

Volumen 6 - Número 2 - Abril/Junio 2019

REVISTA INCLUSIONES

REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

ISSN: 5738-4308

Homenaje a

Francesca Randazzo

MIEMBRO DE HONOR COMITÉ INTERNACIONAL

REVISTA INCLUSIONES

Portada: Felipe Maximiliano Estay Guerrero

221 B
WEB SCIENCES

CUERPO DIRECTIVO

Directores

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda

Universidad Católica de Temuco, Chile

Dr. Francisco Ganga Contreras

Universidad de Los Lagos, Chile

Subdirectores

Mg © Carolina Cabezas Cáceres

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Andrea Mutolo

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Editor

Drdo. Juan Guillermo Estay Sepúlveda

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Traductora: Portugués

Lic. Elaine Cristina Pereira Menegón

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Sr. Felipe Maximiliano Estay Guerrero

Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza

Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado

Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto

Universidad de San Pablo, Brasil

Dra. Nidia Burgos

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera

Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González

Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González

Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy

Universidad de La Serena, Chile

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Cecilia Jofré Muñoz

Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach

*Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica*

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín

Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio

Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero

Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira

Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga

Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona

Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra

Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz

Universidad del Salvador, Argentina

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

*Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles,
Estados Unidos*

José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

Instituto de Estudios Albacetenses "don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos em MERCOSUR, Brasil

Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades Estatales América Latina y el Caribe

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Mg. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

*Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal*

Dra. Alina Bestard Revilla

Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el Deporte, Cuba

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Rosario Castro López

Universidad de Córdoba, España

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dr. Francisco Luis Giraldo Gutiérrez

*Instituto Tecnológico Metropolitano,
Colombia*

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Per

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. Vivian Romeu

*Universidad Iberoamericana Ciudad de
México, México*

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia

Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López

*Universidad Autónoma del Estado de
Morelos, México*

Dra. Jaqueline Vassallo

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez

Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec

Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Editorial Cuadernos de Sofía

Santiago – Chile

Representante Legal

Juan Guillermo Estay Sepúlveda Editorial

REVISTA
INCLUSIONES
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:



Information Matrix for the Analysis of Journals







uOttawa

Bibliothèque
Library



REX



WESTERN
THEOLOGICAL SEMINARY

BIBLIOTECA ELECTRÓNICA
DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA



Ministerio de
Ciencia, Tecnología
e Innovación Productiva



Vancouver Public Library



Universidad
de Concepción

BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

EST. 1785
UNB
LIBRARIES



UNIVERSITY OF
SASKATCHEWAN

MLZ
Heinz Maier-Leibnitz Zentrum

Hellenic Academic Libraries Link

HEAL LINK

Σύνδεσμος Ελληνικών Ακαδημαϊκών Βιβλιοθηκών

**COLABORAÇÃO PREMIADA: UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL
VISTO NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

**CRIMINAL COOPERATION AGREEMENT AS A PROCEDURAL AGREEMENT:
SEEN FROM THE PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS**

Dr. Rômulo Guilherme Leitão
Universidade de Fortaleza, Brasil
romuloleitao@unifor.br

Mtdo. Luiz Paulo Reis Araujo
Universidade de Fortaleza, Brasil
luizpauloreis@globo.com

Mtdo. Saulo Gonçalves Santos
Universidade de Fortaleza, Brasil
saulosantos12@gmail.com

Fecha de Recepción: 08 de enero de 2019 – **Fecha Revisión:** 30 de enero de 2019

Fecha de Aceptación: 20 de febrero de 2019 – **Fecha de Publicación:** 07 de marzo de 2019

Resumo

Estuda-se a natureza jurídica da colaboração premiada. Aborda-se o entendimento do instituto como negócio jurídico processual penal diante da Teoria Geral do Direito. Efetua-se uma apreciação da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Avaliam-se os preceitos fundamentais e a aplicação da Análise Econômica do Direito no âmbito da justiça penal consensual. Aprecia-se a autonomia privada no âmbito da delação premiada, e as limitações inerentes ao Direito Público. Elaborou-se uma pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica de artigos científicos, livros, legislação e jurisprudência. Estuda-se a aplicação da Análise Econômica do Direito e da Teoria dos Jogos à colaboração premiada. Conclui-se que a colaboração premiada deve ser entendida como negócio jurídico processual penal. Entende-se que o princípio da autonomia privada é aplicada de forma mitigada, devendo a concessão dos benefícios penais obedecer aos parâmetros da lei, sob pena de violação da legalidade penal do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. A caracterização da colaboração como negócio jurídico não impede que seja também um meio de obtenção da prova. Defende-se que a Análise Econômica do Direito e a Teoria dos Jogos têm aplicabilidade ao instituto, posto que os participantes se comportam para maximizarem suas utilidades.

Palavras-Chaves

Colaboração premiada – Negócio Jurídico Processual – Meio de obtenção de prova
Análise Econômica do Direito

Abstract

The legal nature of the criminal cooperation agreement is studied. The understanding of the institute is dealt with as a juridical criminal procedure before the General Theory of Law. An assessment of legislative, doctrinal and jurisprudential developments is made. The fundamental precepts and the application of the Economic Analysis of Law in the scope of consensual criminal justice are evaluated. A qualitative, exploratory and bibliographical research of scientific articles, books, legislation and jurisprudence was elaborated. We study the application of Economic Analysis of Law and Game Theory to criminal cooperation agreement. It is concluded that the criminal cooperation agreement should be understood as a criminal procedural legal transaction. It is understood that the principle of private autonomy is applied in a mitigated way, and the granting of criminal benefits must comply with the parameters of the law, under penalty of violation of the criminal law of art. 5th, XXXIX, CF / 88. The characterization of collaboration as a procedural agreement does not prevent it from being a way of obtaining evidence. It is argued that the Economic Analysis of Law and Game Theory have applicability to the institute, since participants behave to maximize profits.

