V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

JOSIANE PETRY FARIA

CARLOS URIARTE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Carlos Uriarte, Josiane Petry Faria – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-218-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL I

Apresentação

O Grupo de Trabalho teve como objetivo oferecer espaço para apresentação e debate de pesquisas, as quais refletem as tensões no atual desenho e estrutura da política criminal, sobretudo aquelas sediadas no Brasil e no Uruguai, país visitante e anfitrião, respectivamente do Encontro do CONPEDI.

As temáticas abordadas demonstraram a multidimensionalidade dos problemas e a necessidade de investigações transdisciplinares e propositivas, uma vez que o debate se desenvolveu a partir de elementos criminológicos resultados de questões sociais e que, à evidência, produzem ruído na atmosfera político-social.

Percebe-se uma sintonia entre os artigos expostos no sentido da insuficiência e/ou carência do sistema tradicional no trato adequado das questões criminológicas, bem como uma insatisfação com modelos metodológicos centrados na mera desconstrução teórica de elementos arquitetônicos da criminologia e, principalmente, a preocupação em desenvolver novas metodologias factíveis de enfrentamento das questões emergentes e ainda daquelas consolidadas no campo de abordagem. Assim, esteve-se diante de cientistas dispostos e propostos a trabalhar pela e para a sociedade.

As problemáticas envolveram temas pungentes e urgentes, tais como o gênero, a criminalidade e o sistema de cumprimento da pena privativa de liberdade; a seletividade penal; a política criminal de drogas; a colaboração premiada e as garantias constitucionais; os dramas que permeiam as medidas de segurança; a gentrificação e a criminalidade urbana; as problemáticas do exame criminológico; a Justiça Restaurativa na resolução de conflitos; a sociedade do risco e o discurso do medo e ainda as prisões cautelares e as representações sociais da pena.

Entrecortaram os textos a perspectiva de inclusão social, a alteridade e a necessidade de pensar e repensar os processos de reestruturação espacial e seus reflexos na política criminal, mas essencialmente um redirecionamento na mirada para políticas públicas municiadas pela ética da tolerância e da manutenção das garantias constitucionais.

Repousou o centro de radiação do debate não em reformas ou propostas de novos modelos criminais e criminológicos, mas sim na sociedade e no Estado que se deseja, como já falaram Eugenio Zaffaroni e Raúl Cervini. O conceito de Justiça a perseguir esteve presente em todas as pesquisas, bem como a demonstração da insatisfação com sua redução, a tão somente, níveis de segurança a qualquer preço. A conclusão é pela tomada de consciência e sensibilização para não ceder inocente ou levianamente aos discursos do medo e da vingança coletiva.

Desse modo, tendo como cenário a teia social, a qual se renova e cria novos formatos de criminalidade com novos protagonistas e permanece com o mesmo sistema estigmatizante e destrutivo da dignidade e do capital social, se buscou analisar criticamente os problemas, as emergências e as possibilidades. Discursos voltados ao próprio discurso foram negados. A dinâmica espaço-comunicacional da sociedade foi enfrentada, sob o ponto de vista da legislação e da participação e deliberação pública. Projetos de intervenção vertical generalizantes foram rechaçados. Programas autocentrados e voltados para o delito foram deslegitimados.

Restou do Grupo de Trabalho a certeza de que as investigações e as propostas devem estar voltadas para as pessoas, suas habilidades e competências, em políticas que promovam a interação horizontal e viabilizem a transformação do mundo da vida, pois construída por seres mutantes que criam e recriam a cultura.

Profa. Dra. Josiane Petry Faria: Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas; Especialista em Política pela Universidade Federal de Pelotas; Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com Bolsa Capes Prosup e PDSE na Universidade de Sevilha – Espanha. Professora Adjunto, Coordenadora do Projur Mulher e do PPG- Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo; Advogada.

Prof. Dr. Carlos Uriarte: Doutor en Derecho y Ciencias Sociales, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (UDELAR). Prof. Adjunto de Derecho Penal en dicha facultad y em la Universidad Católica del Uruguay (UCU).

COLABORAÇÃO PREMIADA E INCENTIVOS À COOPERAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS ACORDOS FIRMADOS NA "OPERAÇÃO LAVA JATO"

COOPERATION AGREEMENTS AND INCENTIVES FOR WITNESSES TO FLIP IN CRIMINAL PROCEDURE: A CRITICAL ANALYSIS OF THE "CAR WASH" OPERATION

Thiago Bottino [1]

Resumo

O artigo aborda os diferentes mecanismos de cooperação no processo penal para, ao final, fazer uma análise crítica de acordos de colaboração premiada no âmbito da "Operação Lava Jato". Descreve-se a evolução dos institutos de colaboração (confissão, delação e colaboração) com seus efeitos no processo penal (atenuante, causa especial de redução e imunidade penal) para compreender o contexto em que foi introduzida a colaboração premiada. Por se tratar de um mecanismo "premial", que cria incentivos para estimular determinado comportamento do acusado no âmbito do processo penal, o enfoque do instituto é feiro com base na análise econômica do direito.

Palavras-chave: Colaboração premiada, Delação, Cooperação no processo penal, Operação lava jato, Direito penal econômico

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the different mechanisms of collaboration between prosecutors and accused persons in criminal proceedings in order to make a critical analysis of some cooperation agreements under the "Car Wash Operation". It describes the historical development of collaborative institutes and its effects on criminal proceedings (mitigating sentence, special cause of penalty reduction and possibly criminal immunity) to understand the c Cooperation Agreements in Brazilian criminal system. Because of its "reward" nature, which creates incentives to encourage certain behavior of the accused in criminal proceedings, it seems appropriate to approach the issue using the economic analysis of law theory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cooperation agreements, Prosecution immunity, Cooperative witnesses, "car wash" operation, White-collar crimes

[1] Pós-Doutor (Columbia Law School). Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela (PUC-Rio). Professor-adjunto da FGV Direito Rio. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

1 - INTRODUÇÃO[1]

O incentivo dado a suspeitos e/ou acusados no processo penal é um instrumento de investigação capaz de assegurar maior eficiência às investigações, sobretudo de crimes tradicionalmente "invisíveis", dos quais são exemplos os crimes praticados por organizações criminosas e os crimes econômicos. Com a edição da Lei 12.850/2013, o sistema penal brasileiro passou a prever uma nova modalidade de colaboração no processo penal denominada "colaboração premiada", diferente dos mecanismos da delação premiada e da confissão. Dentre as inovações trazidas pela colaboração premiada está uma inédita imunidade penal, que impede a persecução penal do suspeito colaborador.

O presente artigo inicia descrevendo a evolução histórica dos diferentes mecanismos de colaboração no sistema penal brasileiro (confissão, delação premiada e colaboração premiada) a partir dos diferentes incentivos oferecidos aos agentes que cooperam. Demonstrar-se-á que esses institutos têm nítido caráter "premial", ou seja, são incentivos criados pelo legislador para dar maior eficácia à tutela penal e reduzir os custos de investigação e produção probatória.

Com efeito, a colaboração do indivíduo objeto da investigação ou persecução penal pode ser estimulada pelo ordenamento jurídico, seja a partir de "incentivos positivos" ao acusado que coopera (como a redução da pena e outros benefícios relacionados à execução penal), seja a partir dos "incentivos negativos" àqueles que não cooperam (de que são exemplos o aumento de pena ou tratamento desvantajoso e a criminalização da autoacusação falsa).

