade de o juiz, na sentença de mérito, adequar os benefícios para o que melhor indicar o caso concreto. Para tanto, o norte seria o grau de efetividade da colaboração e as circunstâncias pessoais do agente, ou mesmo se a acusação pode requerer a rescisão posterior à sua celebração pelo descumprimento das suas disposições. Atualmente, o tema será objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na PET 7.003¹¹⁶ (processo número 0004604-22.2017.1.00.0000), de relatoria do Min. Edson Fachin.

Sobre esse ponto, o tema será tratado com mais detalhamento no próximo capítulo, e o estudo de caso tomará por base o que é objeto na referida PET 7.003.

Homologada a colaboração, seguir-se-ão os chamados atos de colaboração, como depoimentos, indicação de locais, identificação de pessoas, entre outros. Tais atos serão registrados, sempre na presença do advogado do colaborador, levando em conta os direitos dispostos no artigo 5º da Lei 12.850/2013.

Em virtude da ambivalência da colaboração, especificamente com relação ao acusado/investigado colaborador, a legislação atraiu o sistema de proteção estabelecido pela Lei nº 9.807/ 1999¹¹⁷. Cabe destacar que a Lei de 1999 exige a primariedade do agente

¹¹⁶ O processo encontra-se relatado e a expectativa é que seja pautado no segundo semestre de 2019.

¹¹⁷ O que se aplica da Lei n. 9.807/99 são as medidas de proteção decorrentes da inclusão no programa especial, mantido pela União e Estados, especialmente as previstas no artigo 7º dessa lei, que são: “Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

colaborador, o que não foi repetido na Lei de 2013, devendo ser aplicado o disposto na posterior, mais favorável ao colaborador. Deve ser acrescentada, ainda, a possibilidade da alteração de nome, conforme prevê a Lei de Registros Públicos (modificada pela de proteção, artigo 57, §7º, da Lei 6.015/73). Ademais, as medidas de proteção se estendem à família do colaborador no que for necessário.

Portanto, essas medidas, se necessárias e quando necessárias, aplicam-se ao colaborador a partir da homologação do acordo, durante a execução dos atos de colaboração.

Com relação à competência do órgão jurisdicional, a homologação do acordo torna preventivo o juízo. No processo penal, considera-se preventivo o juízo que praticar qualquer ato relativo à infração, ainda que anterior à denúncia ou queixa, como o pedido de concessão de fiança, de decretação de prisão preventiva, de diligência que dependa de autorização judicial, como a incomunicabilidade do preso, a requisição de informações de estabelecimentos bancários ou a busca domiciliar. No caso de existir na comarca mais de uma vara com a mesma competência, a distribuição para um desses efeitos já vale como distribuição para a eventual ação penal, prevenindo a competência.

Com relação ao trâmite processual, o pedido de homologação do acordo será autuado e, depois de homologado, dele constarão os atos resultantes da colaboração. O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações e resguardar a figura do colaborador. Quanto ao defensor, este terá amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial.

Aqui cabe a distinção de que o defensor do colaborador e não é o mesmo dos demais envolvidos. Há claro conflito de interesses entre as defesas, se da colaboração decorrer a

I – segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II – escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III – transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV – preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V – ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI – suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII – apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII – sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX – apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.”

imputação de crimes a terceiros. Portanto, deve ser mantido o sigilo dos autos de colaboração até o recebimento da denúncia. O próprio defensor do colaborador, porém, não terá acesso a diligências em andamento, porque ainda não está instaurado o contraditório pleno, mas se tratando de providência investigatória. Ele terá acesso posteriormente, concluída a diligência, com autorização judicial¹¹⁸.

Pela própria disposição da Lei, o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que é recebida a denúncia, salvo se houver necessidade de resguardar a intimidade do colaborador ou por relevante interesse social¹¹⁹. Contudo, serão resguardados os direitos do colaborador previstos no artigo 5º da Lei 12.850/2013.

Uma questão fundamental para dar concretude ao instituto é a segurança jurídica conferida ao colaborador. Segundo Humberto Ávila (2016, p. 286), A segurança jurídica traduz-se em uma norma princípio que exige dos Poderes instituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) a adoção de comportamentos que contribuam para um estado de:

[...] confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

Essa temática será abordada no capítulo seguinte, em que será apresentado o caso de delação premiada dos executivos da J&F no âmbito da operação Lava Jato.

¹¹⁸ A matéria, inclusive, é objeto de enunciado de Súmula Vinculante nº 14 e normalmente é objeto de questionamentos pelos aparentes conflitos com as normas previstas nos artigos 20 do Código Penal e artigo 7º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994 alterado pela Lei 13.245/2016).

¹¹⁹ Artigo 5º, LX, da Constituição Federal.

4 ESTUDO DE CASO

Resumo: nesse capítulo é feito o estudo de caso, propriamente dito, das colaborações premiadas celebradas pelos executivos da empresa J&F Investimentos no âmbito da operação denominada “Lava Jato”. É verificado, ainda, diante do pedido de rescisão das colaborações, a postura do magistrado e o seu dever de analisar a (in)validade do negócio jurídico processual penal.

Nesse capítulo é analisado o caso consistente nas colaborações premiadas celebrada pelos executivos da empresa J&F Investimentos no âmbito da operação denominada “Lava Jato”.

Para tanto, são tomados por base os documentos e acontecimentos amplamente divulgados nos meios de comunicação que culminaram na apreciação da PET 7.003¹²⁰ pelo STF (processo número 0004604-22.2017.1.00.0000). Ainda que a questão esteja pendente de apreciação no plenário daquela corte, não há empecilho para a análise das colaborações nele discutidas e as posturas adotadas pelos colaboradores e a acusação disso decorrentes.

4.1 APRESENTANDO O CASO

Inicialmente foi celebrado pré-acordo de colaboração premiada entre os executivos da J&F Joesley Batista, Wesley Batista e Ricardo Saud em abril de 2017. Na sua Clausula 2ª restou consignado que a avença, como negócio jurídico processual penal, era celebrada para conferir efetividade à persecução criminal de outros suspeitos, além de permitir a aplicação e o aprofundamento de investigações de crimes contra a Administração Pública, Administração da Justiça, Fé Pública, Sistema Financeiro Nacional, Ordem Tributária e Lavagem de Capitais. Além da esfera penal, os fatos identificados teriam repercussão nas esferas civil, tributária e administrativa.

A Cláusula 4ª do pré-acordo estabeleceu que as medias premiaias dependeriam de efetiva colaboração e seriam avaliadas quando da confecção do acordo de colaboração definitivo. Cabe destacar que o benefício de não oferecimento de denúncia foi aventado para Joesley Batista, Wesley Batista, enquanto para Ricardo Saud a previsão máxima de benefício foi o estabelecimento de um teto de condenação (quatro anos de reclusão em regime domiciliar) ou o requerimento de perdão judicial.

Já na Cláusula 8ª ficou estabelecido que os colaboradores, ou signatários, se obrigavam “sem malícia ou reservas mentais” a esclarecer espontaneamente todos os crimes que teriam

¹²⁰ O processo encontra-se relatado pelo Min. Edson Fachin e a expectativa é que seja pautado no segundo semestre de 2019.

praticado, participado ou conhecido, falar a verdade incondicionalmente, cooperar sempre que solicitado, entregar todos os documentos que possuísem, indicar nome e contato de pessoas que tivessem elementos de informação, comunicar o contato por qualquer coautor, informar senhas, logins, contas e dados de dispositivos eletrônicos, fornecer informações e documentos de contas bancárias e telefônicas, além de colaborar amplamente com outros órgãos e autoridades públicas. Diante dessas obrigações, a Cláusula 16 previu a rescisão do pré-acordo diante o descumprimento “sem justificativa” dos compromissos assumidos, bem como diante da mentira ou omissão relativa a fatos ilícitos ou sonegação de documentos e elementos de prova.

Como corte temporal da colaboração, foi estabelecido na Cláusula 3ª que os ilícitos objeto da colaboração seriam os praticados e revelados até a data de sua assinatura, 7 de abril de 2017, e os eventualmente abrangidos por decisão judicial autorizativa de ação controlada ou outra técnica especial de investigação. Para tanto, os fatos ilícitos foram descritos em depoimentos e anexos entregues pelo advogado do grupo Dr. Francisco Assis e Silva. Na oportunidade da celebração, foram entregues 5 *pendrives* com conteúdos variados.

Também na oportunidade foram celebrados termos de consentimento de interceptação telefônica, quebra de sigilo telemático e de dados em virtude da negociação de acordo de colaboração, tendo os colaboradores renunciado à garantia de silêncio e de não autoincriminação, se comprometendo a dizer a verdade¹²¹.

Em menos de um mês, as avenças definitivas foram celebradas. As colaborações dos executivos¹²² da J&F foram fechadas em 3 maio de 2017, contendo, ao todo, 2700 páginas, com mais de 30 anexos, divididos em 11 volumes. Nelas foram consignados depoimentos e diversos documentos com indícios de crimes envolvendo políticos (como governadores, parlamentares e, o então presidente da república Michel Temer).

Em troca da revelação do que sabiam e do auxílio no desvelo de diversos fatos criminosos, os executivos chefes do grupo, Joesley Batista, Wesley Batista, obtiveram da Procuradoria-Geral da República o compromisso de não oferecimento da denúncia relativamente aos fatos apurados e a postulação de perdão judicial para os processos em que a

¹²¹ Cabe destacar que, diferentemente do sistema americano, no Brasil não há crime de perjúrio. Ou seja, caso o réu minta não há sanção penal se essa mentira não constitui crime autônomo. Contudo, a obstrução de justiça foi prevista como delito autônomo na Lei 12.850/2-13 (art. 2º, § 1º).

¹²² Os acordos foram celebrados pelo MPF com Joesley Batista (f. 47-69 do apenso 1), Wesley Batista (f. 10-22 do Apenso 2), Ricardo Saud (f. 16-27 do Apenso 3), Florisvaldo Caetano de Oliveira (f. 2-13 Apenso 4), Demilton Antônio de Castro (f. 2-13 do Apenso 5), Francisco Assis e Silva (f. 2-13 Apenso 6) e Valdir Aparecido Boni (f. 2-13 Apenso 7).

denúncia criminal já tivesse sido oferecida. Tal benefício foi consignado na Cláusula 4ª da referida delação, confirmado o que já constava do pré-acordo. *Ipsis litteris*: “não oferecimento de denúncia em relação aos fatos que foram relatados no acordo. Em caso de inquéritos já em andamento, terá imunidade a denúncia já oferecida e perdão judicial”.

O acordo novamente consignou as obrigações para os delatores e deixou claro que não poderiam mentir ou omitir informações sobre os fatos expostos e investigados, renunciando ao seu direito ao silêncio. Caso esse compromisso fosse descumprido, a sanção aplicada seria a rescisão do acordo. Essa foi a avença consignada na Cláusula 26. *Ipsis litteris*: "perderá efeito, considerando-se rescindido, se o colaborador mentir ou omitir, total ou parcialmente, em relação aos fatos ilícitos que praticou, participou ou tem conhecimento”.

Do conteúdo dos depoimentos e documentos apresentados, é possível inferir crimes contra ao Sistema Financeiro Nacional, lavagem de capitais, caixa dois e corrupção de diversos funcionários públicos e parlamentares.

A Cláusula 3º do acordo, no seu parágrafo 2º, previu o prazo de 120 dias contado da assinatura (3 de maio de 2017) para a apresentação de novos anexos, desde que não fosse caracterizada má-fé da sua omissão dolosa. Assim, no dia 31/08/2017, último dia do prazo estabelecido, os colaboradores entregaram 16 arquivos de áudio.