Keywords

Criminal cooperation agreement – Procedural agreement – Means of obtaining evidence
Law and Economics

Para Citar este Artículo:

Leitão, Rômulo Guilherme; Araujo, Luiz Paulo Reis y Santos, Saulo Gonçalves. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito. Revista Inclusiones Vol: 6 num 2 (2019): 29-48.

Introdução

O presente trabalho tem por finalidade analisar a natureza jurídica da colaboração premiada no âmbito da legislação e jurisprudência brasileiras, fazendo-se um estudo da sua regulamentação no âmbito da Lei Federal nº. 12.850/13, se pode ser vislumbrada como um negócio jurídico ou um meio de obtenção da prova e, ainda, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Com ela, deram-se novos contornos à consensualidade no âmbito criminal, representando verdadeira evolução do Direito Penal negocial no Brasil, sendo, por tal razão, escolhida como objeto de estudo deste trabalho.

Importante ressaltar que se sabe que a chamada delação ou colaboração premiada, consoante compilação de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹, já era prevista nos seguintes diplomas legislativos: Código Penal (art. 159, §4º), Lei n. 7.492/1986, Lei n. 8.072/1990, Lei n. 8.137/1990, Lei n. 9.613/1998 (com alterações da Lei n. 12.680/2012), Lei n. 9.807/1999, e Lei n. 11.343/2006. Contudo, o foco será na legislação mais recente.

Objetiva-se, ao longo deste artigo, encontrar as respostas dos seguintes questionamentos: a colaboração premiada pode ser entendida como um negócio jurídico? Deve ser enquadrada como um meio de prova ou um meio de obtenção probatória? A autonomia privada do acusado/investigado é exercida plenamente no bojo da delação premiada? O instituto pode ser estudado perante a Análise Econômica do Direito?

Este estudo é atual e importante, uma vez que a colaboração premiada ganhou destaque nos meios de comunicação com o desenvolvimento da operação denominada “Lava Jato”, que investigou diversas pessoas ocupantes de posições de evidência nos cenários jurídico, político e econômico nacionais e prendeu muitas delas, estando ainda em andamento até a contemporaneidade.

Destaque-se que muitos dos crimes em processamento não tinham chegado ao conhecimento das autoridades públicas, sendo apenas desvendados com o emprego do instrumento tratado, quando operadores financeiros do esquema de corrupção entregaram provas da participação dos seus comparsas em troca da obtenção de benefícios penais.

Com essa investigação, políticos e diversos empresários do setor financeiro, da construção civil, dentre outros, foram presos, o que provocou uma intensa repercussão social e política, que pode ter influenciado até o resultado das eleições brasileiras estaduais e federais de 2018.

Contudo, com o decorrer do processamento das ações penais, algumas falhas apareceram na utilização do instituto, tendo alguns colaboradores sido beneficiados pela assinatura do acordo, mesmo sem apresentar comprovação posterior do que foi manifestado inicialmente para se conseguir os benefícios, surgindo a discussão sobre a possibilidade da própria transação da colaboração servir ou não como meio de prova, consoante irá se explorar.

¹ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, Curso de direito processual penal (Salvador: JusPodivm, 2015).

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 32

Os eventos citados asseguram a relevância do estudo aos temas propostos, de modo que as conclusões aqui alcançadas possuem utilidade não apenas para a comunidade acadêmica do Direito, como também para os profissionais que atuam diariamente na investigação, processamento, defesa, julgamento e execução dos casos penais.

Na primeira parte deste trabalho, faz-se uma apreciação da colaboração premiada diante da Teoria Geral do Direito, estudando-a perante os institutos jurídicos já existentes e promovendo o enquadramento na categoria cabível.

Na segunda etapa, analisa-se a natureza jurídica do instrumento. Verifica-se a possibilidade de servir como meio de prova e sustentar um decreto condenatório, ainda que compondo um conjunto probatório integrado por outros elementos e se o fato de ser um negócio jurídico inviabiliza essa utilização. Em seguida, aprecia-se o enquadramento do instituto como um negócio jurídico.

Na terceira seção, aborda-se a autonomia privada no seio da colaboração premiada, verificando-se a extensão da liberdade de atuação do colaborador diante dos aspectos da indisponibilidade que permeiam o Direito Processual Penal e a sua posição como investigado ou acusado.

Por fim, é feita uma avaliação do instrumento diante da Análise Econômica do Direito, traçando os conceitos gerais dessa doutrina, aferindo-se como pode ser aplicada pelo colaborador, pelo órgão responsável pela persecução penal ou pelo julgamento, para ser extraída a melhor equação de custo-benefício em relação aos participantes do procedimento.

Em conclusão, apresentam-se as respostas das perguntas estabelecidas na parte introdutória do trabalho, aferindo-se os resultados das pesquisas efetuadas, diante da legislação, doutrina e jurisprudência atuais, bem como da Análise Econômica do Direito.

O Negócio Jurídico e a Teoria Geral do Direito

Hans Kelsen, em sua conhecida obra “Teoria Pura do Direito”, assinala que uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar o seu objeto de análise. O autor define o objeto de análise de sua Teoria como sendo o “Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial”².

Em semelhante perspectiva, é possível inferir que a Teoria Geral do Direito, como a nomenclatura sugere, tem por objeto de análise o próprio Direito, enquanto ciência, ocupando-se de estudar a realização do fenômeno jurídico³ nos diversos ordenamentos e formular conceitos fundamentais que possam ser comuns para todos eles⁴.