Tais incentivos podem estar previstos tanto nas regras de direito penal material, como nas regras de direito processual penal e passaram a ser mais utilizados a partir da década de 80, do século XX, e com a promulgação da Constituição de 1988.

A descrição da evolução dos institutos de colaboração tem por finalidade permitir uma análise sobre a efetividade do instituto, com apoio na análise econômica do direito. Em resumo, busca-se avaliar se o instituto da colaboração premiada apresenta um equilíbrio adequado entre tais incentivos, no sentido de evitar colaborações não verdadeiras, parcialmente verdadeiras, ou ainda que não apresentem elementos úteis ao processo penal.

No entanto, não será considerado apenas o texto da lei, mas também a realidade pratico-jurídica que cerca o instituto, pois a interpretação que o Poder Judiciário dá às normas textuais da legislação é que conformam a plena eficácia do instituto.

Nesse sentido, serão examinados três acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da "Operação Lava Jato" já tornados públicos a fim de se avaliar criticamente como vem sendo utilizado o instituto.

[1] Agradeço a Gabriel Borges Mariano, João Marcelo da Costa e Silva Lima e Lucca Souto Machado Ribeiro do Nascimento os comentários críticos e sugestões à versão inicial desse texto.

2 – BREVE HISTÓRICO DAS MEDIDAS DE COOPERAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O incentivo à cooperação do acusado com o Estado no processo penal constitui fenômeno recente no sistema brasileiro. Desde a independência, em 1822, foi somente no século XX, em meados da década de 80, que o primeiro instituto dessa natureza, a confissão, foi introduzido em nosso sistema penal com a finalidade de estimular que o acusado se autoincriminasse.

Em seguida, a partir da década de 90, leis esparsas passaram a prever um novo instituto, que, posteriormente, veio a ser denominado "delação premiada". Essa modalidade diferenciada de cooperação (com maiores benefícios e maiores exigências no grau de cooperação) foi consolidada no final da década de 90 do século passado. Por fim, foi só bem recentemente, em 2013, que o legislador incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro uma terceira espécie de medida de cooperação: a colaboração premiada.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros no período pré-1988 aplicava aumentos de pena e impunha regimes de cumprimento mais severos quando o réu não cooperava (mentia ou negava a verdade). Antes da promulgação da Constituição, os tribunais também admitiam que a não cooperação (permanecer em silêncio) fosse utilizada como fundamento para uma sentença condenatória e decretavam medidas cautelares como meio de obter as declarações do acusado ou suspeito.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a incorporação, no catálogo de garantias fundamentais, da garantia de vedação de autoincriminação constante do art. 5º, LXIII (assim redigido: "O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"), seria de se esperar uma mudança imediata. Entretanto, foi principalmente a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que se alterou a interpretação sobre a atuação do acusado no processo penal. Como os incentivos à cooperação constituem elementos recentes na tradição jurídica brasileira, é prudente traçar um breve histórico de sua evolução no sistema penal, a fim de que se possa contextualizar sua utilização.

2.1. Os primeiros anos da legislação brasileira: inexistência de benefícios para a confissão

Nos primórdios do Estado brasileiro, a legislação, tanto processual, como material, não previa incentivos (positivos ou negativos) à cooperação do acusado. De fato, nosso primeiro Código Criminal, editado em 16 de dezembro de 1830[2], pelo Imperador Dom Pedro I, não dispunha sobre qualquer benefício para o réu que confessasse os fatos criminosos de que fosse acusado[3]. Igualmente, o Código de Processo

[2] Embora sancionado em dezembro de 1830 pelo Imperador, o Código Criminal foi aprovado pela Assembleia em 7 de Janeiro de 1831, daí a razão para que ora ele seja referido como "Código de 1830", ora como "Código de 1831".
[3] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

Criminal editado em 29 de novembro de 1832[4] pela Regência Trina Permanente, não dispunha sobre qualquer benefício para o acusado colaborador.

A reforma do Código de Processo Criminal, realizada em 3 de dezembro de 1841, pouco depois da coroação do Imperador D. Pedro II, não trouxe qualquer alteração nos regimes do interrogatório e da confissão.

A primeira legislação republicana sobre o tema, o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que instituiu regras gerais sobre processo penal, incorporava o princípio da inviolabilidade da defesa. Inspirado nos valores republicanos e herdeiro da tradição iluminista, o Código Republicano buscava afastar a confissão como o meio de prova mais importante no processo penal[5].

Logo após a Revolução de 1930, o então Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Getulio Vargas, decidiu alterar o Código Penal Brasileiro de 1890 e editou a Consolidação das Leis Penais (Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932) que, tal como o Código que vinha substituir, não dispôs sobre qualquer espécie de incentivo para que o acusado cooperasse com a parte acusatória, confessando o crime.

Pouco tempo depois, a ditadura do Estado novo, instaurada em 1937, veio estabelecer um regime autoritário no Brasil. Nesse contexto, ao lado da Constituição outorgada de 1937, os dois atos legislativos mais representativos do regime de inspiração fascista foram a edição do Código Penal em 07 de dezembro de 1940 (CP 1940) e do Código Processual Penal de 1941 em 03 de outubro de 1941 (CPP 1941)[6]. Os três textos tiveram como seu principal redator Francisco Campos, Ministro da Justiça do Governo provisório.

A redação original do CP 1940 previu, pela primeira vez, a confissão como circunstância atenuante que deveria ser considerada pelo juiz no momento de aplicação da pena. Contudo, somente atenuaria a pena a confissão de crime que já não fosse imputado ao réu[7].

Não se tratava, portanto, do instituto da confissão como é hoje, em que o suspeito ou acusado reconhece os fatos a ele imputados, mas sim de outra espécie de cooperação, voltada a evitar erros judiciários e a reduzir os cursos do Estado na identificação de autoria de um crime de autor desconhecido. Não

---

[4] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

[5] Como se vê do seguinte trecho da exposição de motivos, redigida pelo Ministro dos Negócios da Justiça, Campos Salles: "No empenho de rodear das mais solidas garantias a liberdade individual, e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providencias mais salutares ficou estabelecido um limite para o interrogatorio dos accusados. Com effeito, nada póde ser mais prejudicial á causa da justiça, do que este duello pungente, de argucias e subtilezas, de subterfugios e ciladas, que commummente se vê travado em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquelle que devera ser o orgão circumspecto e severo da austera magestade da lei, tem no emtanto como o mais appetecido triumpho a confissão do accusado extorquida á força de uma sagacidade criminosa". Disponível em: http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

[6] Não obstante as diferentes datas de decretação, os dois Códigos entraram em vigor no mesmo dia 1º de janeiro de 1942, como se vê dos artigos 361, do CP 1940 e 810, do CPP 1941.

[7] "Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)
IV - ter o agente: (...)
d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem"

obstante, tratava-se de mecanismo destinado a incentivar a cooperação, concedendo benefícios em troca de informações[8].

Em sintonia com a mudança do CP 1940, o CPP 1941 também previu benefícios àquele que confessasse o crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, permitindo que o réu fosse colocado em liberdade no caso de sentença absolutória antes mesmo de julgada a apelação[9], numa época em que os acusados, em regra, respondiam presos até o trânsito em julgado da sentença absolutória, diferentemente de hoje, em que a regra é a liberdade, não a prisão.

O caráter utilitário do instituto foi inclusive objeto de exame pelo STF, em situação na qual um acusado buscava obter o benefício de apelar em liberdade por ter cooperado. Contudo, assim como a atenuante da confissão, a colocação em liberdade do réu confesso não era aplicada nos casos em que a autoria era conhecida e a colaboração era inócua[10].