Em 8 de maio de 2017, os acordos de colaboração premiada foram submetidos ao STF, tendo sido preferido juízo de delibação sobre a regularidade, voluntariedade e legalidade dos acordos em 11 de maio de 2017. O plenário do STF, em 29 de junho de 2017, confirmou que era atribuição do Relator do caso, monocraticamente, homologar os acordos de colaboração premiada, sendo a decisão final do mérito relativa à avaliação de seu cumprimento, afeta ao plenário da Corte.

Analisando o conteúdo do áudio denominado “PIAUI RICARDO 3 17032017.WAV” a PGR alegou ter constatado a participação de Procurador da República, órgão da acusação, auxiliando os interlocutores, a pretexto de influenciar o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público Federal, na celebração do acordo de colaboração propriamente dito.

Assim, em 5 de setembro de 2017, a PGR submeteu o documento ao STF e, em 14 de setembro do mesmo ano, protocolizou o pedido de homologação da rescisão dos acordos dos executivos Ricardo Saud ao STF pelo descumprimento da Cláusula 25 do acordo de Joesley Batista e Cláusula 25 do acordo de Ricardo Saud e Francisco de Assis.

Segundo a PGR, em áudio aparentemente gravado em 17 de março de 2017, ou seja, antes da celebração do acordo definitivo, o ex-Procurador da República Marcelo Miller teria

atuado em favor dos colaboradores, antes mesmo da sua exoneração do Ministério Público Federal.

Segundo consta dos autos, os fundamentos da rescisão foram:

(i) as principais cláusulas do acordo são permeadas pelo dever de dizer a verdade e de não omitir fatos criminosos de que tenham conhecimento; (ii) os colaboradores Joesley Mendonça Batista e Ricardo Saud agiram de má-fé ao omitirem gravação, no momento da celebração da avença, relativa a fato criminoso envolvendo o Senador da República Ciro Nogueira, consistente no pagamento de R\$ 500 mil reais em troca de apoio à ex-Presidente Dilma Roussef por ocasião do *impeachment*; (iii) houve má-fé ao omitirem da Procuradoria-Geral da República as diversas menções a possível crime de exploração de prestígio, obstrução às investigações e participação em organização criminosa do ex-Procurador da República Marcello Miller, os quais restaram evidenciados a partir do áudio mencionado; (iv) referido ex-Procurador da República, antes de se desligar formalmente do Ministério Público, segundo a Procuradoria Geral da República, auxiliou os colaboradores a escamotear e manipular os fatos e provas, filtrar informações e ajustar depoimentos; (v) o colaborador Ricardo Saud agiu contra as regras estabelecidas no acordo ao omitir a titularidade de conta bancária no Paraguai, cuja existência apenas mencionou quando da apresentação de anexos complementares; (vi) o colaborador Ricardo Saud faltou com a verdade ao informar ao MPF que seu celular havia sido entregue à Polícia Federal, quando indagado sobre se teria, ainda em seu poder, as mensagens trocadas com Marcelo Miller antes da celebração do acordo; (vii) apesar da rescisão, são válidas as provas produzidas pelos colaboradores quer contra eles próprios, quer contra terceiros incriminados. Eis a síntese da decisão administrativa no âmbito da PGR.

Em fevereiro de 2018, a PGR, já sob o comando de Raquel Dodge, incluiu nas rescisões os acordos de Wesley Batista e Francisco de Assis, por entender que os colaboradores instrumentalizaram as colaborações com o uso de informações privilegiadas no mercado de ações (*insider trading*). Segundo a acusação, com base em relatórios periciais da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Wesley Batista teria ordenado operações atípicas após as celebrações dos acordos, mas antes de comunicar o fato ao mercado, rendendo ao Grupo quase R\$ 70 milhões.

4.2 POSTURAS DAS PARTES EM JOGO

Diante desses fatos, retomando a perspectiva da racionalidade, ainda que limitada, já delineada no capítulo segundo, é possível verificar a instrumentalização da colaboração premiada por parte dos colaboradores.

Tal postura pode ser explicada conforme a análise econômica dos acontecimentos, sob a perspectiva da Teoria dos Jogos¹²³. Por meio dela é possível explicar as interações sociais e econômicas apresentadas.

¹²³ A Teoria dos Jogos foi apresentada na obra *Theory of Games and Economic Behavior* por John von Neumann

Para tanto, antes de continuar a análise do caso, é preciso uma pausa para uma pequena explicação sobre a Teoria dos Jogos.

4.2.1 As regras do jogo

Os modelos desenvolvidos dentro da Teoria dos Jogos podem ser traduzidos como jogos em que se estuda a otimização das tomadas de decisões das partes envolvidas. Assim, diversos modelos foram concebidos a depender das situações e das posturas dos jogadores. Para o caso, o mais adequado é o modelo dos jogos não cooperativos¹²⁴, pois ainda que haja uma colaboração em sentido formal, os interesses geralmente são opostos, refletindo da tensão intrínseca da relação entre a acusação e a defesa.

Assim, segundo esse modelo, a busca da melhor estratégia tomada individualmente pelos colaboradores tende a alcançar um ponto de equilíbrio, como um resultado ótimo¹²⁵ que não demande cooperação da acusação, ou em que a cooperação seja menos relevante. Alcançada essa melhor solução individual, a postura dos colaboradores é conduzida por atitudes em que se verifica estabilidade, não havendo incentivo para que os agentes alterem o seu comportamento. Esse fenômeno também é conhecido como o equilíbrio de Nash¹²⁶.

Nesse contexto destaca-se o modelo teórico denominado de Jogo do Dilema do Prisioneiro¹²⁷. Nesse modelo, dentre as estratégias possíveis, colaborar com a investigação seria uma estratégia dominante fraca, ou seja, traria maior risco de resultado pior por depender das posturas dos demais. A não colaboração, por outro lado, seria a postura com mais chances de

e Oskar Morgenstern, em 1944. A partir dessa premissa permite-se analisar como as decisões individuais geram implicações para outras pessoas, bem como qual seria a decisão estratégica, como diferenciada das demais decisões.

¹²⁴ A questão essencial é: dado um conjunto de restrições externas, exógenas, e um conjunto de jogadores ou agentes racionais em um jogo, bem como considerando todas as informações sobre os objetivos desses tomadores de decisões, qual seria a melhor estratégia que cada um deles deve tomar? Esse modelo se contrapõe às relações cooperativas, em que os interesses não são opostos.

¹²⁵ A teoria busca, então, analisar a combinação de estratégias em que cada uma seja a melhor possível para o agente, levando em consideração a escolhida pelos demais (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011).

¹²⁶ O equilíbrio de Nash representa uma situação em que, em um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente. O conceito de equilíbrio de Nash enquadra-se na denominada Teoria dos Jogos, apresentada na obra *Theory of Games and Economic Behavior*, apresentada por John von Neumann e Oskar Morgenstern em 1944. Foi no âmbito dos jogos não cooperativos que John Forbes Nash Jr apresentou o que ficou conhecido como equilíbrio de Nash, conceito que foi por ele apresentado em 1951. Por esse modelo matemático, Nash foi premiado em 1994 com Prêmio Nobel de Economia (por suas descobertas quanto aos equilíbrios não-cooperativos dentro da Teoria dos Jogos).

¹²⁷ Jogo que constitui um problema clássico da Teoria dos Jogos, inventado em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher, adaptado e divulgado por Albert William Tucker. Nele são presos dois suspeitos, ficando separados, e, diante da insuficiência de provas, lhes são oferecidos benefícios de redução de pena para que colaborem. Caso o primeiro colabore com a investigação, terá sua pena reduzida e o outro receberá a pena completa e vice-versa. Caso nenhum colabore com a investigação, as penas serão mínimas por ausência de provas. Se ambos colaborarem e confessarem, não receberão os benefícios e receberão a pena completa.

sucesso independente da postura dos demais agentes. Portanto, o ponto de equilíbrio estaria situado na estratégia de não colaboração, como consequente da eliminação das demais condutas dominantes fracas iterativas, ou seja, as condutas que dependeriam das dos demais agentes.

No centro da tensão da relação das partes (acusação e defesa) destacam-se o direito de liberdade, por um lado, e a necessidade de elucidar o caso para não haver a dissipação das provas ou mesmo o transcurso do lapso temporal prescricional, do outro. Essas variáveis levam à barganha e ao que os teóricos nominaram de impaciência assimétrica, o que poderia ser traduzido como o custo de oportunidade. Ou seja, a demora pode custar mais à acusação que ao acusado e por outro lado pode afetar a oferta de benefícios (BIERMAN; FERNANDEZ, 2011)

Essa impaciência da acusação pode ser relacionada com fator de desconto ofertado, ou seja, quanto maior a urgência na elucidação dos fatos, maiores serão os benefícios penais oferecidos, privilegiando o presente em detrimento do futuro (também explicável como desconto hiperbólico).

Não se pode desconsiderar, ainda, que a dificuldade de desvelo das condutas delitivas também tem influência. Caso o número de rodadas de negociações na barganha seja fixo, ao contrário do que mostra o senso comum, quanto maior a impaciência do órgão de acusação, menor será o fator de desconto no presente, e menor serão os benefícios inicialmente ofertados. Por outro lado, mantendo-se o cenário de escassez de informações, será maior o desconto no futuro, ou melhores os benefícios ofertados.

Entretanto, considerando um número de rodadas ilimitado, traduzível em um determinado espaço de tempo conferido para a obtenção de resultado efetivo por parte da acusação ou mesmo outra limitação circunstancial, as recompensas de equilíbrio dos agentes serão determinadas exclusivamente pelos fatores de desconto e de quem faz o primeiro movimento. Assim, havendo limitação, temporal ou circunstancial para o desvelo do fato, o ponto de equilíbrio das estratégias está relacionado com os benefícios ofertados e qual dos agentes se dirige ao outro primeiro, seja a acusação ofertando ou o acusado solicitando. Segundo o modelo matemático desenvolvido para o jogo, normalmente o agente mais paciente tem maior fator de desconto (recebe mais benefícios) e o primeiro a se mover tem uma pequena vantagem.

Cabe a observação de que o Dilema do Prisioneiro foi desenvolvido na década de 1950, motivo pelo qual o ponto de equilíbrio da estratégia se situava no silêncio e na não colaboração dos agentes delitivos. A delação era, inclusive, uma prática moralmente repreendida. Atualmente, como já destacado no capítulo quarto, a novidade, ou o fator que alterou essa

dinâmica, foi a possibilidade efetiva de oferta de benefícios racionalmente vantajosos por parte dos órgãos de persecução penal. Isso estimulou a alteração do ponto de equilíbrio para a colaboração efetiva por parte dos agentes delitivos, como se vê no caso em exame.

Essas questões também justificam o que corriqueiramente se observa quanto às rodadas de negociações entre os órgãos de acusação e os acusados. Por vezes essas tratativas têm durado meses.

Como já exposto, quando um agente não sabe quais serão os movimentos feitos pelos demais, a forma estratégica de atuação tende chegar em um ponto de estabilidade (o equilíbrio de Nash). Entretanto, há outro fator de complicação: em muitos casos, as recompensas não são de conhecimento comum, tais como nos jogos de informação incompleta, em que são traduzidos os pré-acordos de colaboração premiada entre a acusação e o acusado (como negócios jurídicos processuais penais). Nesse cenário, para se descobrir a estratégia dos demais agentes é necessário saber quais os motivos e as motivações envolvidas. Contudo, é justamente nessa assimetria de informação que reside o problema.

John Harsanyi (1988)¹²⁸ observou essa questão e desenvolveu um modelo para transformar jogos de informação incompleta em jogos de informação completa, porém imperfeita. Ele tratou os jogadores (ou agentes envolvidos) que têm recompensas diferentes como tipos distintos de jogador. Os agentes começam sabendo qual é o seu tipo, qual o seu motivo, mas não conhecem o de seus competidores ou demais agentes. Contudo, os agentes compartilham a mesma crença sobre como os valores interferem na escolha, de forma probabilística. Esse modelo foi nominado de jogo *bayesiano*¹²⁹.