Esses conceitos são aqueles não exclusivos de um determinado ramo do Direito, invariáveis, independentemente da disciplina observada. São também chamados

² Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito (São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009), 1.

³ J. M. Othon Sidou, Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003).

⁴ Fredie Didier, Teoria geral do processo, essa desconhecida (Salvador: Juspodivm, 2016).

conceitos lógico-jurídicos; por outro lado, os conceitos jurídico-positivos⁵ são os elaborados pelo órgão legislativo dentro de um ordenamento próprio e aplicável, em princípio, apenas a uma determinada realidade jurídica.

Exemplo de conceito lógico-jurídico é o "fato jurídico" (em sentido amplo), pois não é exclusivo de nenhum direito positivo⁶, ainda que sobre existam disposições normativas acerca de tal instituto no direito positivo brasileiro, por exemplo.

É que o fato jurídico, em sentido amplo, nada mais é do que o produto resultante da incidência dos eventos fáticos concretamente ocorridos na moldura legal abstratamente prevista⁷.

Ou seja, quando um fato - natural ou humano, descrito abstratamente pela norma - ocorre concretamente, ele passa a ter relevância para o Direito, transformando-se num fato jurídico. Tal dinâmica pode ser observada em qualquer ordenamento.

O negócio jurídico é uma das espécies deste tipo de fato, particularizado por ser uma ação humana exteriorizada num acordo de vontades que projeta os efeitos desejados e criados pelos acordantes, com o escopo de adquirir, modificar, transferir ou extinguir direitos⁸.

É uma declaração de vontade negociada prevista como o suporte fático da norma jurídica, sendo que, não existindo previsão da norma, nenhuma vontade poderá ser entendida como um negócio jurídico, sendo um simples fato destituído de importância para o Direito⁹.

A dinâmica de realização do negócio jurídico também pode ser observada em qualquer ordenamento jurídico, sendo um conceito lógico-jurídico fundamental. Contudo, é o direito posto em cada ordenamento que irá conferir os efeitos do fato consubstanciado na vontade negociada¹⁰.

Antes de passar para os moldes do instituto legal, importante se faz ressaltar que há doutrina que critica a nomenclatura escolhida pela Lei ("colaboração premiada"), indicando que a norma positivou verdadeira "delação premiada" – termo que ganhou, inclusive, maior adesão popular –, no sentido de indicar ou acusar o coautor ou partícipe de crime¹¹. Em sentido contrário, diferenciando o instituto da Lei 12.850/2013, mais amplo

⁵ Fredie Didier, Teoria geral do...

⁶ Fredie Didier e Daniela Bomfim, "Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil", *Civil Procedure Review*, Vol: 7 num 2 (2016): 135-189.

⁷ Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato jurídico: plano da existência (São Paulo: Saraiva, 2017).

⁸ Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal, *Direito Civil –Teoria Geral* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008).

⁹ Marcos Bernardes de Mello. Teoria do fato...

¹⁰ Fredie Didier e Daniela Bomfim, "Colaboração premiada..."

¹¹ Guilherme Souza Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas* (Rio de Janeiro: Forense, 2016) e Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti Alencar, "Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória", *Justiça Federal: estudos em homenagem aos 45 anos da AJUFE* Vol: 1 (2017): 289-311.

quanto a mera delação já previstas em diplomas legislativos pretéritos, também existem posicionamentos¹².

Contudo, aqui a leitura do artigo quarto da Lei nº. 12.850 permite concluir que não se trata de mera delação, na medida em que admite como resultados válidos do acordo, além da indicação de corrêu, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada

É nesse contexto que se insere o instituto que a Lei Federal nº. 12.850/2013 chamou de “colaboração premiada”, tratando-a em seu sexto parágrafo, quarto artigo, como um acordo “entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”, com a finalidade de produzir um dos efeitos previstos em lei, quais sejam: o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou a conversão em restritiva de direitos, desde que tenha ocorrido a colaboração efetiva do agente com a investigação ou o procedimento criminal, bem como a produção de pelo menos um dos resultados previstos no *caput* do artigo quarto da legislação em análise¹³.

Assim, considerando os contornos legais conferidos ao aludido acordo de colaboração premiada, analisa-se a possibilidade de configurá-lo, à luz da Teoria Geral do Direito, como um verdadeiro negócio jurídico¹⁴.

Natureza jurídica da Colaboração Premiada

A natureza jurídica de um determinado instituto é definida pela afinidade que ele guarda com diversos pontos fundamentais de uma determinada categoria, de forma a ensejar a respectiva classificação¹⁵.

Observa-se que, dependendo do filtro que se aplique, nada impede que um mesmo instituto seja enquadrado em mais de uma categoria jurídica, dinâmica essa que se observa em relação à colaboração premiada.

Assim, sob a ótica do Direito Processual Penal, a colaboração pode classificar-se como meio de obtenção de prova, como considerado pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº. 127.483/PR. Por outro lado, do ponto de vista do Direito Penal, consoante positivada pela Lei Federal nº. 12.850/2013, a colaboração premiada pode ser classificada como causas de: diminuição da pena, substituição da pena restritiva da liberdade por restritiva de direitos ou extinção da punibilidade.

¹² Thiago Bottino, "Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na 'Operação Lava Jato'", Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol: 122 (2016): 359-390.

¹³ Vide: "Lei Federal nº 12.850", Brasil, 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁴ A palavra “acordo” é utilizada 7 (sete) vezes pela lei em referência: art. 4º, §§ 6º, 7º, 9º e 11; art. 6º, *caput* e art. 7º, *caput* e §3º).