A guinada conservadora do país iniciada em 1937, com a instalação de uma ditadura, ensejou a busca pela prova na pessoa do suspeito ou acusado, fazendo com que o interrogatório assumisse um papel central no processo penal regulado pelo CPP 1941.

Dentre as regras que sustentam essa afirmação estavam (1) a transformação do interrogatório como primeiro ato processual (art. 394, CPP 1941, hoje com a redação alterada); (2) a dispensabilidade de presença de advogado no ato e (3) a previsão de que o silêncio do acusado (ou seja, a opção por não cooperar com a parte acusatória) pudesse ser utilizado como elemento de convicção do juiz (art. 198, CPP 1941), evidenciando o objetivo do regime autoritário de transformar o interrogatório em meio de prova[11].

---

[8] Como leciona Roberto Lyra: "Não é necessária indagação sobre os móveis da confissão, concedendo-se a atenuante, quer o agente se apresente por temer a descoberta da autoria ou a sua justa imputação, quer pelo sincero arrependimento e pela ânsia de sofrer a reação defensiva da sociedade". LYRA, Roberto: **Comentários ao Código Penal, Vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 382. O mesmo autor colaciona uma série de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Apelação do Distrito Federal rejeitando a aplicação da atenuante quando o acusado foi preso em flagrante ou quando jamais houve dúvidas acerca de sua autoria.

[9] "Art. 318. Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código Ihe atribuir tal efeito". CP 1941. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

[10] "Habeas corpus. O artigo 318 do Código de Processo Penal exige dois requisitos para sua incidência: confissão de crime de autoria ignorada ou que o crime haja sido imputado a outrem. O benefício do artigo 318 está excluído para o confidente que logo após a prática do delito se acusa perante a autoridade. O crime praticado no caso dos autos não se cercou de nenhuma dúvida quanto à autoria, de tal modo que a apresentação mesmo espontânea do delinquente não representou auxílio, nos termos em que a lei o qualifica, à ação da polícia ou da justiça criminal". RHC 44831, STF, 3ª Turma, Rel. Min. Hermes Lima, Julgado em 10/11/1967.

[11] "O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas, complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. (...) Outra inovação em matéria de prova diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova". Texto do Ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 3.689/1941, publicada no DOU em 13/10/1941. O Código de Processo Penal de 1941 não foi votado pelo Congresso Nacional, mas tornado lei por Getúlio Vargas que, na época, chefiava a ditadura do Estado Novo.

2.2. A confissão na reforma penal de 1984: causa atenuante da pena

Foi somente com a reforma penal de 1984, trazida pela Lei nº 7.209/84, conhecida como "Nova Parte Geral do Código Penal", que a cooperação do acusado na investigação do crime a ele imputado passou a ser incentivada. A atenuante da confissão, prevista no art. 65, II, d, com redação válida até hoje, deixou de ser aplicada para quem confessasse crime imputado a outrem ou a pessoa desconhecida, e passou a beneficiar qualquer acusado que se autoincriminasse[12].

Veja-se, portanto, que o conceito corrente de confissão (declarações prestadas oficialmente no curso de investigação ou instrução penal, contrárias aos interesses de quem as fornece[13]), largamente empregado hoje no discurso jurídico, somente assumiu a atual conformação no direito brasileiro há cerca de 30 anos.

Desde então, a jurisprudência do STF estabeleceu os contornos desse novo instituto, sobretudo no que toca à sua natureza. Embora, inicialmente, com a modificação do Código Penal em 1984, o STF exigisse que a concessão da atenuante de confissão (CP 1940, art. 65, III, d) viesse acompanhada do arrependimento moral do acusado[14], a partir de 2003 iniciou-se uma mudança na jurisprudência do STF[15].

Com efeito, hoje pode-se afirmar que o STF reconhece a finalidade instrumental e utilitária da confissão. Em vez de se averiguar a finalidade que move o agente, deve-se perquirir apenas se a confissão trouxe

[12] "Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...)
III - ter o agente: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime"

[13] "Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem quer que seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso" (NUCCI, Guilherme de Souza: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 81).

[14] Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados: "A simples confissão da pratica do crime, sem exame do motivo da confissão, não conduz a atenuação da pena". HC 65.286, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Oscar Correa, julgado em 28/08/1987; "O simples fato objetivo da confissão do crime não implica atenuação da pena. Importa perquirir o motivo da confissão". HC 69.048, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 31/03/1992; *"*A confissão, por si só, não é circunstância atenuante, cabendo considerar os seus motivos, de forma a permitir correta avaliação do arrependimento sincero, da lealdade processual, etc". HC 76.938, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Mauricio Correa, julgado em 05/05/1998; "À caracterização da confissão espontânea devem concorrer os requisitos objetivos e subjetivos. A simples confissão, sem a demonstração de arrependimento, não garante a atenuação da pena a tal título". HC 84.026, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 03/08/2004.

[15] "A confissão espontânea, ainda que parcial, é circunstância que sempre atenua a pena, *ex vi* do artigo 65, III, d, do Código Penal, o qual não faz qualquer ressalva no tocante à maneira como o agente a pronunciou. Nesta parte, merece reforma a decisão condenatória". HC 82.337, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 25/02/2003. "A circunstância atenuante pertinente à confissão espontânea, ainda que parcial, é aplicável àquele que confessa a autoria do crime independentemente da admissão do dolo ou das demais circunstâncias narradas na denúncia*"*. HC 99.436, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 26/10/2010; "A criação de injustificados embaraços para sonegar do acusado a sanção premial da atenuante é, de certa forma, assumir perante ele reação de deslealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade). Isso, é claro, naquelas situações em que as declarações prestadas perante a autoridade policial ou perante o magistrado de primeiro grau embasam a condenação (em conjunto com as provas produzidas sob o contraditório)". HC 109.928, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 04/10/2011; "A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente*"*. HC 115.994, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 02/04/2013.

resultados úteis ao processo, entendidos como o reconhecimento, na decisão judicial, que a confissão serviu de base para a sentença condenatória.

Por fim, o caráter utilitário, instrumental ou "premial" da confissão se revela também nos casos em que a confissão é apenas parcial[16] (quando uma parcela dos fatos é objeto da confissão), quando há retratação da confissão[17] (quando o réu confessa em sede policial, mas se retrata em juízo e nega os fatos), quando há prisão em flagrante[18] (a indicar a desnecessidade da confissão para apuração da autoria e materialidade) e, ainda, nos casos de confissão qualificada[19] (quando o réu reconhece parcialmente os fatos, buscando obter melhoria na sua situação processual).

2.3. A delação premiada nos crimes em coautoria: causa especial de redução da pena

Uma das primeiras leis penais editadas na vigência do novo regime democrático, a Lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos (LCH), modificou o regime de cooperação penal, ao introduzir uma causa especial de redução de pena[20], mecanismo muito mais benéfico do que a atenuante da confissão:

A LCH caracterizou-se como medida de política criminal de recrudescimento penal, com aumento de penas, diminuição de benefícios (como liberdade provisória e progressão de regime) e, paralelamente, maiores incentivos aos acusados que cooperassem[21]. A finalidade de "recompensar" os delatores, criando incentivos positivos muito mais fortes do que aqueles da confissão foi reconhecida pelo STF[22].

---

[16] "Em se tratando de parcial confissão dos fatos narrados na denúncia, mostra-se proporcional e adequada a fração mínima (1/5) estabelecida a título de atenuante (art. 72, III, "d", do CPM)". HC 109.545, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 16/12/2014.