Assim, ainda que haja certa assimetria de informação entre as partes envolvidas, especialmente quanto às suas motivações, é possível se estabelecer um ponto de equilíbrio, em que as estratégias se encontrariam com certa estabilidade. Tal equilíbrio é determinado pela

¹²⁸ Foi justamente esse modelo que o fez ganhar o Prêmio Nobel de Economia em 1994.

¹²⁹ Harsanyi (1988) observou que, exatamente como os agentes formam crenças sobre como seus oponentes atuarão, os agentes também devem formar crenças sobre quais são os seus objetivos. Assim, cada tipo de agente corresponde a uma determinada matriz de recompensas e cada um sabe seu próprio tipo, mas não o de qualquer um dos outros jogadores. Os tipos de agentes, então, são escolhidos probabilisticamente a partir do que se tem de conhecimento comum, ou seja, com crenças iniciais dos agentes em relação aos objetivos envolvidos. Esse novo tipo de abordagem proporciona a possibilidade de interpretação de uma estratégia mista, utilizando de conceitos desenvolvidos para o tipo de jogo estático padrão com informação completa. Em vez de pensar uma estratégia mista como uma escolha aleatória de um agente, podemos considerá-la como incerteza sobre o que o agente vai fazer. Harsanyi (1988) sugeriu, então, que essa incerteza poderia ocorrer devido à existência de uma pequena quantidade de informação incompleta sobre as recompensas. Ele conjecturou que qualquer equilíbrio de Nash de estratégia mista poderia ser interpretado como o equilíbrio de estratégia pura com uma pequena quantidade de informação incompleta.

assimetria com a aplicação de probabilidade baseada nas informações já conhecidas e nas tendências anteriormente observadas.

Portanto, os jogos *bayesianos* podem ser desenhados com propriedades particulares e conforme o princípio da revelação¹³⁰, seja pelas informações concretamente postas, seja pelas informações alcançadas por análises de probabilidade. Dito de outro modo, o resultado de equilíbrio de qualquer jogo *bayesiano* estático pode ser obtido como resultado de uma relação mais simples, denominado um mecanismo direto compatível com incentivos.

O mecanismo direto é um modelo de jogo estático no qual os agentes indicam o seu tipo a um juiz neutro e cada um recebe uma recompensa baseada nessas informações. O mecanismo, portanto, pode ser relacionado aos incentivos postos em uma investigação ou em um processo penal se realizar a delação for para cada agente um equilíbrio de Nash-*bayesiano*¹³¹.

Essa simplificação, conforme o modelo de jogo simplificando e determinando os equilíbrios de Nash-*bayesianos* seria a forma racional de auxílio de tomada de decisões pelos agentes envolvidos, tanto para o acusador quanto para o acusado.

¹³⁰ O princípio da revelação foi desenvolvido na década de 1970 para tornar o problema tratável. Assim, seu fundamento é a simplificação do problema sob o prisma de que uma ideia simples é o desenho de mecanismo. Formulado inicialmente por Gibbard (1971) e em sua maior generalidade por Myerson (1986), o princípio estabelece que, em sua busca do melhor mecanismo possível, o pesquisador pode restringir-se aos chamados mecanismos reveladores diretos verdadeiros (ou compatíveis em incentivos).

¹³¹ A estrutura da tomada de decisão racional, como estratégia, deve, assim, passar pelas seguintes análises: (i) se o agente que tem a informação incompleta deve se mover antes daquele que tem a informação completa, e nunca depois. Como consequência, o resultado poderá ser antevisto usando indução retroativa. Ou seja, partindo-se da situação atual e voltando às estratégias precedentes, em uma análise histórica do comportamento dos agentes, será possível deduzir a estratégia dos demais. No caso de uma delação, isso pode ser traduzido como uma verificação retrospectiva dos comportamentos dos agentes envolvidos e as posturas tomadas anteriormente; (ii) se a indução retroativa não puder ser usada, é necessário determinar e eliminar todas as estratégias dominantes (definindo a melhor estratégia independente da dos demais), e determinar e eliminar as estratégias dominadas iterativamente (definindo a melhor opção independente da dos demais repetidamente). Trata-se, portanto, de racionalmente antever as estratégias dos demais agentes, eliminando aquelas que são condicionadas às do demais agentes. Deve se buscar, então, aquelas estratégias que geram os maiores ganhos para quem toma a decisão. No caso de uma delação, esses fatores, como já mencionado, estão relacionados às necessidades, custo de oportunidade e assimetria de informação; (iii) toda vez que se aprender alguma coisa sobre a estratégia dos demais isso deve implicar na relação de crenças do agente não informada. Assim, para auxílio na tomada de decisões, principalmente quando os crimes envolvem necessariamente delitos plurissubjetivos, a informação sobre os demais agentes é vital, auxiliando, inclusive na análise de decisões sobre cenários desconhecidos; (iv) toda vez que se revisar as crenças do agente não informado é necessário determinar e eliminar quaisquer estratégias que agora são dominadas iterativamente. Novamente é destacado o papel da informação sobre os demais agentes, sendo o fator de redução da complexidade, como já ressaltado no Item II; (v) toda vez que se eliminar as estratégias dominadas iterativamente para um agente, é necessário verificar se isso cria novas estratégias dominadas iterativamente para os outros agentes. Ao descartar as estratégias mais fracas, é necessário visitar o impacto que essa eliminação terá na análise do comportamento dos demais agentes; (vi) se foram eliminadas todas as estratégias dominadas iterativamente, dependentes da dos demais, e com isso foram reduzidas as estratégias de cada agente a apenas algumas, haverá uma redução probabilística da complexidade. Após isso, será possível antever qual a forma estratégica mais eficiente de atuação.

4.2.2 O jogo jogado

Ao longo desse caso de colaboração premiada é possível observar a relação tensionada entre as partes envolvidas. Para além da apresentação do caso, para uma análise mais profunda se mostra necessária a descrição do contexto que foram inseridos os colaboradores e a acusação. Como ficará claro a seguir, essa dinâmica poder ser explicada pelos modelos teóricos desenvolvidos pela Teoria dos Jogos.

Retomando o que foi disposto na Cláusula 3º do acordo, no seu parágrafo 2º, ficou estabelecida a entrega de mais provas para além do que já havia sido disponibilizado no momento da celebração do pré-acordo e do acordo em si, configurando uma segunda leva de documentos. Foi nessa oportunidade, também chamada de delação complementar pelos órgãos de imprensa, que os delatores entregaram um áudio de uma conversa de quatro horas entre Joesley e Saud.

Uma informação importante é a deflagração do procedimento de colaboração por parte dos colaboradores, que buscaram a Procuradoria Geral da República em 27 de março de 2017 para o início das tratativas sobre o acordo, tendo sido o referido áudio gravado, provavelmente, em 17 de março de 2017.

Segundo os áudios, Ricardo Saud afirma que estaria “ajeitando” a situação do grupo empresarial J&F com o então procurador da república Marcelo Miller, bem como esse último estaria devidamente “afinado”. Ademais, quando da deflagração da operação Carne Fraca¹³² o referido procurador teria entrado em contato com Francisco Assis justificando a situação.

Portanto, o PGR entendeu que os colaboradores tinham a intenção de obter facilidades junto ao órgão por intermédio de Miller. O então procurador da república apresentou pedido de exoneração do Ministério Público Federal em 05 de abril de 2017, mas até então figurava como auxiliar eventual do grupo de trabalho instituído para os casos da Lava Jato em auxílio ao PGR (Portaria PGR/MPU nº 4 de 17/01/2017).

¹³² A operação Carne Fraca teve início no dia 17 de março de 2017 e investiga as maiores empresas do ramo de proteína animal do Brasil, dentre elas a JBS (com os mesmos sócios da J&F) e a BR Foods. Essas empresas foram acusadas de adulterar a carne que vendiam nos mercados interno e externo. O escândalo da carne adulterada no Brasil envolve mais de trinta empresas alimentícias do país e apontar agentes do governo acusados de liberar estas carnes. Gravações registraram a interferência do então Ministro da Justiça do Governo do ex-presidente Michel Temer, Osmar Serraglio, cobrando de um dos chefes do esquema e principal alvo da investigação Daniel Gonçalves Filho, sobre a fiscalização em um dos frigoríficos envolvidos. Somente na primeira fase, deflagrada em 17 de março de 2017, a operação foi divulgada como a maior realizada na história da Polícia Federal, com mais de 1.100 policiais federais nas ruas para cumprir 309 mandados em seis estados do Brasil e no Distrito Federal. Cabe a observação de que essas empresas doaram, juntas, aproximadamente R\$ 393 milhões de reais, oficialmente, para a campanha eleitoral de 2014. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/politica/carne-fraca-entenda-o-que-pesa-contra-cada-frigorifico/>> e em <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2017-03-17/carne-fraca.html>>. Acesso em 15 julho 2019.

Ainda no mês de abril de 2017, Miller apresentou-se perante o MPF como sócio da banca de advogados Trench, Rossi e Watanabe, contratada pelo grupo J&F para negociar a celebração de acordo de leniência¹³³ (instituto paralelo à colaboração premiada, com a distinção básica que sua celebração se dá com a pessoa jurídica para redução de penalidades nas esferas administrativa e civil). Ricardo Saud, ainda, teria mencionado no mesmo áudio uma conta no Paraguai não informada na assinatura do acordo (em maio de 2017), não tendo sido considerado o seu saldo para fins de fixação da multa e perda de valores ilícitos apresentados em anexo patrimonial como condição para oferecimento da sanção premial.

Rodrigo Janot, então, rescindiu unilateralmente as colaborações de Joesley e Saud e solicitou ao Supremo Tribunal Federal a homologação do ato. O ministro Edson Fachin, relator do caso no Supremo, suspendeu temporariamente parte dos benefícios previstos na colaboração premiada, por causa das referidas omissões, e, na prática, derrubou a proibição que havia de serem os colaboradores presos por fatos relacionados à investigação em curso. Esse pedido, como já mencionado, foi protocolizado 5 de setembro de 2017, e em 8 de setembro do mesmo ano o Procurador-Geral da República requereu a prisão temporária em desfavor de Joesley, Ricardo Saud e Marcello Miller. O Ministro Relator Edson Fachin, em 11 de setembro, decidiu pela decretação da prisão temporária (convertida, posteriormente, em preventiva) dos dois primeiros.

Para entendimento da gravidade da decisão, é preciso destacar que além das operações Lava Jato e Carne Fraca, os acionistas da JBS, e indiretamente da J&F, também foram alvos da operação *Greenfield*¹³⁴. Essa operação apura a prática de corrupção para obtenção de vantagens indevidas consistentes na desoneração da folha de pagamentos, concessão de créditos e aportes do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), investimentos de fundos de pensão, investimento do Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FI-FGTS), créditos tributários estaduais, tráfico de influência no Conselho

¹³³ Instrumento de colaboração da pessoa jurídica similar ao previsto no art. 4º da Lei 12.50/2013 (colaboração premiada), mas direcionado para a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas. Sua previsão se dá no art. 16 da Lei 12.846/2013: “art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”

¹³⁴ A operação Greenfield foi deflagrada em 5 de setembro de 2016. Ela investiga desvios nos fundos de pensão, bancos públicos e empresas estatais. Os valores iniciais dos prejuízos são estimados em pelo menos em R\$ 8 bilhões de reais. Também integram a operação a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A suspeita que foi objeto da segunda fase da operação, de 8 de março de 2017, foi a de que os acionistas de J&F fizeram um contrato de R\$ 190 milhões para mascarar o suborno a um empresário concorrente com o objetivo de impedir que esse revelasse informações de interesse da investigação.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pedidos para indicar diretores na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Assim, ainda que não seja objeto direto do presente trabalho, é necessário observar que antes da celebração dos referidos acordos de colaboração premiada na operação Lava Jato, há pelo menos duas grandes operações de investigação policial deflagradas em detrimentos dos envolvidos. Esse é o contexto das operações *Greenfield* (deflagrada em setembro de 2016) e *Carne Fraca* (deflagrada em março de 2017).