¹⁵ J. M. Othon Sidou. Dicionário jurídico...

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 35

Contudo, a identificação da natureza jurídica passa, para além de classificar o instituto, por encontrar a sua essência¹⁶. Nessa perspectiva, parece indubitável que a colaboração premiada é, em essência, um negócio jurídico, consubstanciado na manifestação de vontade direcionada à obtenção de efeitos jurídicos penais predeterminados pela norma¹⁷.

Tal realidade foi percebida pelo Ministro Dias Toffoli, ao relatar o já citado HC nº. 127.483/PR, tendo o entendimento encontrado ressonância em outras decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁸ e também no Superior Tribunal de Justiça¹⁹.

Para o escopo deste trabalho, interessa analisar o enquadramento da colaboração premiada nos negócios jurídicos, como projeção do chamado “Direito Penal Negocial”, que conforme Suxberger e Gomes Filho:

a justiça penal negociada integra o modelo de administrativização do direito penal, como uma de suas dimensões, dentro da abordagem mais ampla nominada como gerencialismo. segundo sánchez, na justiça negociada, os valores como ‘verdade e justiça ficam, quando muito, em segundo plano’. o modelo compreende acordos de imunidade das promotorias com certos imputados, abrangendo, também, as diversas formas de mediação²⁰.

Mas antes, tecem-se breves comentários sobre sua categorização como meio de obtenção de prova.

A Colaboração Premiada como meio de Obtenção da Prova

O meio pelo qual a prova é obtida faz parte da investigação criminal e da instrução processual penal e não se confunde com os meios de prova ou a prova material em si. A Lei Federal nº. 12.850/2013, em seu artigo terceiro, inciso I, expressamente qualificou a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova. Para Távora e Alencar

O art. 3º, da Lei 12.850/2013, previu os meios de obtenção da ‘prova’ (em sentido amplo). O resultado que for alcançado a partir de tais meios será ‘elementos de informação’ se produzidos durante a investigação

¹⁶ Mauricio Godinho Delgado, Curso de direito do trabalho (São Paulo: LTr, 2017).

¹⁷ Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato...

¹⁸ Vide: **(i)**Inq 4619 AgR, Relator(a):Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 24-09-2018 PUBLIC 25-09-2018; **(ii)**Pet 7074 QO, Relator(a):Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2018 PUBLIC 03-05-2018 e **(iii)**Pet 6138 AgR-segundo, Relator(a):Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão:Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017.

¹⁹ Vide: **(i)**APn 843/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/12/2017, DJe 01/02/2018 e **(ii)**Rcl 31.629/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/09/2017, DJe 28/09/2017.

²⁰ Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho, "Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial". Revista de Direito Internacional, Vol: 13 num 1 (2016): 384.

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 36

preliminar ou será 'prova' (em sentido estrito), se colhidos durante o processo (instrução criminal)²¹

Logo, a colaboração é mais um recurso à disposição dos órgãos encarregados da persecução penal, direcionada ao alcance da verdade dos fatos do processo²².

Por outros termos, a colaboração premiada é apenas o instrumento por intermédio do qual a prova pode ser encontrada, já que, sem a contribuição de um integrante do grupo criminoso, seria muito difícil desvendar situações ocultas, como é próprio dos crimes cometidos por organizações criminosas²³.

Importante destacar que a colaboração não é um meio de prova. Os meios de prova são instrumento de percepção da verdade, servindo diretamente ao processo de formação do livre convencimento do magistrado²⁴. Assim, não constituindo verdadeiro elemento de prova, a mera colaboração - indicação de coautor ou partícipe -, não é suficiente para subsidiar, por si só, a condenação de alguém²⁵. Logo, o acordo de colaboração não é meio de prova, mas sim, repise-se, um instrumento para se encontrar a prova.

Indo além, Thiago Bottino assevera que sequer o recebimento de uma denúncia pode ser baseado apenas em uma colaboração premiada, por não projetar, o acordo isolado, indício de autoria, pois só é indício o que já foi provado – e as declarações firmadas do colaborador precisam ser materialmente demonstradas:

Com efeito, se a prisão exige 'prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria' [...], essa prova não poderá se constituir nas declarações do réu colaborador. De 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 [...]²⁶.

Sobre esta ausência de densidade probatória da colaboração, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da PET 5.700/DF, afirmou que não é suficiente para a emissão do decreto condenatório que a confirmação da delação premiada seja outra colaboração, ainda que de colaborador diverso, mesmo que de conteúdos similares²⁷. Tal posicionamento é coerente com o direito de defesa do acusado, posto que o colaborador tem interesse no resultado do processo, de modo que se deve fundamentar a sentença condenatória numa prova sólida, mesmo que obtida por intermédio da colaboração premiada, não se admitindo que se fundamente exclusivamente neste meio de obtenção da prova, por ser um depoimento emitido por quem é parte no feito. Deve-se cuidar para que o que for afirmado pelo colaborador seja confirmado por outra prova dos autos.

²¹ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, Curso de direito... 645.

²² Guilherme Souza Nucci, Leis penais e...

²³ Humberto Dalla e Paulo Wunder, "Os benefícios legais da colaboração premiada", Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP Vol: 19 num 1 (2018): 107-144.

²⁴ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, Curso de direito...

²⁵ Vide: STJ, Rcl 31.629/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/09/2017, DJe 28/09/2017.

²⁶ Thiago Bottino, "Colaboração premiada... 359-390.

²⁷ Vide: Pet 5700, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22/09/2015, publicado em DJe-190 DIVULG 23/09/2015 PUBLIC 24/09/2015.