[17] "A confissão extrajudicial retratada em Juízo constitui circunstância atenuante (alínea "d" do inciso III do art. 65 do CP), quando embasar a sentença penal condenatória. O que se deu no caso concreto". HC 91.654, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 08/04/2008.

[18] "A atenuante da confissão espontânea é inaplicável às hipóteses em que o agente é preso em flagrante, como no caso sub judice. Precedentes: HC 101861/MS, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 9/5/2011; HC 108148/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 1/7/2011". HC 102.002, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22/11/2011.

[19] "Firme é a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que não se aplica a atenuante da confissão espontânea para efeito de redução da pena se o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio. Neste sentido, dentre outros, Habeas Corpus n. 73.075, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 12.3.1996; 71.903, Rel. Ministro Néri da Silveira, DJ 9.8.1996". HC 94.295, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, julgado em 03/06/2008. No mesmo sentido: HC 108.148/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 1º/7/2011; HC 113.681, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/06/2013; HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/09/2013; e, HC 119.671, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/11/2013.

[20] "Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal[20], 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".

[21] A Lei de Crimes Hediondos foi objeto de inúmeros questionamentos, logo após sua edição, sofreu diversas alterações e teve dispositivos considerados inconstitucionais (O STF, no julgamento do HC 111.840, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/06/2012, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da LCH por este ir ao encontro da garantia constitucional da individualização da pena ao estabelecer que a pena, nos casos de crime hediondo, seria integralmente cumprida em regime fechado).

[22] "Devido ao incremento da criminalidade violenta e organizada, o legislador passou a instrumentalizar o juiz em medidas e providências tendentes a, simultaneamente, permitir a prática dos atos processuais e assegurar a integridade físico-mental e a vida das pessoas das testemunhas e de co-autores ou partícipes que se oferecem para fazer a delação premiada". HC 90.312, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 02/09/2008.

A delação premiada foi, pouco tempo depois, reproduzida por ocasião da edição da Lei 9.034/95, nosso primeiro diploma legal contra organizações criminosas, conhecida como Lei do Crime Organizado (LCO)[23].

Ainda sem o *nomen juris* "delação premiada", o instituto já se desenhava no ordenamento jurídico brasileiro. Como os incentivos eram maiores dos que o da confissão (redução de até dois terços da pena), exigia-se que além do reconhecimento dos fatos imputados, houvesse a indicação de outros autores e o desmantelamento da quadrilha (no caso da LCH), o esclarecimento de infrações penais e sua autoria (no caso da LCO) ou a facilitação da libertação do sequestrado (no caso do crime previsto no art. 159, do CP 1940).

Ainda no ano de 1995, a Lei 9.080/95 introduziu alterações nas Leis 7.492/86 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional[24]) e 8.137/90 (Lei que define os Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo[25]), prevendo o mesmo tipo de incentivo à cooperação.

A evolução histórica da delação premiada prossegue com a edição da Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro[26]). Se, até então, os benefícios se limitavam à pena, com menor (atenuante da confissão) ou maior (delação premiada) percentual de redução, a Lei de Lavagem de Capitais ampliou essa a possibilidade para a substituição da pena corporal por outra mais leve e até mesmo para a isenção total de pena (perdão judicial). E, pela primeira vez, adentrou na seara da execução penal, ao permitir regime de cumprimento diverso daquele que seria aplicado, e a possibilidade de cumprimento de pena em dependência separada dos demais acusados (quando em regime de prisão cautelar).

O ciclo da delação premiada se encerra com a edição da Lei 9.807/99, que tratou do sistema de proteção às testemunhas no Brasil, com um capítulo especificamente dedicado à proteção dos acusados que cooperassem com a parte acusatória, ampliando a possibilidade de redução de um a dois terços da pena ou perdão judicial para qualquer autor de crime que reconhecesse sua participação (confissão) e de cuja cooperação resultasse: (a) a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; (b) a

---

[23] "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". Alteração semelhante foi incluída no CP 1940, válida, porém, apenas para o crime de extorsão mediante sequestro: "Art 159, § 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

[24] "Lei 7.492/86. Art. 25, § 2º - Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor 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"

[25] "Lei 8.137/90. Art. 16, parágrafo único - Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor 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"

[26] "Art. 1º, § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime" (grifou-se).

localização da vítima com vida (possibilidade de perdão judicial) ou com sua integridade física preservada (redução de pena); e, (c) a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Assim como ocorreu com a confissão, tanto a doutrina como a jurisprudência trataram de pacificar as principais controvérsias acerca da delação premiada. A primeira questão dizia respeito à sua eficiência como meio de investigação, com um grau de exigência superior ao da simples confissão. Em outras palavras, não basta, para que o acusado receba o benefício, que apenas preste depoimentos acusando outros coautores. É necessário que, a partir dessa cooperação, sejam identificadas provas que embasem a decisão judicial, como demonstra o exame da jurisprudência do STF[27]. A segunda questão dizia respeito ao valor probatório das declarações do delator. Quando do julgamento da Ação Penal 470, o STF entendeu que as palavras do delator não constituem elemento de prova e que delatores não podem ser considerados testemunhas compromissadas com a verdade, mas simples informantes[28].

2.4. A colaboração premiada: introdução da barganha no sistema penal brasileiro

A colaboração premiada instituída pela Lei 12.850/2013 vai além da delação premiada naquilo que exige do suspeito ou acusado colaborador, mas, sobretudo, naquilo que oferece em troca de sua cooperação.

Para poder usufruir do benefício, a lei estabelece as seguintes condições ao acusado que coopera (art. 4º, da Lei 12.850/2013): (1) que a colaboração seja voluntária; (2) que a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso recomendem a

[27] "Não-incidência do art. 13, da Lei nº 9.807/99, em favor do paciente. A efetiva e voluntária colaboração de agente do crime para a investigação e processo penal deve resultar na identificação dos co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com integridade física preservada ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Na estreita via do habeas corpus, não há condições de se valorar os elementos colhidos durante a fase policial, bem como aqueles obtidos durante a instrução processual, somente podendo o juiz da causa aferir a incidência (ou não) da causa de extinção da punibilidade do agente consistente no perdão judicial". HC 89.847, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10/06/2008. No mesmo sentido, vejam-se os sucessivos: HC 101.436, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 09/03/2010; RHC 107759, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/10/2011; AI 820480, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 03/04/2012; HC 114.388, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/06/2013; HC 119.976, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/02/2014; HC 127.221, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 25/08/2015. Relativamente à eficiência, vejam-se: "As instâncias ordinárias concluíram que o paciente não envidou esforços suficientes para a identificação dos demais coautores ou partícipes do grupo criminoso, não preenchendo os requisitos necessários à aplicação da minorante prevista no art. 14 da Lei 9.807/1999". HC 109.403, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/12/2013 e "A delação voluntária de outros implicados, sem formalização de acordo com a acusação, não impede o oferecimento da denúncia. Eventuais benefícios pela colaboração serão avaliados na fase de julgamento". Inq 3204, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2015.

[28] "O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes". AP 470, Terceira Questão de Ordem, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23/10/2008. "O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999. A hipótese sob exame, todavia, não trata da inquirição de acusado colaborador da acusação ou delator do agravante, mas pura e simplesmente da oitiva de co-denunciado. Daí por que deve ser aplicada a regra geral da impossibilidade de o co-réu ser ouvido como testemunha ou, ainda, como informante. Agravo regimental não provido". AP 470, Sétimo Agravo Regimental, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 18/06/2009.

celebração do acordo; e, (3) que a colaboração seja efetiva, assim entendida como aquela que produziu 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.