No âmbito da Procuradoria Geral da República foi instaurado o procedimento administrativo nº 1.16.000.001755/2017-62¹³⁵ para acompanhar o cumprimento do Acordo de Leniência celebrado entre o MPF e a J&F em 05 de junho de 2017. Nele ficou estabelecido o pagamento de valores na Cláusula 16, dando origem aos autos judiciais nº 36028-88.2017.4.01.3400, nos quais o acordo foi homologado para fins criminais perante a 10ª Vara Federal em Brasília.

A PGR, então, peticionou ao STF requerendo a rescisão do acordo de colaboração premiada firmado por Joesley Batista e Ricardo Saud, sob a alegação de “terem omitido fatos criminosos relevantes, descumprindo cláusulas do acordo”, além dos fatos acima citados (a existência de fato criminoso não divulgado envolvendo o Senador Ciro Nogueira também teria ensejado a rescisão).

Cabe, ainda, destacar que houve determinação de prisão dos executivos Joesley e Wesley Batista na segunda fase da operação Tendão de Aquiles¹³⁶, que tramita atualmente na 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo. A sua deflagração se deu em 13 de setembro de 2017. Nela foram cumpridos dois mandados de busca e apreensão e dois mandados de prisão preventiva em desfavor dos colaboradores da operação Lava Jato. Os fatos investigados na operação estão relacionados ao uso indevido de informações privilegiadas em transações no mercado financeiro ocorridas entre abril e maio de 2017, quando houve a divulgação de informações relacionadas a acordo de colaboração premiada firmado por ambos os presos e a Procuradoria Geral da República no âmbito da operação Lava Jato.

Joesley e Saud foram presos, novamente, em 9 de novembro de 2018 na operação Capitu¹³⁷ (tendo sido postos em liberdade diante de decisão da 6ª Turma do STJ).

¹³⁵ Conforme despacho disponível em <<http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/despacho-leniencia>> acessado em 16.10.2017.

¹³⁶ Disponível em <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2017/09/pf-deflagra-a-2a-fase-da-operacao-tendao-de-aquiles>>, acessado em 16.10.2017.

¹³⁷ Operação que visa a desarticulação de esquema criminoso envolvendo a Câmara dos Deputados e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Durante a operação a Polícia Federal constatou que os empresários teriam praticado obstrução de justiça, sendo presos também o então vice-governador Antônio Andrade e o

Atualmente os colaboradores foram denunciados pelo crime de *insider trading*¹³⁸. Segundo o MPF, entre 24 de abril e 17 de maio de 2017, os colaboradores teriam praticado a (i) venda de ações de emissão da JBS na bolsa de valores, por sua controladora (FB Participações S/A), e a (ii) compra dessas ações por parte da JBS. Nesse meio tempo teriam divulgado nota informando as celebrações das colaborações e o impacto da queda das ações da empresa teria sido absorvido pelos acionistas. Ou seja, teriam manipulado o mercado de ações para diluir o prejuízo que somente seria da FB Participações, uma empresa de capital fechado. A acusação relata, ainda, que houve intensa compra de contratos de derivativos de dólares¹³⁹ entre 28 de abril e 17 de maio de 2017 por parte da JBS em desacordo com a movimentação usual da empresa, gerando ganhos decorrentes da alta da moeda norte-americana após a divulgação das celebrações das colaborações.

Além do volume de crimes cometidos, das enormes quantias envolvidas e da participação de diversos agentes públicos e políticos, não podem ser desconsideradas as limitações circunstanciais que implicaram em limitação temporal e urgência para a acusação. O contexto do *impeachment* presidencial da ex-Presidente da República Dilma Rousseff em agosto de 2016, a assunção da Presidência da República pelo vice-presidente Michel Temer para completar o mandato entre agosto de 2016 e dezembro de 2018 (por pouco mais de dois anos) e o fim do mandato do então Procurador Geral da República com a indicação de novo Procurador-Geral por Michel Temer (um possível investigado) podem ser traduzidas em urgência por parte da acusação.

Já a defesa, conforme mencionado, estava diante de multiplicidade de persecução penal e investigações de esquemas de corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de influência e outros crimes, tendo tomado a iniciativa das tratativas e apresentado o primeiro movimento. Conforme já verificado, essa postura pode ser justificada pela pequena vantagem¹⁴⁰, que esse movimento lhe confere.

deputado estadual João Magalhães de Minas Gerais (ambos do MDB). A investigação aponta que empresários e executivos do grupo J&F pagavam propina a Antônio Andrade quando ele era ministro da Agricultura; ao sucessor dele, Neri Geller, que acaba de ser eleito deputado federal por Mato Grosso e foi preso nesta sexta; e ao secretário de Defesa Agropecuária na época, Rodrigo Figueiredo, também preso. Em troca, eles baixavam medidas que proporcionavam a eliminação da concorrência e monopólio de mercado para a empresa. Antônio Andrade foi ministro da Agricultura do governo Dilma Rousseff, de março de 2013 a março de 2014.

¹³⁸ Previsto no art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, com a redação dada pela Lei 10.303/2001.

¹³⁹ De acordo com as notícias veiculadas, o valor das operações (somente com os dólares) foi de quase US\$ 3 bilhões, o que teria proporcionado um lucro à JBS S.A. de US\$ 100 milhões.

¹⁴⁰ A decisão de tomada do movimento inicial constitui um problema, visto que em muitas situações a definição de quem sai em primeiro lugar não seria algo predeterminado, mas negociado. Entretanto, essa constatação justifica o fenômeno contemporâneo do “delacionismo”. Conforme o dilema do prisioneiro, o ponto de equilíbrio da estratégia se situa no silêncio, na não colaboração dos agentes delitivos. A delação era, inclusive, uma prática moralmente prevenida. A novidade ou o fator que alterou essa dinâmica foi, como fator externo, a possibilidade

Essa vantagem, entretanto, depende dos fatores de desconto ou da premiação. Das circunstâncias acima expostas, é possível concluir frente a urgência circunstancial da acusação que os fatores de desconto seriam elevados e os benefícios ofertados seriam verdadeiramente vantajosos.

4.2.3 O apito do juiz

À primeira vista, pode se ter a impressão de que os jogadores podem tomar qualquer postura e de que durante o jogo vale tudo. Entretanto, é fundamental que processo penal seja obedecido e que, por outro lado, as suas regras sejam prévias e claras¹⁴¹. Essas observações são mais relevantes ainda no transcurso de jogos não cooperativos, como o caso da colaboração premiada.

Ganhar o jogo para a defesa significa em sentido estrito a isenção penal e em sentido amplo também a manutenção de certo patrimônio e *status*. Já para a acusação, ganhar o jogo significa desvelar a estrutura criminosa, estrangulá-la financeiramente e punir seus integrantes (mormente seus líderes).

Para tanto, ainda que seja permitida a aceleração do processo penal e a inserção de espaços de consenso, não pode ser admitida como válida a jogada de trapaça. Em um regime de Estado Democrático de Direito, o *fair play* dever ser tutelado pela figura do juiz imparcial. Sua função é garantir que os contendores se mobilizem dentro das balizas das regras do jogo, assim consideradas as normas legalmente estabelecidas.

Conforme destaca Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 359-61) o *subjectu*, como um sujeito participante do processo (seja como parte ou como juiz), deve ser colocado debaixo da lei. Portanto, a liberdade das partes é limitada. O jogo, e o processo penal, só se sustenta como tal porque tem regras.

Ademais, a integridade do sistema também dever ser preservada, traduzível como a fraternidade de Dworkin (2010). Há um dever de previsibilidade em tratar todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito, sendo esse uma premissa de segurança jurídica.

Por isso, quando verificadas posturas e proposições em desconformidade com essas premissas e limites deve ser constatada a ilegalidade e aplicada a consequência jurídica.

efetiva de oferta de benefícios racionalmente vantajosos.

¹⁴¹ Com o fim de diminuir eventuais imprecisões em que se apelará para a discricionariedade do julgador, objeto de crítica doutrinária com a posta por Dworkin na obra “O império do direito” (2010).

Tratando-se de Ciência Social Aplicada, sempre haverá a necessidade de interpretação diante de omissões, polissemias ou conceitos indeterminados. Contudo, uma resposta interpretativa plausível deve proporcionar o melhor significado que ele pode atingir no presente contexto.

As regras específicas do jogo em que se traveste a colaboração premiada sob análise já foram objeto de estudo no IV Capítulo desse trabalho. O que importa destacar é o estabelecimento na legislação atual sobre a relevância da efetividade da colaboração para fins de concessão de benefícios, considerados como parâmetro de fator de desconto.

Também já foi abordado que não se trata de um crime cometido por agentes delitivos tradicionais, o que precisa ser levado em consideração. Como destacado por Becker (1968) a probabilidade de um infrator ser descoberto e condenado e a natureza e extensão de punições diferem muito de pessoa para pessoa e de atividade para atividade. Conforme a colaboração dos réus, houve o pagamento de corrupção para obter vantagens para suas empresas e viabilizar negócios que formaram o maior grupo privado do país e a maior companhia de carne do mundo. O faturamento do frigorífico saltou de R\$ 4 bilhões em 2006 para R\$ 170 bilhões em 2016. Somente o acordo de leniência envolvendo as investigações nas operações Greenfield, Sepsis, Cui Bono, Bullish e Carne Fraca envolveu o pagamento de R\$ 10,3 bilhões¹⁴².

Portanto, caberá ao magistrado relator do caso, Min. Edson Fachin, propor ao plenário do STF sancionar as posturas que transbordaram dos limites legais, ou seja, do que foi estabelecido nos artigos 4º a 7º da Lei 12.850/2013. Para tanto, ele poderá:

(i) Reconhecendo como cumpridos totalmente os acordos de colaboração (ou seja, na hipótese do STF entender terem os acordos sido cumpridos substancialmente, sem qualquer omissão ou descumprimento relevante), manter o acordo sem rescisão;

(ii) Reconhecendo o descumprimento parcial dos acordos de colaboração premiada (ou seja, na hipótese do STF entender terem os acordos sido cumpridos de forma incompleta, com alguma omissão ou descumprimento relevante), manter o acordo, mas redimensionar ao final da instrução do processo a premiação oferecida aos colaboradores; ou

¹⁴² Após semanas de negociações e resistência dos executivos da J&F, o acerto com os procuradores da República foi fechado. A negociação bilionária assegurará o fim dessas investigações e valor de R\$ 10,3 bilhões representa apenas 5,62% do faturamento livre de impostos registrado pelas empresas do grupo em 2016. Esse valor representa mais que a soma do que será pago por pelas construtoras no âmbito da Lava Jato (Odebrecht R\$3,28 bilhões, Brasken R\$ 3,1 bilhões, Andrade Gutierrez R\$ 1 bilhão e Camargo Corrêa R\$ 700 milhões. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/jf-fecha-acordo-de-leniencia-com-mpf-por-r-103-bilhoes-diz-mpf.ghtml>> Acesso em 20 jul 2019.

(iii) Reconhecendo o descumprimento total dos acordos de colaboração premiada (ou seja, na hipótese do STF entender serem os acordos de colaboração totalmente imprestáveis e terem sido totalmente descumpridos, sem qualquer cumprimento relevante), declarar o acordo de leniência rescindido por culpa dos colaboradores, mantendo as provas ou elementos de prova nos autos, com a ressalva de não poder serem utilizados exclusivamente em desfavor dos colaboradores.