Assim, tem sido comum, na processualística criminal, indicar que a natureza jurídica da colaboração premiada seria de “meio de obtenção de prova”²⁸ ou “meio de investigação”²⁹. Porém, ao classificar a colaboração como meio de obtenção de prova, qualifica-se o instituto dentro de uma categoria própria do Direito Processual Penal, o que unicamente explica como se desenvolve naquele ambiente procedimental específico, igualando a colaboração à interceptação telefônica e à quebra de sigilo financeiro, por exemplo, que também são meios de obtenção de prova.

É dizer: é uma explicação parcial - afinal, a Teoria Geral do Processo é uma teoria parcial em relação à Teoria Geral do Direito, ou seja, é um pedaço, excerto, desta, e se dedica à formulação de conceitos lógico-jurídicos (fundamentais) processuais, apenas³⁰ -, que não indica a verdadeira essência do instituto da colaboração premiada e, principalmente, abstrai da sua noção a indispensável participação voluntária das pessoas envolvidas, notadamente o proponente e o policitado (destinatário da proposta) - Ministério Público ou delegado de polícia e o réu ou investigado que colabora, assistido por seu advogado.

Estabelecida tal premissa, passa-se a análise da colaboração como negócio jurídico processual penal, categorização que, consoante se defende neste trabalho, melhor traduz a essência do instituto.

A Delação Premiada como Negócio Jurídico Processual Penal

O negócio jurídico, como já assinalado, é o fato jurídico consistente na manifestação de vontade consciente direcionada à escolha de determinada categoria jurídica, estruturação do conteúdo das relações ou regramento (criação, modificação ou extinção) de determinada situação³¹.

Quando a situação regulamentada pela avença corresponde a uma relação processual, encontra-se diante de um negócio jurídico processual³².

Diante do fato de que a lei permite pactuar acordo de colaboração premiada, mesmo antes de formalizada a relação jurídica processual, ainda na fase de inquérito policial, indaga-se se, em verdade, a colaboração seria um negócio jurídico processual.

No julgamento do HC 127.483/PR, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal seguiu esse posicionamento, ao se manifestar sobre a colaboração premiada da Lei Federal nº. 12.850/2013, afirmando ser ainda um meio de obtenção de prova, tendo por objeto a cooperação do imputado no que se relaciona com o descobrimento de crimes e dos seus responsáveis, característica essa que não se altera pela concessão de prêmios ao colaborador pela participação³³.

²⁸ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, Curso de direito...

²⁹ Thiago Bottino, "Colaboração premiada e..."

³⁰ Fredie Didier, Teoria geral do...

³¹ Marcos Bernardes de Mello, Teoria do fato...

³² Pedro Henrique Nogueira, "Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro", em Negócios Processuais, eds. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Salvador: JusPodivm, 2017).

³³ Vide: HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 38

Nota-se que o Supremo Tribunal Federal, mesmo reconhecendo a projeção de efeitos materiais penais, considerou o acordo de cooperação premiada como uma convenção processual.

O parágrafo sexto do artigo quarto da Lei nº. 12.850/2013, já mencionado, deixa claro que o acordo é resultado de negociações entre as partes – delegado, Ministério Público, investigado ou réu, com a participação obrigatória do defensor - sem a participação do juiz.

Essas negociações desenvolvem-se da seguinte maneira: de um lado, o colaborador oferece informações destinadas a robustecer a produção probatória e a conferir mais eficiência e economia ao procedimento de persecução criminal. Por outro lado, benefícios penais previstos na legislação são ofertados pelos agentes estatais. Sobre o assunto, Thiago Bottino³⁴ faz interessante crítica a alguns acordos de colaboração firmados no âmbito da Operação Lava Jato, que teriam extrapolado, em favor dos colaboradores, os benefícios previstos na lei, fato esse incabível a teor da legalidade estrita a que estão jungidos os agentes públicos.

É, portanto, um exercício de barganha, no sentido de transferência mútua de benefícios, de maneira que as partes se posicionam com a finalidade de que o máximo de utilidades lhes sejam asseguradas, com a racionalização do comportamento.

O acordo firmado é destinado à produção de prova acerca da dinâmica e desenvolvimento de uma organização criminosa, sendo o termo “prova” aqui empregado no sentido de resultado da atividade efetuada com a utilização dos instrumentos probatórios, com a demonstração da verdade de dada situação³⁵.

Nessa linha, o objetivo da prova é a reconstrução dos fatos investigados no processo³⁶, com a finalidade de que se descubra a verdade processual. Nessa linha de raciocínio, prova é um instituto de matriz processual, uma vez que serve diretamente ao processo - no caso, ao processo penal. Logo, a colaboração premiada, como fato jurídico com suporte fático na vontade e destinada a criar ou modificar uma situação processual, é uma espécie de negócio jurídico processual, na linha do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no HC 127.483/PR.

O fato de poder - caso o juiz assim decida, diante da verificação da ocorrência de um dos resultados previstos no artigo quarto da Lei Federal nº. 12.850/2013³⁷ - produzir efeitos penais, não retira a qualificação de processual do negócio jurídico. Isso porque o juiz não participa da negociação, mas é ele quem confere o benefício legal.

Finalmente, é negócio jurídico processual penal, pois

O negócio processual penal pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos

³⁴ Thiago Bottino, "Colaboração premiada e..."

³⁵ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, Curso de direito...

³⁶ Eugênio Pacelli de Oliveira, Curso de processo penal (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

³⁷ Art. 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: [...]** (grifou-se).

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 39

penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito³⁸.

Dessa forma, é firmado no bojo de um procedimento criminal, servindo de instrumento de resposta aos conflitos submetidos, sendo expressão do Direito Penal Negocial³⁹, que projeta formas consensuais para o âmbito do Direito Penal, materializando-se através da forma escrita⁴⁰, no termo de acordo de colaboração premiada.