As diferenças entre a colaboração e a delação, no que tange aos deveres do réu que coopera, estão, portanto, relacionadas às características do crime de organização criminosa (itens II e III, acima). Por se tratar de uma organização criminosa (a colaboração premiada só se aplica para esse tipo de crime), presume-se uma estabilidade associativa para a prática de crimes que poderão ser evitados e exige-se a revelação de como essa organização criminosa está estruturada internamente.

Já os benefícios oferecidos (art. 5º, Lei 12.850/2013) vão muito além da redução de um a dois terços da pena e do perdão judicial, já constantes da delação premiada, incluindo:

I) a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia se o colaborador (1) não for o líder da organização criminosa e (2) for o primeiro a prestar efetiva colaboração;
II) a possibilidade de que a colaboração ocorra após a sentença, caso em que se oferece a redução da pena até a metade e a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos;
III) o direito de cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados[29]

Além da imunidade à persecução penal[30], a principal inovação em relação aos institutos anteriores não está propriamente no tipo de benefício oferecido pela lei, mas sim na forma como ocorre a colaboração.

Ao contrário da delação, a colaboração premiada é realizada por meio de um acordo escrito, subscrito pelos representantes da parte acusatória, pelo suspeito ou acusado e seu defensor, e homologado pelo juiz. Esse é um grande diferencial em termos de incentivo ao criminoso que colabora, pois tanto as

[29] Outras medidas, que não estão diretamente relacionadas com o cumprimento da pena decorrente do crime, são: (a) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; (b) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores; (c) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; e, (d) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito.

[30] Até a edição da Lei 12.850/2013, institutos que permitiam a negociação envolvendo a propositura da ação penal somente eram cabíveis para infrações leves. A transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95) é cabível para as infrações penais com pena máxima de dois anos (classificadas de infrações de menor potencial ofensivo); a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei nº 9.099/95) é permitida para infrações penais com pena mínima não superior a um ano; e a remissão é utilizada nos atos infracionais praticados por adolescentes (arts. 126, 127 e 128, da Lei 8.069/90). Em todos esses casos, não se exige nem se considera que o acordo implique em reconhecimento dos fatos pelo suspeito ou acusado.

confissões como a delação trazem uma grande margem de incerteza no tocante ao benefício exato que será recebido.

Já a colaboração, em razão do acordo escrito, permite um ajuste concreto dos benefícios e das hipóteses em que o acordo será considerado válido ou inválido. Ademais, a homologação judicial retira parte da incerteza do acordo existente na confissão e na delação, institutos que o juiz somente avalia no momento de proferir a sentença. Ao se comprometer previamente com aquelas condições, vinculam-se não apenas os limites do acordo, mas também o próprio órgão jurisdicional.

A existência de um acordo escrito traz maior segurança para as partes – e, sobretudo, ao criminoso colaborador – no que tange à exigibilidade de seu cumprimento pelo Poder Judiciário, diferenciando-o da delação e da confissão. No entanto, nem por isso modifica-se sua natureza jurídica de *medida de cooperação* ou o marco teórico no qual está baseada: o *utilitarismo penal*.

Entretanto, por se tratar de instituto jurídico novo, pode acontecer de juízes, membros do Ministério Público e advogados, desconhecendo o quadro evolutivo no qual se insere a colaboração premiada, extrapolarem os limites de sua aplicação e a função de sua utilização. Como afirmou o filósofo francês Michel de Montaigne, "*A palavra é metade daquele que fala, e metade daquele que ouve*".

A frase se aplica também às leis, já que, às vezes, a intenção do legislador é substituída pela vontade do intérprete ao aplicar a lei. Parafraseando Montaigne, pode-se afirmar que a legislação depende metade daqueles que a promulgaram, e metade daqueles que irão aplicá-la.

3 – ANÁLISE CRÍTICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA "OPERAÇÃO LAVA JATO"

Devido à grande publicidade envolvendo a "Operação Lava Jato", o instituto da colaboração premiada teve grande exposição. No entanto, os acordos firmados no âmbito dessa operação não foram analisados em suas características jurídicas. Para a elaboração do presente artigo, foram considerados os termos de colaboração premiada firmados entre o Ministério Público Federal e Paulo Roberto Costa[31], Alberto Youssef[32] e Pedro José Barusco Filho[33], todos eles já tornados públicos na rede de computadores *internet*.

---

[31] Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5026212-82.2014.404.7000 e 5025676-71. 2014.404.7000 e na representação nº 5014901-94. 2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

[32] Acordo firmado no âmbito das ações penais nº 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 5035110-84.2014.404.7000, e 5035707-53.2014.404.7000, todos em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. Disponível em http://politica.estadao.com.br/blogs /fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

[33] Acordo firmado no âmbito do inquérito policial nº 5049557-14.2013.404.7000, em trâmite perante a 13ª Vara Federal da subseção Judiciária de Curitiba. disponível em http://politica. estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/veja-na-integra-a-delacao-premiada-de-pedro-barusco/. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

Se, por um lado, não há dúvidas acerca da inovação normativa trazida pela colaboração premiada, por outro lado, tampouco há dúvidas de que os acordos ora em exame deveriam estar adstritos às hipóteses e condições legais. Contudo, o exame de tais documentos revela que os acordos foram realizados sem que os benefícios ali concedidos tivessem base na lei.

Firmado em 27 de agosto de 2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Publico Federal e Paulo Roberto Costa concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1) A substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica (Cláusula 5ª, I, a e Cláusula 5ª, § 1º);

2) A limitação do tempo de prisão cautelar comum (prisão preventiva), independentemente da efetividade da colaboração, em 30 (trinta) dias, contados da celebração do acordo (Cláusula 5ª, § 6º);

3) Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em 2 (dois) anos, a ser cumprida em regime semi-aberto (Cláusula 5ª, I, b);

4) Cumprimento do restante da pena, qualquer que seja seu montante, em regime aberto (Cláusula 5ª, I, c).

Firmado em 24 de setembro de 2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Publico Federal e Alberto Youssef também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1) Fixação do tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade, independente das penas cominadas em sentença, em no mínimo 3 (três) e no máximo 5 (cinco) anos, a ser cumprida em regime fechado, com progressão automática para o regime aberto, mesmo que não estejam presentes os requisitos legais (Cláusula 5ª, III e V);

2) A permissão de utilização, pelas filhas do colaborador, de bens que são, declaradamente, produto de crime, durante o tempo em que ele estiver preso em regime fechado (Cláusula 7ª, "h" e "i" e §3º);

3) A liberação de quatro imóveis e um terreno, que seriam destinados ao juízo a título de multa compensatória[34], caso os valores recuperados com o auxílio do colaborador superem em 50 vezes o valor dos imóveis (Cláusula 7ª, §4º);

4) A liberação de um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador e de outro imóvel em favor das filhas do colaborador, sem que esteja claro se tais imóveis são oriundos de crime ou não (Cláusula 7ª, §§5º e 6º).

[34] Ignora-se o que seria a multa compensatória prevista nesse artigo, já que nem a Lei 12.850/2013, nem o CP 1940, estabelecem esse tipo de penalidade.