4.3 ANÁLISE DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DA RESCISÃO, A (IN)VALIDADE DA COLABORAÇÃO

Como destacado, a acusação alega que os colaboradores descumpriram suas obrigações, devendo a sanção de rescisão do negócio jurídico processual celebrado ser aplicada. Portanto, não há como prescindir de abordar, ainda que de forma sucinta, a questão da validade e da eficácia do negócio jurídico celebrado. No capítulo referente ao *consensualismo* foi abordada a questão da possibilidade de celebração do negócio jurídico processual penal, em especial o que traduz a colaboração premiada. Ao tratar da rescisão dessa avença, é necessário, portanto, observar que o instituto remete à validade e ao inadimplemento do negócio jurídico.

Tanto a defesa quanto a acusação têm conhecimento dessa natureza, como se pode inferir do que consta em f. (4.795) da Pet 7.003, relativa ao depoimento de Ricardo Saud:

ADVOGADO - Perfeito. É... Por ocasião já da assinatura do acordo, e já do acordo definitivo, de colaboração premiada, [...] ao senhor foi garantido a não denúncia. O senhor sabe nos dizer o motivo? COLABORADOR - Pois é, pois é. Isso é um negócio, Doutor, interessante. Aí a Fernanda trabalhou muito bem nisso. Melhorou a redação lá, e colocou de um jeito que se as minhas provas fossem eficazes e tal tudo, eu teria não denúncia. [...]

Doutor, eu fiz todas essas ações controladas, sem nunca ter lido esta cláusula. Eu nunca tinha lido esta cláusula! E fiz com todo afinco, com toda determinação, com decisão, porque eu queria limpar o passado, eu queria fazer o negócio bem feito! Aí, depois, quando foi lá assinar o contrato, que eu vi que eu tinha ganhado não denúncia.

Apesar de aparentemente estranhos esses termos ao processo penal, sua aplicação é amplamente disseminada no direito privado. O artigo 113¹⁴³ do Código Civil traz o princípio da eticidade e da socialidade, determinando o reconhecimento da interpretação mais favorável àquele que tenha uma conduta ética de colaboração e de lealdade, como formas de apresentação da boa-fé objetiva (segundo a teoria objetiva da interpretação dos contratos e negócios

¹⁴³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

jurídicos). Para Miguel Reale (2006, p.240), o dispositivo traz uma previsão interpretativa do instituto da boa-fé objetiva e da sua função social.

A utilização do termo rescisão¹⁴⁴ de forma vulgar pode abarcar os fenômenos da invalidação, do descumprimento ou da extinção unilateral negócio jurídico. O primeiro deles, a invalidação, é consequência de um determinado vício, ou defeito, na formação do negócio jurídico. Diante desse vício, a sanção processual aplicada é retirada do negócio jurídico e do mundo jurídico sem a produção de efeitos. Já o segundo termo, descumprimento¹⁴⁵, é percebido durante a execução do que foi estabelecido. Pressupõe, então, um negócio válido e eficaz que deixa de produzir efeitos diante do descumprimento do que foi estabelecido, e também pode ser chamada de justa causa. Por fim, o terceiro, a extinção unilateral, trata de um direito potestativo¹⁴⁶ de cindir o acordo de forma unilateral e é exceção que somente tem cabimento quando autorizado previamente¹⁴⁷.

Segundo Pontes de Miranda¹⁴⁸ (1974, tomo 3, p.15), a rescisão estaria situada no plano de eficácia dos negócios jurídicos, tendo sido superados os planos de existência e de validade. Conforme autor, nesse patamar tem cabimento a discussão sobre os efeitos produzidos pelos negócios jurídicos em relação às partes e em relação a terceiros.

Novamente retomo os fundamentos do pedido de rescisão da Procuradoria da República, que fundamenta o inadimplemento dos acordos nos seguintes termos:

(i) as principais cláusulas do acordo são permeadas pelo dever de dizer a verdade e de não omitir fatos criminosos de que tenham conhecimento; (ii) os colaboradores Joesley Mendonça Batista e Ricardo Saud agiram de má-fé ao omitirem gravação, no momento da celebração da avença, relativa a fato criminoso envolvendo o Senador da República Ciro Nogueira, consistente no pagamento de R\$ 500 mil reais em troca de apoio à ex-Presidente Dilma Roussef por ocasião do *impeachment*; (iii) houve má-fé ao omitirem da Procuradoria-Geral da República as diversas menções a possível crime de exploração de prestígio, obstrução às investigações e participação em organização criminosa do ex-Procurador da República Marcello Miller, os quais restaram evidenciados a partir do áudio mencionado; (iv) referido ex-Procurador da República, antes de se desligar formalmente do Ministério Público, segundo a Procuradoria Geral da República, auxiliou os colaboradores a escamotear e manipular os fatos e provas, filtrar informações e ajustar depoimentos; (v) o colaborador Ricardo Saud agiu contra as regras estabelecidas no acordo ao omitir a titularidade de conta bancária no Paraguai, cuja existência apenas mencionou quando da apresentação de anexos complementares; (vi) o colaborador Ricardo Saud faltou com a verdade ao informar ao MPF que seu celular havia sido entregue à Polícia Federal, quando indagado sobre

¹⁴⁴ O Título V, Capítulo II do Código Civil trata do tema.

¹⁴⁵ Artigos 474 e 475 do Código Civil.

¹⁴⁶ Direito potestativo é o que independe de acordo de vontades e permite a um sujeito submeter outro, a uma sujeição jurídica.

¹⁴⁷ Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

¹⁴⁸ Que deu origem ao que ficou conhecido como “escada ponteana” sobre os planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos.

se teria, ainda em seu poder, as mensagens trocadas com Marcelo Miller antes da celebração do acordo; (vii) apesar da rescisão, são válidas as provas produzidas pelos colaboradores quer contra eles próprios, quer contra terceiros incriminados. Eis aí síntese da decisão administrativa no âmbito da PGR.

Especificamente com relação aos itens (iii) e (iv) se alega má-fé dos colaboradores ao omitirem possível crime de exploração de prestígio, obstrução às investigações e participação em organização criminosa do ex-Procurador da República Marcello Miller. O pedido é fundamentado, portanto, na tergiversação do membro do órgão de acusação que teria atuado em conluio com os colaboradores para a escamotear e manipular os fatos e provas, filtrar informações e ajustar depoimentos.

Cabe a explicação de que o conceito de má-fé pode ser obtido pela exclusão do que se entende como boa-fé, pela ausência de uma conduta direcionada com que se entende por boa-fé. Entretanto, essa segregação não é tarefa tão simples. O conceito de boa-fé deve ser densificado e averiguado diante da situação concreta, tendo em vista se tratar de uma cláusula geral. O seu conteúdo não traz expressamente uma solução jurídica (consequência decorrente de uma hipótese de incidência), mas pode ser traduzido em um vetor, com seu conteúdo inteiramente aberto. Uma cláusula geral, portanto, é um texto em que não estabelece aprioristicamente o seu significado (pressuposto), tampouco as consequências jurídicas do seu descumprimento.

O que cabe destacar, no escopo do presente trabalho, é a boa-fé¹⁴⁹ como um dever ético de conduta. Segundo Venosa (2012, p. 60), a legislação civilista brasileira traz expressamente a previsão da boa-fé em três momentos. O primeiro no artigo 113 do Código Civil, em que a sua função é interpretativa. O segundo no artigo 187¹⁵⁰ do Código Civil, com a função de controle dos limites do exercício de um direito (e seu transbordo configura ato ilícito por abuso de direito). Por fim, o terceiro momento, e mais relevante para o caso sob análise, no artigo 422¹⁵¹, com a sua função integradora dos negócios jurídicos.

Conforme já adiantado, a inteligência do artigo 113 do Código Civil traz a cláusula geral da boa-fé para além da interpretação do negócio jurídico, como uma questão de interesse social

¹⁴⁹ Esse conceito encontra-se balizado em diversos dispositivos presentes na legislação estrangeira, dentre eles o artigo 1.134 do Código Civil Francês: “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que lès ont faites*”; o artigo 1.375 do Código Civil Italiano: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (1.337, 1.358, 1.366, 1.460)*” e o artigo 157 do Código Civil Alemão: “*Os contratos devem ser interpretados como exige a boa-fé, atendendo-se aos usos e costumes*”

¹⁵⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁵¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

e de segurança jurídica das relações jurídicas e também sociais. Ele aponta para o dever de as partes agirem com lealdade e em consonância com o ordenamento (abarcando tanto moral quanto jurídico). É justamente nesse sentido que o artigo 187 do Código Civil prevê como abusivo o exercício de um direito para além dos seus limites, o que é permitido juridicamente, lesando, por outro lado, alguém (porventura um ato legal ou lícito pode trazer a ilicitude no resultado). Especificamente quanto às relações negociais, nos ditames do artigo 422 do Código Civil, exige-se das partes o dever de veracidade, integridade, honradez e lealdade.

A boa-fé reflete, então, não só uma norma de conduta, mas também um fundamento estruturante do negócio jurídico.

Ainda que o termo usado pela Procuradoria-Geral da República tenha sido má-fé, o seu conteúdo é extraído pela ausência de boa-fé. Ou seja, a não atuação conforme a boa-fé por parte dos colaboradores teria demonstrado a sua negativa atuação com má-fé.

Outro ponto relevante é a questão da subjetividade. Atualmente a questão da vontade interna como motivo da atuação dos agentes é menos relevante do que a própria atuação em si. Por isso, ainda sobre a boa-fé, atualmente¹⁵², constata-se que o elemento de vinculação das demais pessoas passa necessariamente pela conduta, como ação, como seu aspecto externo e apresentado às demais pessoas. Não é a vontade pura e simples que as vincula, mas a vontade demonstrada pelo comportamento dentro do que se é esperado de um certo padrão de conduta (MARTINS-COSTA, 2.015, p. 261)¹⁵³. Não é a intenção de per se, mas a intenção presumível da forma como se comporta o agente. O comportamento, portanto, é objetivizado, possibilitando previsibilidade das condutas individuais no âmbito as relações interpessoais, adequando-as aos padrões sociais esperados. Isso é que se denomina de boa-fé objetiva. Essa boa-fé externada¹⁵⁴ pela conduta é capaz de vincular tanto o agente quanto os demais à sua volta.

¹⁵² Remete-se ao trabalho de Flávio Rubinstein como dissertação de Mestrando em Direito Econômico-Financeiro pela USP (A Bona Fides como origem da Boa-Fé Objetiva do Direito Brasileiro) disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67639/70249>> acessado em 02.08.2019

¹⁵³ Segundo a autora, o agir de má-fé representa um estado psicológico, uma circunstância de consciência do agente, cuja análise apresenta um caráter de demasiada subjetividade. Enquanto a boa-fé subjetiva indica o um "estado de consciência, ou convencimento individual de obrar a parte em conformidade ao direito"; a má-fé é vista como "a intensão de lesar a outrem" (sic), ou como o estado de consciência de agir contrariamente ao direito.