Veja-se, a colaboração premiada não é um negócio jurídico tal como regulado pelo Código Civil. A norma civilista regulamenta o negócio jurídico civil, destinado a criar ou modificar situações estritamente privadas. A colaboração premiada se projeta como negócio jurídico penal. Apesar da mesma gênese negocial, os efeitos buscados pelos acordantes são completamente diferentes.

Para Aury Lopes Jr., inclusive, existe dificuldade ao se “importar” institutos civis para o âmbito do Direito Penal⁴¹, apesar de também ocorrerem posicionamentos defendendo uma Teoria Geral do Processo, aplicável tanto ao Processo Penal quanto ao Processo Civil e contrapondo os argumentos do primeiro autor⁴².

Aqui não se tem a intenção de transpor categorias civilistas para o âmbito do Direito Penal, mas considerado o tratamento normativo e a dinâmica fática do acordo de colaboração premiada, entende-se restar caracterizada a natureza de negócio jurídico processual penal, apesar de existirem posições contrárias⁴³.

Autonomia Privada no Âmbito do Negócio Jurídico de Colaboração Premiada

Neste tópico se analisa se a autonomia privada do réu ou investigado é preservada no acordo de colaboração premiada. Neste trabalho, defende-se que sim, posicionamento esse que é incorporado pela própria norma instituidora, que exige voluntariedade para pactuar o acordo, com manifestação voluntária de uma pessoa capaz para formação da convenção, nos moldes do que é previsto no *caput* do artigo quarto da Lei Federal nº. 12.850/2013.

³⁸ Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho, "Funcionalização e expansão... 384.

³⁹ Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dermeval Farias Gomes Filho, "Funcionalização e expansão...

⁴⁰ Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

⁴¹ Aury Lopes Jr, "Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo." Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Vol: 1 num 1 (2015): 230-237.

⁴² Fredie Didier, Teoria geral do...

⁴³ Humberto Dalla Bernardina de Pinho e José Roberto Sotero de Mello Porto, "Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?" Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Vol: 13 num 73 (2016): 26-48.

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 40

Além disso, o acordo de colaboração premiada está jungido ao princípio da autonomia privada, reforçando a natureza de negócio jurídico processual penal do instituto. O fato da lei limitar as possibilidades dos negociadores não desautoriza a premissa aqui estabelecida. Aliás, Silvio Rodrigues⁴⁴, ao conceituar o princípio da autonomia da vontade, já afirmava que esse consiste na prerrogativa dos indivíduos criarem situações jurídicas, desde que submetidos às normas legais.

Também não desnatura a caracterização da colaboração premiada como negócio jurídico, embasada na autonomia privada, o fato dos efeitos serem apenas aqueles determinados na lei - e não os escolhidos livremente pelos acordantes - ou de haver necessidade, para efetivação dos benefícios, de homologação judicial, pois a autonomia privada pode ser limitada em maior ou menor grau⁴⁵, sendo determinante para caracterização do fato jurídico como negócio ser a vontade direcionada à consagração de dado efeito jurídico, não apenas da produção do ato⁴⁶.

Não há como negar que, no acordo de colaboração premiada, há a vontade de prestar informações direcionadas à produção de efeitos jurídicos - concessão dos benefícios previstos pela lei e consagração do sucesso da investigação dos crimes cometidos pelas organizações criminosas - estando preservado o princípio da autonomia privada.

O instrumento da Colaboração Premiada sob a ótica da análise econômica do direito

No presente tópico, apresenta-se a colaboração premiada diante do instrumento da Análise Econômica do Direito (AED). Nesse sentido, faz-se necessário explicar os conceitos gerais dessa teoria americana⁴⁷, estabelecendo-se os pontos de conexão com o direito criminal e os seus instrumentos de justiça consensual.

Como visto, nos moldes do que se defende neste artigo científico, a colaboração premiada caracteriza-se como um negócio jurídico. Sucede que toda negociação ocorre num ambiente de escassez dos recursos pretendidos – sob pena de não haver o interesse na realização da avença, com as concessões mútuas decorrentes – já que todos poderiam se locupletar da abundância de bens existentes⁴⁸.

Assim, a Ciência Econômica analisa o relacionamento entre a escassez de recursos naturais e as necessidades crescentes dos seres humanos, que precisam de insumos para a sobrevivência, tendo relevante ligação com a temática dos negócios jurídicos, sejam eles materiais ou processuais.

⁴⁴ Silvio Rodrigues. Direito civil (São Paulo: Saraiva, 2002).

⁴⁵ Pedro Henrique Nogueira. "Sobre acordos de procedimento..."

⁴⁶ Fredie Didier, "Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015", em Negócios Processuais, eds. Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira (Salvador: JusPodivm, 2017).

⁴⁷ Cristiane de Oliveira Coelho, "A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico". Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. 2007.

⁴⁸ Alessandra Nascimento S. F. Mourão, Resolução de conflitos: fundamentos da negociação para o ambiente jurídico (Série GVlaw) (São Paulo: Saraiva, 2014).

Para tanto, entendeu-se por bem dividir o seu estudo em dois ramos mais importantes, quais sejam: a) macroeconomia, que consiste na análise das economias das nações e das políticas estabelecidas para o seu melhoramento; e b) microeconomia ou a teoria dos preços, que se traduz no estudo dos comportamentos individuais ou em grupo dos produtores e consumidores, diante da necessidade do entendimento do sistema econômico. É também chamada de teoria dos preços, considerando a já conhecida “lei da oferta e da procura”, uma vez que o comportamento dos seres humanos tende a variar diante da intensidade dos preços no mercado⁴⁹.