Por fim, assinado em 19 de novembro de 2014, o acordo de colaboração premiada entre o Ministério Publico Federal e Pedro José Barusco Filho também concede diversos benefícios não previstos pela Lei 12.850/2013, dentre eles os seguintes:

1) O cumprimento de todas as penas privativas de liberdade aplicadas ao colaborador em *regime aberto diferenciado*[35] (sic) pelo prazo máximo de 2 (dois) anos, independente das penas que venham a ser fixadas na sentença judicial e, cumulativamente, a prestação de serviços à comunidade por prazo não inferior a 2 (dois) e não superior a 5 (cinco) anos (Cláusula 5ª, I, II, III e IV);

2) A obrigação do MPF pleitear que não sejam aplicadas sanções ao colaborador ou suas empresas nas ações cíveis e de improbidade administrativa que porventura forem ajuizadas (Cláusula 5ª, §6º).

Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos.

Negociações sobre substituição de prisão cautelar por prisão domiciliar com tornozeleira, invenção de regimes de cumprimento de pena que não existem, vinculação de manifestação do MPF em processos que não são da atribuição daqueles membros que assinam o acordo, permissão para uso de bens de origem criminosa e a liberação de bens que podem ser produto de crime constituem medidas claramente ilegais e que aumentam enormemente os riscos de que tais colaborações contenham elementos falsos (ou parcialmente verdadeiros).

O risco na celebração de acordos com tais previsões não é moral, mas sim de eficiência do instituto da colaboração premiada, na medida em que aumentam de forma exponencial os benefícios aos colaboradores prejudicando o equilíbrio de custo e benefício estabelecido pelo legislador.

Acredita-se que esse desequilíbrio pode ampliar significativamente os incentivos à cooperação, mas igualmente amplia os riscos de que tais colaborações não sejam verdadeiras nem úteis.

4 – A colaboração premiada e os incentivos à cooperação

A teoria econômica do crime está baseada, sobretudo, nos estudos e escritos de Adam Smith, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, que utilizaram a economia não apenas como objeto de estudo, mas também

[35] Não existe, em nenhuma lei da República, previsão de "regime aberto diferenciado", criado por meio desse acordo de colaboração premiada específico e que consistiria no: (a) recolhimento domiciliar noturno entre 20h e 6h; (b) comunicação de viagens internacionais para tratamento médico com uma semana de antecedência; e, (c) entrega de relatórios bimestrais de suas atividades profissionais e viagens realizadas em território nacional.

como um método para examinar outras áreas do conhecimento. Nessa linha, diversos fenômenos poderiam ser explicados a partir das escolhas que os seres racionais fazem para alcançar seus objetivos e maximizar seu interesse, dadas as limitações de informação e recursos que dispõem.

Resumidamente, a teoria econômica do crime estabelece como premissa que os indivíduos não se tornam criminosos em razão de sua origem social, ou de características pessoais, mas sim em razão das escolhas e decisões. Trata-se de uma perspectiva claramente utilitarista e consequencialista, orientada para a análise das escolhas individuais na seara criminal.

Foi Jeremy Bentham quem primeiro sugeriu que a probabilidade de lucro proveniente do crime é a força que leva o sujeito a delinquir, ao passo que a ameaça dor decorrente da pena é a força que poderá dissuadi-lo. Se a primeira força (ganho potencial) for maior do que a segunda (custo potencial), um crime será cometido.

Em suma, as ações humanas são motivadas por estímulos: incentivos, benefícios, riscos e dissuasões, devidamente previstos em lei e disponíveis como informação para embasarem a escolha do indivíduo.

Herdeiro dessa tradição, Gary Becker (Prêmio Nobel de economia em 1992) ampliou a análise microeconômica para um vasto campo de interações do comportamento humano, incluindo comportamentos não relacionados ao mercado, dentre eles a decisão de praticar um crime[36].

Seguindo os passos de Bentham, Becker aperfeiçoou o raciocínio econômico aplicado à teoria do crime com base na escolha racional. Sua tese sustenta-se, em linhas gerais, na crença de "*que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional*"[37].

Na conhecida fórmula elaborada por Gary Becker, a escolha pela prática criminosa ocorre quando o sujeito racional calcula que o benefício esperado com o crime (o que pode incluir não apenas o valor monetizado do ganho criminoso, mas também a satisfação de obter aquele bem) é superior ao custo esperado desse crime (o que inclui não apenas a perda dos valores eventualmente ganhos, mas também as penas a que está sujeito, sejam elas penas monetárias ou de prisão), sendo certo que os custos esperados do crime devem ser multiplicados pela probabilidade de punição[38].

---

[36] "The approach taken here follows the economists' usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become 'criminals', therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ". BECKER, Gary: **Crime and punishment – an economic approach**. In Journal of Political Economy vol. 76, 1968, p. 176. Disponível em http://www.jstor.org/stable/1830482. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

[37] ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de, GICO JR, Ivo: **Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. *In* Bottino, Thiago e MALAN, Diogo (org.): Direito Penal e Economia. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 61.

[38] "The widespread generalization that offenders are more deterred by the probability of conviction than by the punishment when convicted turns out to imply in the expected-utility approach that offenders are risk prederrers, at least in the relevant region of punishments". BECKER, Gary: **Crime and punishment – an economic approach**. In Journal of Political Economy vol. 76, 1968, p. 176. Disponível em http://www.jstor.org/stable/1830482. Acesso em 05 de dezembro de 2015.

Com efeito, o sujeito racional calcula o custo esperado do crime levando em consideração a probabilidade de ser identificado, processado e punido. Caso a probabilidade de punição seja baixa, menor será o custo esperado do crime[39]. Em outras palavras, essa teoria sustenta que as decisões são tomadas a partir de considerações sobre a eficiência do sistema penal.

Determinados crimes podem ser rigorosamente planejados de modo que se leve em consideração todos os fatores necessários para o cálculo dos benefícios esperados, dos custos esperados e da probabilidade de cada resultado (benefício ou custo), evidenciando um grau de deliberação perfeitamente compatível com o modelo de escolha racional.

Por outro lado, a aplicação da teoria econômica ao crime costuma sofrer críticas na medida em que pressupõe que o respeito às leis está baseado apenas no interesse de maximização de benefício pelo sujeito racional.

Tais críticas não procedem. A própria teoria econômica do crime reconhece que nem todo sujeito racional opta por maximizar seu interesse de forma criminosa. Muitos indivíduos respeitam as regras e não praticam crimes por motivações intrínsecas, de ordem moral (sejam elas religiosas, culturais, sociais etc). Sabe-se que a interação social e familiar constrói "travas" ou "inibições" morais, de forma que comportamentos socialmente indesejados não sejam realizados pelos indivíduos, ainda que o benefício esperado pelo crime supere muitas vezes o custo esperado.

Ou seja, não é porque um determinado sujeito identifica a alta probabilidade de que jamais será identificado, processado e punido por um crime, que necessariamente praticará o crime. Além disso, alguns criminosos não procuram situações ideais para praticarem crimes, mas aproveitam as que surgem. Conclui-se que a escolha pelo crime não deriva apenas da "oportunidade perfeita". Economistas tendem a descrever o processo de tomada de decisões como se os sujeitos agissem como se estivessem comparando os benefícios do crime e as penas esperadas.

O mais adequado, talvez, seja afirmar que a decisão de cometer um crime não independe da análise de custos e benefícios. Assim formulado, o modelo econômico de escolha racional pode ser bastante útil, sobretudo na formulação de políticas públicas para a área criminal[40].