¹⁵⁴ Conforme parecer do jurista Geraldo Prado na Pet 7.003, a boa-fé no caso deve ser avaliada pelos seus resultados e não pela reserva mental dos colaboradores: "Não há dúvida de que os acordos de colaboração premiada objeto do presente estudo impactaram de forma decisiva e irreversível a vida nacional. Os desdobramentos da notícia de que quase 1.900 agentes políticos podem estar envolvidos com a prática de graves infrações penais produzirão sequelas por muito tempo na nossa sociedade, afetando o cenário político, a economia e até a autoestima dos brasileiros. A aparente inevitabilidade da colaboração premiada para auxiliar na investigação de infrações penais graves, ressaltada em manifestações doutrinárias, em pareceres que foram entranhados no procedimento de ratificação dos acordos perante o Pleno do STF, e em várias decisões anteriores

Pois bem, ao requerer a rescisão do acordo de colaboração com fundamento nesse pressuposto, a acusação pretende limitar o problema na execução dos acordos de colaboração. Entretanto, das circunstâncias do caso, o que se verifica não é apenas um problema de execução, mas sim um problema de vício do negócio jurídico processual penal. Esse vício pode ser entendido como o defeito na sua formação, geralmente ligado à vontade manifestada pelos agentes ou mesmo na representação equivocada como motivo dessa manifestação.

Especificamente, considerando o contexto de multipersecução penal dos colaboradores e, caso confirmada, a tergiversação do ex-Procurador da República, somado ao movimento inicial¹⁵⁵ desses colaboradores em procurar a Procuradoria-Geral da República, verifica-se que a celebração dos acordos, aparentemente açodada, teria sido decorrente de uma indução em erro do órgão de acusação. Esse, por sua vez, diante da urgência na obtenção de resultados, teria invertido a lógica da celebração da colaboração com os agentes delitivos situados nas camadas mais baixas da estrutura da organização criminosa e celebrado acordos com os líderes da estrutura hierarquizada.

Essa situação aponta para o defeito do negócio jurídico nominado de dolo, previsto no artigo 145¹⁵⁶ do Código Civil. O instituto pode ser conceituado como artifício ardiloso

e paradigmáticas do mesmo Supremo, como é o caso da proferida no julgamento do habeas corpus nº 127.483 (PR), da relatoria do e. Ministro Dias Toffoli, desafia a que a solução para questões controvertidas não previstas, total ou parcialmente pela Lei nº 12.850/2013, seja construída no bojo do próprio processo, em clima de tensão, requisitando por isso mesmo redobrada prudência e permanente atenção aos princípios constitucionais do processo penal. A boa-fé ou má-fé das ações atribuídas a Joesley Mendonça Batista e Ricardo Saud devem ser consideradas não à luz de critérios de comportamento social cortês, das boas maneiras, ineludivelmente não presente na longa conversa entre duas pessoas que estavam bebendo, travada em termos muito pesados e nada refinados, em um momento em que as expectativas sobre o futuro e a liberdade de ambos os • interlocutores e de outras pessoas estavam a depender da força do fio da espada de Dâmocles que representava a iniciativa de buscar ou não as autoridades e negociar o acordo penal da expressão do que afinal veio a público. Tampouco podem ser levadas em conta com base em ilações e especulações que não se traduziram em atos. A ausência ou a presença de malícia, relativamente aos três fatos invocados como fundamento da pretensão de rescisão, devem ser consideradas no seu efetivo contexto, como se disse, em perspectiva pragmático-sistêmica, portanto, do ponto de vista que pondera o que de fato ocorreu e que contribuição a notícia da prática da ação atribuída ao Senador Ciro Nogueira, hipoteticamente às vésperas do impeachment de Dilma Rousseff, as conversas com o ex-Procurador da República Marcelo Miller e a informação sobre conta mantida no exterior pelo colaborador Ricardo Saud ofereceram à implementação dos objetivos da colaboração premiada. [...]"

¹⁵⁵ Como fica claro no depoimento de Wesley Batista em f. 4.800 da Pet 7.003: "E dali, se deu o pontapé de um início de procura das autoridades para uma possível discussão de acordo. Agora, logicamente isso não foi decidido, ali, naquele dia ou em uma semana; isso é um processo que veio, aí, ao longo de 2016, isso você vai amadurecendo; a decisão de procurar as autoridades e para fazer um acordo, para confessar coisas que qualquer um tenha feito, não é uma decisão que você - toma - confessar coisas erradas-, não é uma decisão que você toma de uma hora para outra. Então, logicamente, foi um processo que ele veio madurando, mas a decisão final foi em fevereiro. De novo, nós não sabíamos sequer como era, logicamente, um processo de colaboração, como é que se dava isso; desde "você vai lá, conta, depois você discute?", quer dizer, toda uma incerteza para quem nunca fez uma colaboração; e, aí, nós tomamos a decisão de iniciar - não quer dizer que nós estávamos - decidido que ia ter colaboração -, de iniciar uma tratativa com as autoridades; e o Dr. Francisco iniciou, dali pra frente, as conversas com as autoridades."

¹⁵⁶ Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

empregado para enganar alguém, com intuito de beneficiar-se. A consequência da constatação do dolo na celebração do negócio jurídico é a sua anulação. Esse defeito macula a formação do acordo de vontades, pois a outra parte não tem conhecimento dessa reserva mental ardilosa e adere à vontade do agente que age de má-fé.

Caso o dolo recaia sobre elemento que constitua fundamento do acordo, for a sua causa, a sanção processual deve ser a decretação da nulidade completa do negócio jurídico. Ou seja, quando o dolo for essencial, substancial ou principal (*dolus causam*), demonstrando o prejudicado que se ciente desse artil não teria celebrado o referido acordo, não há como mantê-lo ou qualquer de seus efeitos. Dito de outra forma, tendo uma das partes demonstrado que a utilização de artifícios maliciosos a teria levado a praticar ato que não praticaria normalmente, visando obter vantagem, a avença deve ser anulada.

Por outro lado, caso o dolo seja acidental, não constituindo a causa do negócio jurídico, mas apenas alguma(s) da(s) sua(s) circunstâncias, não há a sua anulabilidade, mas tão somente a adequação ou ressarcimento da parte lesada¹⁵⁷. É acidental, portanto, diante da constatação de ainda assim seria celebrado, embora de outro modo.

Analisando o pedido de rescisão apresentado, a Procuradoria-Geral relata um dolo acidental. Ao postular pela rescisão das colaborações premiadas mantendo os efeitos relativos às provas e aos elementos de prova obtidos, ela fundamenta o seu pedido no dolo acidental, pois é esse que atinge a eficácia das colaborações (e não a sua validade). Caso a acusação tratasse as posturas dos colaboradores como dolo essencial, o pedido deveria ser fundamentado na anulação^{158 159} das colaborações e na retirada de qualquer efeito delas decorrentes, inclusive os elementos de prova obtidos.

No caso, subentende-se que, a despeito do dolo dos colaboradores, a acusação pretende manter o que fora trazido aos autos, apontando para não essencialidade da omissão dolosa¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Art. 146. O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

¹⁵⁸ Invalidez do negócio jurídico previsto nos artigos 166 e seguintes do Código Civil tratam da não produção dos efeitos desejados pelas partes envolvidas.

¹⁵⁹ Nulidade é entendida como sanção imposta por lei que priva os efeitos jurídicos do ato negocial praticado em desobediência ao que a norma prescreve (DINIZ, 2003, p.447). Portanto, a nulidade é a consequência jurídica prevista pelo não preenchimento dos requisitos de existência válida do ato negocial. Ela é dividida em nulidade em sentido amplo (*lato sensu*) ou absoluta e nulidade em sentido estrito ou anulabilidade. Na primeira hipótese, o negócio jurídico não produz efeitos, pela ausência de requisitos mínimos previstos no art. 104 do Código Civil, sendo matéria de ordem pública e tendo a respectiva ação natureza meramente declaratória. (art. 166 do CC). Na segunda hipótese, a anulabilidade do negócio jurídico é questão de ordem privada, restrita ao interesse das partes. Art. 171 do CC. O seu reconhecimento deve ser buscado por meio de uma ação anulatória, com natureza constitutiva negativa, relacionada a direitos potestativos negativos. Apesar de não ser questão pacífica, prevalece que a anulabilidade do negócio jurídico tem eficácia prospectiva, *ex nunc*. O assunto foi discutido na VI Jornada de Direito Civil de 2013.

¹⁶⁰ Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou

Em termos práticos, sob o ponto de vista da eficácia, não se pode olvidar que a colaboração trouxe mais de 2700 páginas, divididas em 11 volumes, e expôs à luz condutas fatos que dificilmente seriam esclarecidos sem a colaboração dos agentes criminosos diretamente envolvidos. Portanto, a acusação busca a preservação¹⁶¹ dos negócios jurídicos processuais (conforme diversos dispositivos da legislação privada prevendo a sua sanação; artigos 170, 157, §2º, e outros do Código Civil)¹⁶².

Além da preservação dos acordos, é possível ao magistrado readequar os benefícios consignados nos acordos de colaboração ao que é disposto no artigo 4º, *caput*, e §2º, Lei 12.850/2013. Portanto, no momento da apreciação dos resultados da colaboração, ao final da instrução processual e ao prolatar a decisão sobre o mérito do caso, cabe ao magistrado (no caso o Relator) apreciar sua efetividade e conceder, fundamentadamente, as sanções premiaias previstas na Lei de Organizações Criminosas, quais sejam: de redução de pena, de substituição de pena privativa de liberdade ou de perdão judicial.

Essa conclusão é permitida pelo §8º¹⁶³ do artigo 4º da Lei 12.850/2013, que faculta ao juiz adequar a proposta de colaboração premiada às peculiaridades do caso concreto (lembrando que não participa da fase de policitação, ou negociação). Diante da constatação, aparente, de que os colaboradores ocupavam posição de liderança dentro da estrutura da organização criminosa e da necessidade da manutenção de provas, o não oferecimento da denúncia é benefício vedado ao órgão de acusação.

qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

¹⁶¹ Conforme o art. 172 do CC, a nulidade relativa poder ser sanada pela confirmação, valorizando a boa-fé objetiva, também chamada de convalidação livre da anulabilidade. Deve, então, conter os elementos subjetivos e objetivos para a sua conservação e pode se dar de forma tácita (art. 175 do CC). Assim, o artigo 175 traz a irrevogabilidade da confirmação, inviabilizando os requerimentos de anulabilidade do negócio anterior em observância à vedação de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).

¹⁶² A defesa apresentou argumentos na defesa da não rescisão dos acordos com fundamento na teoria do adimplemento substancial, com base no parecer do jurista Sérgio Ferraz: “Pois bem, mesmo assim descaberia a rescisão unilateral focalizada na consulta. É que nesse caso, admitido unicamente *ad argumentandum tantum*, estaríamos em face de um ato administrativo complexo, ou seja, na lúcida lição do inolvidável Hely Lopes Meirelles (“Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, São Paulo, 26º edição, p. 163) um ato que se forma pela conjugação de mais de um órgão. Com a consequência acenada pelo mesmo Hely: na via administrativa, um ato complexo só é retratável (desde que dele não tenham decorrido direitos para terceiros) pela ação conjugada dos mesmos órgãos que o produziram. Jamais, como no caso da consulta, pela iniciativa de um só dos agentes produtores do ato em questão. Adimplemento substancial Considerando a instauração de “procedimento administrativo de revisão de acordo de colaboração premiada”, no âmbito da Procuradoria-Geral da República, possuindo como eventual consequência a rescisão da colaboração, em efeitos diretos na liberdade de colaboradores; Considerando que foram entregues mais de 100 anexos com extensa descrição de fatos ilícitos; Considerando que apenas um dos colaboradores identificou 1.893 agentes políticos envolvidos em ilícitos, dentre os quais o Presidente da República, 5 Ministros de Estado, 6 Senadores, 15 Deputados Federais, 4 Governadores Estaduais, 1 Vice-Governador Estadual, 1 Prefeito e 1 Procurador da República; [...]”.

¹⁶³ § 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Conforme o disposto no § 4º¹⁶⁴, do artigo 4º da referida Lei, o não oferecimento de denúncia consignado para os colaboradores Joesley Batista e Wesley Batista somente teria cabimento caso não ocupasse a posição de liderança dentro da estrutura da organização criminosa. Essa lógica visa preservar a ideia de que o mais importante no combate da macrocriminalidade é desvendar a estrutura da organização, as práticas delitivas, prender suas lideranças e provocar o seu estrangulamento financeiro por meio de confisco de bens.