A *Law and Economics*, como também é conhecida nos Estados Unidos da América, foi gestada na Universidade de Chicago, embasando-se principalmente na Economia Microeconômica Neoclássica. Em meados de 1960, as pesquisas dessa doutrina se aperfeiçoaram, de modo a ser alargada, abarcando não apenas interações entre Economia e áreas como Direito Tributário, Comercial, dentre outros, passando a também investigar o relacionamento com outros ramos do Direito, como Direito Penal e Processual⁵⁰.

A ideia central que fundamenta a AED é a de que os indivíduos se comportam de modo a efetuar escolhas racionais, optando por posições que maximizem a sua utilidade. Assim, diante dos custos e benefícios que permeiam uma determinada situação, há um sopesamento que naturalmente é feito, optando-se por caminhos que assegurem eficiência, com a otimização dos benefícios.

Faz-se, portanto, um cotejo das reações humanas perante os preços dos mercados e das normas jurídicas. O incremento dos preços dos produtos, em decorrência da “lei da oferta e da procura”, faz com que, racionalmente, sejam apreciados os custos e os benefícios de uma virtual aquisição, havendo uma tendência de diminuição do consumo.

Em contrapartida, com o barateamento, há um aumento na aquisição de produtos, com o incremento da economia. O mesmo raciocínio também é aplicado diante das normas jurídicas. Havendo uma imposição legal de adoção de determinado comportamento, analisa-se, com base na máxima racionalidade, os ônus e os bônus do cumprimento ou não da determinação, havendo o posicionamento após a feitura de um estudo da situação, de modo que a opção proporcione o máximo de utilidade possível⁵¹. É preciso destacar que a AED se afasta da moral e dos valores, de modo que a opção pelo melhor posicionamento é adotada com base em critérios objetivos⁵². Nesse sentido, defende-se que a AED é incapaz de aferir se um determinado posicionamento é mais justo do que outro, pois tal enquadramento estaria no âmbito da subjetividade, envolvendo a graduação de valores. Contudo, tem aptidão para afirmar que um posicionamento que gere desperdício é injusto, já que o desperdício, por deixar de proporcionar utilidades, quando cabível, nunca é justo⁵³.

⁴⁹ Luis Eduardo Dias Cardoso Cardoso e Jéssica Gonçalves, "Análise econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal". *Revista de Criminologias e Políticas Criminais* Vol: 2 num 2 (2016): 79 e 80.

⁵⁰ Cristiane de Oliveira Coelho, "A Análise Econômica do..."

⁵¹ Cristiane de Oliveira Coelho, "A Análise Econômica do..."

⁵² Cristiane de Oliveira Coelho, "A Análise Econômica do..."

⁵³ Oksandro Odival Gonçalves e Marcelo Miranda Ribeiro, "Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito". *Economics Analysis of Law Review*, Vol: 4 num 1 (2013): 79-102.

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 42

Assim, ao passo em que ajuda a entender o comportamento lógico dos indivíduos, a AED também auxilia legisladores e magistrados para que adotem decisões que sejam estruturadas de modo eficiente, com a escolha de caminhos que aumentem os benefícios e as utilidades, em detrimento dos custos e dos ônus. É nessa linha de raciocínio que se aplica a Teoria Econômica ao Direito.

Portanto, o que se propõe com a utilização do instrumento - não sob a ótica do comportamento humano, mas sim do poder público legislador e magistrados - é que o Direito sirva como um meio para assegurar a Eficiência Econômica, otimizando a geração de riquezas, e a melhor distribuição dos recursos disponíveis, aperfeiçoando a elaboração e a aplicação da norma jurídica⁵⁴.

Tendo como base a racionalidade comportamental, defende-se atualmente que a AED tem aplicação também na esfera criminal. Gary Becker, citado por Cardoso e Gonçalves⁵⁵, é apontado como o precursor da Análise Econômica do Crime e defende que os indivíduos efetuam escolhas lógicas entre a geração de riquezas no âmbito da legalidade ou da ilegalidade. Diante da apreciação dos custos e benefícios, verifica-se a utilidade a ser proporcionada na atividade criminosa e na atividade lícita. Caso os benefícios proporcionados pelo fato caracterizados como crime forem bem superiores aos das demais áreas econômicas lícitas, a escolha se embasará nessa equação.

Tal apreciação é feita de modo amplo, considerando a possibilidade de fiscalização, processamento, julgamento e punição do crime pelo poder público, levando em conta todos esses fatores.

É bem verdade que essa análise melhor se aplica aos crimes em que o grau de racionalidade para o seu cometimento é maior, em detrimento ao seu aspecto moral. Diante da AED, é mais difícil explicar a lógica do comportamento de uma pessoa que mata por prazer, por exemplo, haja vista que os fatos praticados por esses sujeitos são fortemente reprovados no âmbito moral, distanciando dos aspectos objetivos propostos pela AED, aproximando-se das razões subjetivas próprias desses indivíduos.

Por tais razões, essa doutrina tem muita compatibilidade com o Direito Penal Econômico, onde o motivo da criminalização do comportamento reside mais em questões monetárias do que em aspectos morais, de modo a ser útil ao Estado o embasamento nesta teoria, buscando a proteção de determinado bem jurídico, editando normas e punições que incorporem mais custos do que benefícios aos particulares, desestimulando efetivamente o comportamento não desejado e alcançando o resultado pretendido como, por exemplo, as normas penais que buscam a redução da concorrência desleal e a produção da estabilidade econômica⁵⁶.