Um exemplo evidente do modelo econômico de escolha racional em matéria criminal é justamente o sistema de incentivos positivos aos criminosos para que cooperem com a parte acusatória. De fato, para

---

[39] "A importância da probabilidade de punição é objeto de inúmeros estudos que comparam a probabilidade de ser preso *vis-à-vis* à ocorrência de todos os tipos de delitos (e.g. EHRLICH, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1982; EHRLICH & POSNER, 1974; EHRLICH & GIBBONS, 1977; EHRLICH & MARK, 1977; EHRLICH & LIU, 1999), ainda que exista algum debate sobre tais estudos (BRIER & FIENBERG, 1980)." (ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de, GICO JR, Ivo: **Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. *In* Bottino, Thiago e MALAN, Diogo (org.): Direito Penal e Economia. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 64).

[40] Ao se identificarem determinadas condutas consideradas danosas à coletividade, o Congresso decide transformá-las em crime; para desestimular o cometimento de determinado crime, pode-se aumentar a pena prevista para sua prática; e, para aumentar a eficiência na repressão do crime, esse mesmo Congresso pode decidir autorizar novas medidas investigativas.

ampliar o custo esperado do crime, atuando sobre a probabilidade de que a infração penal seja identificada e seu autor punido, podem-se criar incentivos para que determinados criminosos cooperem com a acusação relatando fatos e autoria de crimes em troca de benefícios.

É nesse contexto que se insere o instituto da colaboração premiada.

Ao permitir que determinados acusados recebam benefícios para fornecer informações e indícios que poderão se transformar em provas contra outros acusados, o legislador introduz um fator que aumenta o custo esperado do crime. E, como visto acima, o aumento da probabilidade de punição é um dos pontos mais sensíveis quando se utiliza a teoria econômica, devido ao peso que ela possui no cálculo do curso do crime[41].

Ora, segue daí que o suspeito ou acusado que opta por cooperar com a parte acusatória também faz uma escolha racional. E, no modelo da colaboração premiada, com certeza não se trata de uma ação espontânea e irrefletida, já que pressupõe a assistência de um advogado[42].

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo-benefício, evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, de outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo).

O custo esperado, no caso do sujeito que opta pela cooperação, está (1) na perda de seu direito de não se autoincriminar[43], fornecendo meios de investigação e, às vezes, provas, que permitirão à parte acusatória provar a materialidade do crime e sua autoria em juízo; e, (2) na incerteza associada à possível não-homologação do termo de colaboração ou a uma decisão posterior que despreze ou minimize os efeitos da colaboração.

Ora, os benefícios excedem em muito os custos. Por essa razão, a colaboração premiada exige um nível de cooperação maior do acusado, qual seja, a identificação de outros membros da organização criminosa bem como a indicação dos meios pelos quais se poderá provar a prática do crime por essas outras pessoas e ainda a revelação de outros crimes praticados por essa organização que ainda não sejam de conhecimento da parte acusatória.

Nesse cenário, o risco que se apresenta é o de que o criminoso colaborador busque incriminar outras pessoas (inocentes ou com participação de menor importância) a fim de maximizar seus benefícios.

---

[41] "Em segundo lugar, inclusive os autores contrários à tese do delinquente racional não deixam de reconhecer que a maior ou menor probabilidade de ser preso e punido incide sim sobre o indivíduo. Isso é um reconhecimento tácito de que o delinquente – numa medida indeterminada, digamos – não é de todo alheio a um cálculo racional de custos, como já foi exposto". SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria: **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 19.

[42] A lei determina a assistência de advogado em todas as fases da colaboração: "Art. 4º, § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor".

[43] "Art. 4º, § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade"

Essa hipótese ganha maior força nos casos em que o acusado se vê diante de penas potenciais altíssimas e os benefícios concedidos são muito atrativos (como aqueles que constam dos acordos de colaboração examinados).

Afinal, o custo de acrescentar mais alguns anos em sua pena[44] pode ser ínfimo[45], uma vez que isso aumentará pouco ou mesmo nada no tempo total que permanecerá preso, seja em razão do limite máximo previsto no CP 1940[46], seja porque mesmo se computando o acréscimo de pena para a contagem de benefícios na execução penal[47], os efeitos serão, em regra, muito pequenos.

A conclusão é que, em determinados cenários, onde há muita assimetria de informação[48], isto é, quando a parte acusatória não promoveu investigações independentes relacionadas à atuação de determinada pessoa ou sobre determinados fatos, os quais são "revelados" pelo colaborador, o criminoso colaborador pode optar pela cooperação falsa, calculando que os benefícios esperados são mais altos que os custos.

Significa dizer que se outros acusados afirmam determinada coisa, ele poderá confirmar algo que não é necessariamente verdade apenas para se beneficiar com a cooperação, uma vez que a probabilidade de que se identifique a falsidade de suas declarações é pequena.

Da mesma forma, se houver necessidade de que novos autores sejam identificados (porque já houve outras cooperações no sentido de identificar meios pelos quais a prova será produzida), esse colaborador poderá indicar pessoas com participação de menor importância, ou que atuaram sem saber que estavam inseridos em um processo criminoso, maximizando a importância dessas pessoas, com a finalidade de receber as enormes vantagens do acordo de colaboração.

Nesse sentido, é imperioso analisar os aspectos ligados à quantidade ótima de dissuasão do crime. Os custos para a dissuasão do crime podem envolver recursos monetários (mais recursos para as agências de combate ao crime, como polícia e Ministério Público) e não monetários (penas mais gravosas, por um lado, e medidas de cooperação mais vantajosas, por outro), mas devem sempre ser calculados de modo que os custos da dissuasão do crime não sejam mais elevados que os custos do próprio crime.

---

[44] Normalmente, os acusados não estão sujeitos apenas às penas do crime de integrar organização criminosa, com pena de 3 a 8 anos de reclusão, mas sim às penas potencialmente altas de outros crimes como corrupção (até 12 anos), peculato (até 12 anos), fraude em licitações (até 6 anos), dentre outros.

[45] Caso se descubra que as informações fornecidas pelo criminoso que coopera não eram corretos e deles não decorreu a prova esperada pela parte acusatória, o sujeito que coopera perderia os benefícios e estaria sujeito à pena de 1 a 4 anos de reclusão ("Art. 19, da Lei 12.850/2013: Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa").

[46] Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

[47] Art. 75, § 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

[48] Assimetria entendida como a diferença de informações de que dispõe a parte acusatória e o acusado no que tange à s diferentes participações dos autores na organização criminosa, as ramificações da organização criminosa, os diferentes crimes praticados e as provas existentes de autoria e materialidade que deverão ser produzidas ao longo do processo.

Em outras palavras, o custo para dissuasão do crime não pode ser tão alto que acabe gerando incentivos ainda mais prejudiciais para o sistema[49].

Ferrajoli destaca que essa análise é especialmente importante na medida em que o "custo" do sistema punitivo estatal pesa sobre todos e não apenas sobre os culpados. Além de estarmos todos sujeitos às proibições de condutas consideradas delituosas, também os inocentes podem ser, como de fato são, submetidos às agruras de um processo criminal e, muitas vezes, até condenados injustamente[50].

Portanto, quando se ultrapassam os limites objetivos e de validade das diferentes modalidades de cooperação penal, ampliando enormemente os benefícios oferecidos ao criminoso sem a correspondente elevação dos custos caso sua cooperação se mostre insuficiente, corre-se o risco de que o incentivo à cooperação seja tão elevado (e seu custo tão diminuto) que acabe por gerar o efeito inverso, de colaborações que não trazem informações e indícios verdadeiros, prejudicando, mais do que auxiliando, a parte acusatória.