Para tanto, o Estado pode recorrer à ajuda de criminosos que ocupem posições inferiores nessa estrutura hierarquizada diante do reconhecimento da dificuldade de apuração dos fatos e da insuficiência do seu aparato em combatê-la efetivamente. Tal lógica, quando invertida, ou subvertida, ao invés de auxiliar no desvelo dos fatos criminosos possibilita que essas lideranças tenham condições de dissipar provas, esconder patrimônio, imputar condutas a subordinados ou integrantes hierarquicamente inferiores, além de instrumentalizar as colaborações para fins não abarcados pelo âmbito da norma.

Portanto, deve o magistrado bloquear a possibilidade de oferecimento dos benefícios máximos aos colaboradores líderes de organizações criminosas. O não oferecimento da denúncia deve ser cláusula não homologada, convertendo ou readequando o magistrado os benefícios ofertados (como uma espécie de conversão substancial¹⁶⁵) ao final da instrução, desde que verifique a efetividade da colaboração.

Por outro lado, confirmando a efetividade da colaboração, a rescisão do acordo sem qualquer benefício para o colaborador traria uma situação de desestímulo para a utilização do instituto, tendo em vista os riscos que a defesa e os acusados teriam de assumir, gerando para eles uma enorme insegurança jurídica¹⁶⁶. Ademais, tal postura por parte do Estado acusador ou

¹⁶⁴ § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

¹⁶⁵ O Enunciado n. 13 da I Jornada de Direito Civil traz que deve ser verificado o aspecto objetivo da conversão pela existência de suporte fático. A conversão substancial transforma um negócio nulo e outro subsistente válido.

¹⁶⁶ Segundo o depoimento de Wesley Batista em f. 4.800 da Pet 7.003: "COLABORADOR - Ninguém, ninguém, não teve orientação de ninguém; ao contrário, a nossa advogada Fernanda Tórtima - quem fez a colaboração foi 100% Fernanda Tórtima e o Dr. Francisco mas a Fernanda Tórtima é uma criminalista - sempre, a orientação que nós recebemos da Fernanda, do Francisco é de: "olha, tudo que souber que tem ato ilícito contendo crime é pra ser relatado". O inverso é verdadeiro: O que não tem não é para ser relatado; a orientação que tem, não é para ser relatado. Então, assim, 100% da orientação foi nesse sentido. Nunca teve orientação de ninguém na Procuradoria-Geral da República, nem no Ministério Público, de fazer nada para apresentar como corroboração - exceto as ações controladas, que aí veio, não foi uma • sugestão dos colaboradores, veio da Procuradoria, se os colaboradores tinham disposição para fazer uma ação controlada. Mas orientação, em nenhuma hipótese. E eu vou dizer uma coisa, Excelência, que eu tenho que ser justo aqui. Quando uma das motivações, não é a única, quando você decide fazer uma colaboração é por várias coisas que te leva àquilo. Uma das coisas: nós ... quando o Francisco iniciou os contatos com a Procuradoria, com a equipe do Dr. Sérgio Bruno, Dr. Pelella, houve uma - confiança de que "olha, aqui nós podemos fazer que" ... Porque, no fundo, a gente como empresário no Brasil, a gente fica meio escaldado, vem escaldado de o quanto você realmente pode confiar ou não. E ali foi feito de

do Estado juiz, sob uma perspectiva não positivista, revelaria uma fórmula draconiana ou o que já foi preconizado na fórmula de Radbruch¹⁶⁷ como extrema injustiça legal. Tudo isso é possível diante da constatação que a acusação pretende manter os resultados obtidos pela atuação dos colaboradores.

Como já destacado, as luzes que iluminam o instituto da colaboração premiada são pragmáticas e funcionalistas. Os critérios jurídicos de avaliação das condições de realização do negócio processual e de seu cumprimento são definidos pelo sopesar entre os interesses sacrificados e os benefícios obtidos, priorizando-se o fato de os colaboradores abrirem mão de certas garantias individuais para que a acusação logre resultados que de outra maneira muito provavelmente não alcançaria.

A genealogia do processo penal consensual é essa. A contração de algumas garantias individuais por meio de negócio jurídico processual penal, quer no modelo de origem, quer no modelo do direito da tradição continental europeia (TURNER, 2009. p. 37). O paradigmático acórdão do STF, no julgamento do habeas corpus nº 127.483 (PR), ressaltou o sentido negocial, dirigido "precipualemente a produzir efeitos no âmbito do processo penal"¹⁶⁸.

Não se trata de um negócio jurídico pautado pelo equilíbrio perfeito entre as posições ocupadas pelas partes. Esse desequilíbrio original não deve ser ignorado no momento em que se avalia a eficácia do pacto e a sua execução, pois o processo penal negocial implica em coerção e contração das garantias de defesa dos colaboradores. Com efeito, o acordo de colaboração premiada entre MPF e colaboradores instaura um tipo de relação que, no âmbito dos atos administrativos, é definido como relação especial de poder (ALBERGARIA, 2007. p. 115-116). Igualmente alerta Estorninho (2003, p. 163- 164) que há de ser perseguida a redução desse desequilíbrio à partida, submetendo as relações especiais de poder ao crivo das normas (inclusive das garantias e dos direitos fundamentais).

forma muito rápida, muito acelerada que foi uma loucura para nós e acredito que para Procuradoria do mesmo jeito, pela velocidade que foi feito e pelo tamanho das coisas que tinha, mas de forma profissional.”

¹⁶⁷ Em 1946, Gustav Radbruch publicou a *Injustiça legal e direito supralegal*. Por meio desse trabalho foi enunciada a “fórmula de Radbruch”, que observa os conflitos entre a segurança jurídica a justiça. Segundo o autor, revisitado pelo jurista Robert Alexy, o conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser adequadamente resolvido pela preferência do Direito Positivo, baseado na legislação e no poder estatal, salvo quando a injustiça seja insuportável (extremamente injusto).

¹⁶⁸ Habeas Corpus 127.483/PR. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outro(s). Julgamento em 27 de agosto de 2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como proposto no capítulo introdutório, o presente trabalho analisou o papel da colaboração premiada no contexto de organizações criminosas.

Foi possível observar que a criminalidade no contexto de organizações criminosas constitui uma anormalidade sistêmica, ou uma forma diferenciada de cometimento de delitos, caracterizada pela sua complexidade e volatilidade. Também foi possível observar que essa criminalidade é alimentada pelo processo de globalização.

Foi possível concluir, ainda, que os agentes delitivos envolvidos nesse contexto utilizam de racionalidade na tomada de suas decisões e conseguem mensurar riscos frente os objetivos que essa abordagem macrossocial da criminalidade e da violência propõe. Ainda que por uma racionalidade limitada, ou com vieses cognitivos, a tomada de decisão desse tipo de criminoso leva em consideração a maximização do resultado da atividade, assim como o fazem os agentes econômicos de atividades lícitas (como no caso dos empresários).

Portanto, utilizando dessas estruturas organizadas, é buscado o aumento do seu capital financeiro com o conseqüente aviltamento do sistema democrático para a consecução de fins ilegítimos e ilícitos. Tal fenômeno gera o desvirtuamento da representatividade e faz surgir, de outro lado, a busca por soluções legais para o seu refreamento, sem abrir mão da observância aos direitos e garantias individuais.

Esse processo também é verificado em outros países, como na Inglaterra, na Itália e nos Estados Unidos, gerando uma tensão e urgência em outros regimes democráticos. Essa tendência mundial de desformalização processual é impulsionada pelo aumento da necessidade de segurança, ou ao menos da sensação dela. Instaura-se uma crise de legitimidade, de inefetividade e de incerteza da reação punitiva.

Esse cenário tem como consequência o aumento da proliferação de uma legislação penal incriminadora, comparado a um fenômeno de hipertrofia, em que a quantidade de pena passa a ser supervalorizada. Contudo, diante da inefetividade dessa produção legislativa em termos sociais, constata-se que a certeza de sua aplicação é fator com maior carga dissuasória do que a sua proliferação e agravamento. Portanto, surge o questionamento da pena justa como aquela com conteúdo de utilidade. A maior flexibilidade na fase de sua execução, por outro lado, leva à conclusão de que o cárcere atual funciona para a neutralização temporária do indivíduo.

Nesse contexto é verificada a crise da pena útil e surgem outros modelos de persecução penal. A justiça penal negocial, fundamentada no paradigma do consensualismo, se torna uma alternativa. Inspirados na experiência norte-americana, os ordenamentos jurídicos europeus

começaram a introduzir ou expandir os espaços de consenso no processo penal com a inserção de instrumentos de consenso nos processos penais e nos seus sistemas de justiça penal.

Tal virada pressupõe a mudança de paradigma inquisitorial da persecução penal para um de feição acusatória, democrática e participativa. Os espaços de consenso implicam, assim, em respeitar os princípios da autonomia da vontade e da autodeterminação individual em contrapartida ao recuo, ou contração, voluntário de certos direitos e garantias fundamentais.

O reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal passa a ser alternativa já implementada para reduzir a sobrecarga dos sistemas judiciários criminais, a morosidade do processo penal tradicional e a insatisfação pública com a sua efetividade. Essa oposição à dialética é verificada nos Estados Unidos, em Portugal, na Alemanha, na França e no Brasil.

Baseado nas escolas de *Law and Economics*¹⁶⁹, o sistema americano do norte é o mais liberalista e fundado na autonomia da vontade, prevendo um rol mínimo de liberdades civis e garantias contra o Estado. No Brasil há a inserção legal da delação, que não se confunde a *notitia criminis* ou com a simples colaboração processual. A sua natureza, contudo, é anômala e não encontra semelhança com nenhuma outra prova nominada no ordenamento jurídico.

A partir dessas premissas, e tomados por base os documentos e acontecimentos amplamente divulgados nos meios de comunicação relativos às colaborações premiadas dos executivos da J&F Investimentos, mormente os fatos que estão consignados na PET 7.003 pelo STF (processo número 0004604-22.2017.1.00.0000), foi possível traçar algumas observações.

Após a contextualização do caso, segundo uma modelagem preconizada pela Teoria dos Jogos, verifica-se que posturas das partes envolvidas na persecução penal tiveram fundamento em racionalidade e instrumentalização das colaborações premiadas. Por um lado, os colaboradores buscaram o oferecimento de benefícios máximos previstos na legislação para se eximir da culpa penal em um contexto de diversas operações policiais contra eles deflagradas. Por outro, a acusação se viu amarrada por uma série de circunstâncias que lhe gerou uma premência e urgência.

A partir dessa relação tensionada, a análise da boa-fé dos colaboradores deve se dar sob seu aspecto externo de efetividade, pela apreciação dos resultados, e não pelos parâmetros da

¹⁶⁹ A expressão é relacionada à aplicação de métodos econômicos (da microeconomia em especial) a questões legais, com o emprego dos instrumentais teóricos e empíricos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do direito. O começo da escola moderna de Análise Econômica do Direito data de 1961, com a publicação dos artigos ‘*The Problem of Social Cost*’ e *Some thoughts on Risk Distribution and Law or Torts* de Ronald Coase e Guido Calabresi, respectivamente. Todavia, o nome em inglês do movimento, *Law and Economics*, somente foi dado por Henry Manne na década de 70, como consequência do realismo jurídico norte-americano frente ao formalismo exacerbado.

moral e eticidade. A sua objetivização no negócio jurídico processual tem como perspectiva não a justa expectativa gerada ou a pura ação como seu aspecto externo, mas a efetividade da colaboração para obtenção de provas e desvelo das condutas delitivas praticadas dentro de um contexto de organização criminosa.

Ainda sobre o caso, sob o ponto de vista da eficácia, não se pode olvidar que a colaboração trouxe mais de 2700 páginas, divididas em 11 volumes, e expôs à luz condutas fatos que dificilmente seriam esclarecidos sem as colaborações dos agentes criminosos diretamente envolvidos.

Diante desses fatos, o magistrado tem o papel de readequar os benefícios consignados nos acordos de colaboração ao que é disposto no artigo 4º, caput, e §2º, Lei 12.850/2013, pois o interesse na preservação das provas e elementos de prova prevalecem sobre eventual reserva mental dos colaboradores. A rescisão do acordo sem qualquer benefício para o colaborador traria uma situação de desestímulo para a utilização do instituto, tendo em vista os riscos que a defesa e os acusados teriam de assumir, gerando para eles uma enorme insegurança jurídica e uma postura desleal parte do Estado.

REFERÊNCIAS

- ABADINSKY, Howard. **Organized Crime**. 6. ed. Chicago: Wadsworth, 2000.
- AGOSTINHO, Santo. **O Livre-Arbitrio**. 3. ed. Tradução Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining**: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A. Coimbra: Almedina, 2007.
- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador. Juspodivm. 2019.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consenso e Oportunidade**: Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: Jornadas de Direito Processual Penal – O Novo Código de Processo Penal. Coimbra. Almedina, 1995.
- AVELINO, Nildo. **Foucault e a racionalidade (neo)liberal**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n21/2178-4884-rbcpol-21-00227.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.
- _____. **Crimes Federais**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marcelo. **Operação Mãos Limpas**: A verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Porto Alegre: Citadel, 2016.
- BARBOSA, Rui. **O júri sob todos os aspectos**. Org. Roberto Lyra Filho e Mário César da Silva. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BEATO, Claudio. **Crime e cidades**. Belo Horizonte: UFMG, 2012.
- BECHI, Ada. **Criminalità organizzata: paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiosi in Itália**. Roma: Donzelli, 2000.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BECKER, G. S. **Crime and punishment: an economic approach**. Journal of political economy. v. 76, n. 01. 1968.

BYRD, Sharon. **Kant Theory of Punishment: Deterrence in its threat, retribution in its exclusion**. Law and Philosophy, v. 8, n. 2, 1989.

BIERMAN, H. Scott Bierman; FERNANDEZ, Luiz. **Teoria dos Jogos**. Tradução de Arlete Smille Marques. 2. ed. São Paulo: Pearson, 2011.

BINDER, Alberto M. **Justicia penal y estado de derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa (coord.). **Delação Premiada**. Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada** (Direito Estrangeiro e Jurisprudência). Lumen Juris, Rio de Janeiro-RJ, 2011.

BLOCK, Alan A; CHAMBLISS, William J. **Organizing Crime**. Nova York: Oxford, 1981.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. Lei 7.492/1986. Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro, Brasília, 16 de junho de 1986, publicada no DOU de 18.6.1986, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 8.137/1990. Lei dos Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. Brasília, 27 de dezembro de 1990, publicada no DOU de 28.12.1990, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 9.034/1995. Lei de Organizações Criminosas revogada. Brasília, 3 de maio de 1995, publicada no DOU de 4.5.1995, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Decreto-Lei 2.848/1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940, publicado no DOU de 31.12.1940, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 9.613/1998. Lei de Lavagem de Capitais. Brasília, 3 de março de 1998, publicado no DOU de 4.3.1998, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm > Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 9.613/1998. Lei de Lavagem de Capitais. Brasília, 3 de março de 1998, publicado no DOU de 4.3.1998, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm > Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 9.807/1999. Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas. Brasília, 13 de julho de 1999, publicado no DOU de 14.7.1999, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 11.343/2006. Lei de Drogas. Brasília, 23 de agosto de 2006, publicado no DOU de 24.8.2006, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 12.529/2011. Lei do CADE. Brasília, 30 de novembro de 2011, publicado no DOU de 1º.11.2011, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Brasília, 1º de agosto de 2013, publicado no DOU de 2º.08.2013, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12846.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 12.850/2013. Lei de Organizações Criminosas. Brasília, 2 de agosto de 2013, publicado no DOU de 5.08.2011, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

_____. Lei 10.406/2002. Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002, publicado no DOU de 11.01.2002, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: em 13.10.2019.

CARNELUTTI, Francesco. **Verità, dubbio, certezza**. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, v. XX, 1965.

CERVINI, Raúl. Aproximación conceptual y enfoque analítico del crimen organizado. In GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio. In: _____. **Ideologie del processo penale**. Milão: Giuffrè, 1966.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito penal especial**, processo penal e direitos fundamentais – Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COUTINHO, Jacinto Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006.

CRESSEY, Donald R. **Theft os the Nation: The Structure and Operations of Organized Crime in America**. Nova York: Harper, 1969.

DANTAS, Leonardo. **Delação premiada**. Curitiba: Juruá, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O processo penal português: problemas prospectivas. In: Monte, Mário Ferreira (org.). **Que futuro para o processo penal?** Coimbra: Almedina, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 1. São Paulo: Saraiva; 2003.

DINO, Alessandra. **Pentiti: I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica**. Roma: Donzelli, 2006.

DOLCTNI, Emilio. Problemi vecchi e nuovi in tema di riti altemativi: pattcggioamento, accertamento di responsabilità, misura della pena. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 52, n. 2, abr. 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EKEU, Jean-Paul. **Consensualisme et poursuite en droit penal compare**. Paris: Cujas, 1993.

ESTORNINHO, Maria João. **Rcquiem pelo contrato administrativo**. São Paulo: Almedina, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FOUCAULT. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARLAND, David. **Castigo y sociedad moderna**. Un estudio de teoria social. México: Siglo XXI, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal na Perspectiva das Garantias Constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GLOACKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal: uma análise a partir dos riscos dos direitos fundamentais do acusado**. 2. ed. Salvador. Juspodivm. 2015.

GOMES, Abel Fernandes. Caracteres do crime organizado. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas; SANTOS; William Douglas **Resistente dos. Crime organizado e suas conexões com o poder público: comentários à Lei 9.034/95: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GRECO FILHO, Vicente, **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**, São Paulo. Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio M.; FERNANDES, Antonio S.; GOMES, Luiz F. **Juizados Especiais Criminais** Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Sobre a crítica da razão funcionalista. Vol. 1. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HARSANYI, John C; SELTEN, Reinhard. **A General Theory of Equilibrium Selection in Games**. V. I. Massachusetts: The MIT Press, 1988.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito**. Trad.: Paulo Meneses. Colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. V. 46, n. 1. The University of Chicago, Law Review, 1978.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. In: THAMAN, Stephen C. (ed.). **World Plea Bargaining**. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e efetividade do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LODATO, Saverio. **La confessione di Giovanni Brusca**. Milão: Mandadori, 1999.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Orgs.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99.

LYRA FILHO, Roberto. **Criminologia Dialética**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MADLENER, Kurt. Meios e métodos para alcançar-se no processo penal as metas de “prazo razoável” e de “celebridade”: observações a respeito da justiça alemã. In: _____. **Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português**. Coimbra: Almedina, 2009.

MARSON, José Alexandre. **Delação premiada: no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MASI, Carlo Velho. **A plea bargaining no sistema processual penal norte-americano**. Publicado em 29 de junho de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/author/carlo-velho-masi/>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

MENDRONI, Batlouni. **Crime Organizado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à lei de combate ao crime organizado**. São Paulo: Atlas, 2014.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism and Beyond**. Princeton University Press, 2006.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. Complexo Jurídico Damásio de Jesus, vol. 5. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MIRANDA, Alessandra de La Vega. **Transação Penal, Controle Social e Globalização**. Porto Alegre: SAGE, 2004.

MOCCIA, Sergio. **El derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica**. Trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F, 2003.

MONTANARO, Giovanna. **La verita del pentito: Le rivelazioni di Gaspare Spatuzza sulle strani mfiöse**. Milão: Sperling & Kupfer, 2013.

MONTANARO, Giovanna; SILVESTRI, Francesco. Gruppo Abele. **Dalla mafia all o Stato: pentiti: analisi e storie**. Turim, Ega, 2005.

MONTE, Vanise Röhrig. **A necessária interpretação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, à luz dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: AJURIS, ano XXVI, n. 82, tomo I, p. 234-248, jun. 2001.

MORIN, Edgard; PRIGOGINE, Ilya. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Trad. Luís M. Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaet, 1996.

MUSCI, Aldo. **Tutte le mafie del mondo**. Turim: Stampa Alternativa/ Nuovi Equilibri, 2011.

OLIVEIRA FILHO, Edemundo Dias. **O Vácuo do poder e o crime organizado: Brasil, início do século XXI**. Goiânia: AB, 2002

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo. Atlas, 2012.

PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. **The Origins of Law and Economics – Essays by the Founding Fathers**. Mass.: The Locke Institute, 2005.

PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Martina, 2004.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada. Legitimidade e Procedimento**. Curitiba: Juruá, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomos III, IV e V. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1974.

POSNER, Richard. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 382.

PRADEL, Jean. **Le consensualisme en droit pénal comparé**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. **Um artigo chave do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: em 10.08.2019.

ROCHA, Leonel Severo et alli. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo et alli. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **La Justicia Penal Negociada**. Experiencias de Derecho Comparado. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guias do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SCHAEFER, G. J.; SHIKIDA, P. F. A. **Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 19, n.36, p.195-217, setembro, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global**. Revista de Derecho Penal y Criminología, v. 25, n. 76, p. 175-197, 2004.

SGARIONI, Mariana. **Chefes em baixa – negócios em alta**. Publicado em 29.02.2008. Super Interessante. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/chefes-em-baixa-negocios-em-alta/>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

SHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: Greco, Luís (coord). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Madri/ Barcelona/ Buenos Aires/ São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA, Eduardo Araújo da. Breves considerações sobre a colaboração processual na lei nº 10.409/02. **Boletim IBCCrim**. São Paulo: IBCCrim, ano 10, n. 121, p. 2-4, dez. 2002.

SILVA, Ivan Luiz da. Crime organizado: caracterização criminológica e jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 861, jul. 2007.

SIMÃO, José Fernando. **Tempo e o direito**. Disponível em: <<http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?id=81>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

SUTHERLAND, Edwin H., CRESSEY, Donald R. **Criminology**. 10. ed. J.B. Lippincott Company, 1978.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. **Princípio da oportunidade. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional**. Coimbra: Almedina, 2000.

THALER, Richard H. **Misbehaving: The Making of Behavioral Economics**. New York, EUA: W. W. Norton & Company, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. **Processo Penal**. Vol. 1. 32 ed. São Paulo. Atlas, 2012

TULKENS, Françoise. Justiça Negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Trad. Fauzi Hassan Chourk. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.

TULKENS, Françoise; KERCHOVE, Michel van de. **La justice penale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?**. Bruxelas: Revue de Droit Penal et de Criminologie, 1976, mai 1996.

TURNER, Jenia T. **Plea bargaining across borders: criminal procedure**. New York: Wolters Kluwer, Law & Business, 2009.

TURNER, Jonathan E. **Money Laundering prevention deterring, detecting na resolving financial fraud**. Haboken/New Jersey: John Wiley & Sons Inc –, 2011.

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.

VENOSA, Silvio Rodrigues. **Direito Civil**, 3. V, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VOGLER, Richard. Justiça Consensual e processo penal. In: AMBOS, Kal; CHOUKR, Fauzi Hassam (org.). **Processo penal e Estado de direito**. Trad. Fiuzi Hassam Choukr. Campinas: Edicampi, 2002.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 12. ed. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 1997.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. V. I. Cuarta reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____. **Economia e Sociedade**. V. 2. São Paulo: Unb, 1999.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. V. 1: Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.