Porém, considerando que os acordos de colaboração premiada acima analisados já foram firmados e homologados judicialmente (inobstante possuírem cláusulas concedendo benefícios muito maiores dos que a lei autorizava conceder aos criminosos colaboradores), não cabe aqui, necessariamente, discutir sua validade, mas interessa, sim, avaliar qual o valor probatório que se deve dar a tais colaborações.

Por essa linha de raciocínio, não se deve conferir às declarações dos réus colaboradores o peso de provas (mesmo testemunhais), e sim o mesmo tratamento conferido às delações premiadas: meio de investigação e não meio de prova.

Isoladamente, as declarações de réus colaboradores, ainda que sob o compromisso de dizerem a verdade, não podem ser consideradas provas, nem sequer indícios, que possam ensejar o recebimento de uma acusação criminal, a imposição de medidas cautelares ou um decreto condenatório.

Com efeito, se a prisão preventiva exige "*prova da existência do crime e indício suficiente de autoria*" (art. 312, do CPP 1941), essa prova não poderá se constituir nas declarações do réu colaborador. De

---

[49] Veja-se, nesse sentido, a lição de Robert Cooter e Thomas Ulen: "Imagine, por exemplo, que a prisão perpétua é a pena máxima disponível em uma sociedade, e que a lei ordena a prisão perpétua por apropriação indébita. Agora imagine que um policial persegue um ladrão armado. Se o policial prender o ladrão, o criminoso ficará preso pelo resto da vida, de acordo com a lei draconiana em validade. Assim, o ladrão não tem por que não tentar atirar no policial. Se mata-lo, pode fugir. Se não, não há qualquer punição adicional disponível, pois a pena de apropriação indébita já é a máxima. Nesse exemplo, as penalidades draconianas para crimes menores prejudicam a dissuasão de crimes mais sérios.". COOTER, Robert e ULEN, Thomas: **Direito e Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 491.

[50] "A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a 'cifra de injustiça', formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injustiça, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria. Porém, a cifra da injustiça, como facilmente perceptível na análise até o momento realizada, é, principalmente, o produto da carência normativa ou da não efetividade prática das garantias penais e processuais, que acabam por prestar-se ao arbítrio e ao erro." (FERRAJOLI, Luigi: **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 89).

igual forma, os indícios de autoria, tampouco poderão se limitar a tais declarações, eis que a lei define indício a partir de fatos já provados: "*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*" (Art. 239, do CPP 1941).

Embora a própria Lei 12.850/2013 afirme que "*Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*" (Art. 4º, § 16), afirma-se, com base nos acordos de colaboração examinados, onde se constata a ampliação dos benefícios para muito além daquilo que o legislador dispôs, a inexistência de força probatória nessas declarações, seja para embasar uma sentença, seja para justificar a imposição de uma medida cautelar ou mesmo para justificar o recebimento de uma denúncia.

Não se discute que a prolação de uma sentença condenatória deve estar calcada em provas produzidas sob o contraditório (art. 155, CPP). E que a colaboração premiada não possui natureza de prova. Mas impõe-se que o texto da lei seja interpretado de forma analógica para medidas cautelares e para o recebimento da denúncia.

Com efeito, todas as medidas cautelares, sejam elas pessoais (prisão preventiva, temporária e interceptação telefônica) ou reais (busca e apreensão, arresto, sequestro e hipoteca legal), investigativas ou assecuratórias, exigem, para sua decretação, de lastro probatório mínimo. Isto é, não se admite qualquer medida cautelar sem que haja uma base probatória que lhe dê suporte. Sem provas, ainda que mínimas da existência do crime, não é possível avançar sobre a liberdade do cidadão. E a Lei 12.850/2013 expressamente rechaçou a natureza probatória da colaboração premiada.

De igual forma, determina o Código Processual que "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.". Justa causa, como conceitua unanimemente a doutrina, constitui um conjunto probatório, ainda que mínimo, mas que comprove a existência do crime.

Depoimentos prestados no âmbito de uma colaboração premiada não têm essa natureza de lastro probatório. Por conseguinte, não se prestam, por si só, para embasar qualquer decisão judicial, seja ela uma sentença condenatória, seja uma medida cautelar, ou mesmo o recebimento de uma denúncia.

5. CONCLUSÃO

O instituto da colaboração premiada, como também qualquer outra forma de cooperação no processo penal, pode ser examinado segundo a teoria econômica do crime. Trata-se de incentivo concedido ao acusado para que coopere com a parte acusatória, independente de qualquer espécie de constrição moral, arrependimento ou desejo de comportar-se de forma socialmente reparadora.

Por se tratar de uma decisão informada e assistida pela defesa técnica, pode-se falar que estão presentes os requisitos para que a opção pela colaboração se caracterize como uma escolha racional.

Contudo, a colaboração premiada, da forma como tem sido utilizada na conhecida "Operação Lava Jato", a partir dos três acordos de colaboração premiada examinados acima, oferece benefícios muito maiores dos que aqueles previstos em lei, desequilibrando o sistema de dissuasão para cooperações falsas ou redundantes.

É certo que a ampliação dos benefícios, ainda que dissociada do aumento dos custos em caso de afirmações inverídicas, não torna o mecanismo de cooperação inválido. No entanto, reforça a percepção de que, tal como na delação premiada, as declarações prestadas pelos acusados colaboradores não devem ser consideradas provas, mas somente meios de investigação.

Juízes deveriam, no ato de homologação, atentar para essas inconformidades legais e suas possíveis consequências, para assegurar a plena eficácia do instituto, dada a potencialidade que incentivos exagerados têm de levar a cooperações falsas ou redundantes. Essa preocupação não opera em abstrato. Os exemplos de acordos examinados, que excedem em muito os benefícios previstos em lei, oferecem incentivos exagerados, cuja legalidade pode até ser questionada e que colocam em perigo a plena eficácia do instituto.

Nesse mesmo sentido de argumentação, os benefícios concedidos àqueles que decidem cooperar com o Estado deveriam ser concedidos somente quando já tivessem sido obtidas provas concretas que tenham resultado dos acordos de colaboração.

Não obstante a lei preveja que o acusado se comprometerá a dizer apenas a verdade, trata-se de disposição que, violada, não acarretará consequências graves aos seus autores quando estes estiverem diante de acusações de crimes com penas altas.

Fica evidenciada, portanto, a natureza da colaboração premiada como meio de investigação, e não como meio de prova, sendo necessário que as declarações de réus colaboradores somente sejam utilizadas como fundamento de uma decisão judicial quando a parte acusatória, pelos meios próprios de investigação e de forma independente, produzir outras provas com existência independente (periciais, documentais e mesmo testemunhais) que corroborem tais declarações.

Especificamente no que tange aos acordos firmados no âmbito da "Operação Lava Jato", constata-se que os benefícios concedidos extrapolaram, em muito, as hipóteses previstas na lei, sugerindo um desequilíbrio entre os incentivos para cooperação e os desincentivos à falsa cooperação.

6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de, GICO JR, Ivo: **Corrupção e Judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. *In* Bottino, Thiago e MALAN, Diogo (org.): Direito Penal e Economia. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012.

BECKER, Gary: **Crime and punishment – an economic approach**. In Journal of Political Economy vol. 76, 1968.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas: **Direito e Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERRAJOLI, Luigi: **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

LYRA, Roberto: **Comentários ao Código Penal, Vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

NUCCI, Guilherme de Souza: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria: **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004.