A AED vem sendo incorporada paulatinamente à legislação criminal brasileira, considerando-se para isso utilidades e custos sob a perspectiva do acusado – que pretende ver melhorada a sua situação jurídica processual, diante de uma colaboração

⁵⁴ Luis Eduardo Dias Cardoso Cardoso e Jéssica Gonçalves, "Análise econômica do crime..."

⁵⁵ Luis Eduardo Dias Cardoso Cardoso e Jéssica Gonçalves. "Análise econômica do crime..."

⁵⁶ Carlos Eduardo Gonçalves. "A Análise Econômica do Direito Penal", em Congresso Nacional Do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA (Florianópolis – Belo Horizonte: CONPEDI, 2015).

sua –, bem como sob a ótica da sociedade, que tem o interesse de ver devidamente investigados, julgados e punidos os crimes cometidos em seu seio.

Como exemplo dessa implementação, pode-se citar a atenuante da confissão espontânea⁵⁷, prevista do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal Brasileiro. No ponto, o agente criminoso se beneficia por uma atitude sua que facilita a persecução penal, sendo premiado com uma redução na sanção recebida, enquanto que o Estado tem a sua atividade de perseguição do crime facilitada com a colaboração do agente. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que a confissão somente diminuirá a pena do acusado quando for utilizada para fundamentar a sentença condenatória⁵⁸.

Tal entendimento destaca a visão utilitarista que se deve ter da colaboração do agente criminoso, de modo que ele só será premiado se a sua atuação trazer algum benefício para a investigação penal. Caso já existam provas suficientes da sua participação, o acusado confesse, e a sua atitude processual não seja utilizada para fundamentar a sentença condenatória, não haverá a redução da sua pena, posto que o seu posicionamento não trouxe nenhuma utilidade para o Estado, não merecendo ser premiado.

Há que se concordar com o posicionamento do referido tribunal superior, posto que a atitude processual do acusado tem que trazer alguma utilidade ao processo, sob pena de se premiar uma atitude absolutamente inócua à investigação, beneficiando o acusado sem que tenha implementado qualquer contrapartida para a sociedade.

Outra vertente econômica que vem ganhando espaço no Direito Penal, mormente no âmbito da justiça criminal colaborativa, é a teoria dos jogos, entendida como a situação em que mais de uma pessoa tem que maximizar os seus ganhos, diante de uma estratégia bem delimitada e normas pré-determinadas, considerando um “modelo de comportamento racional”⁵⁹.

Idealizada inicialmente por John Neumann – que previa como característica da sua tese a competição – e aperfeiçoada posteriormente por John Nash – que introduziu o pressuposto cooperativo –, desenvolveu-se uma teoria onde uma situação com mais de uma pessoa deve ser analisada, sob o aspecto de aumento dos ganhos, por uma perspectiva individual e outra coletiva, já que, caso os participantes ajam da melhor forma para si e para os outros, todos acabam ganhando⁶⁰.

⁵⁷ Thiago Bottino. "Colaboração premiada e... 5.

⁵⁸ Vide: Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal 843/DF, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 01 fev. 2018 e Superior Tribunal de Justiça. (Quinta turma). Habeas Corpus nº 462053/SP. [...]. CONFISSÃO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ATENUANTE NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. [...]. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]. 2. A confissão parcial dos fatos não foi utilizada para a formação do convencimento do Magistrado, que se valeu nos demais elementos probatórios colhidos nos autos. Dessa forma, não há falar em aplicação da referida atenuante. [...]. Relator(a): Ministro Joel Ilan Paciornik. Diário da Justiça Eletrônico: 09 nov. 2018.

⁵⁹ Norberto Bobbio; Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de política (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998), 1.238.

⁶⁰ Carlos Eduardo Gonçalves. "A Análise Econômica do...

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 44

Um caso sempre retratado que incorpora a aplicação da teoria é o dilema do prisioneiro. Duas pessoas são detidas e colocadas em celas separadas, para que não haja comunicabilidade entre elas. Os dois passam a ser interrogados, sendo explicado que se os dois negarem o crime, ambos recebem uma pena de um ano de prisão. Caso confessem, recebem uma sanção de dois anos cada. Entretanto, se um confessar e o outro negar, o que confessou não receberá penalidade, enquanto o outro será penalizado com dez anos de prisão. Deste modo, apreciando-se a situação sob a perspectiva individual e coletiva, buscando-se o equilíbrio, ambos obtêm um resultado positivo se confessarem, sendo essa a lógica da teoria dos jogos. O ponto de encontro entre a teoria dos jogos e a Análise Econômica do Direito consiste na tomada de decisões baseada em escolhas racionais⁶¹.

No âmbito da legislação criminal nacional, a teoria dos jogos pode ser observada nos instrumentos de despenalização da Lei Federal nº 9.099/95 dos Juizados Especiais⁶², consistentes na composição civil, na transação penal e na suspensão condicional do processo, onde o acusado tem que adotar estratégias para aferir até que ponto o acordo a ser negociado com o ofendido e/ou o Estado acusação é ou não vantajoso, analisando-se os custos e os ganhos mediante uma tomada de decisão racional.

Assim, o Estado, por exemplo, ao impor as condições para a suspensão condicional do processo, deve observar o equilíbrio, de modo que as medidas propostas sejam suficientes para reprimir o ilícito, bem como guardem proporcionalidade quanto ao ato praticado, atraindo o particular para a feitura do acordo e realizando a justiça no caso concreto, de modo mais célere do que o julgamento tradicional do processo.

A colaboração premiada é um instituto onde a teoria dos jogos possui ampla aplicabilidade, já que o criminoso negocia com o Estado a melhoria da sua posição processual penal -com a obtenção de liberdade, regime prisional mais vantajoso, redução de pena, imunidade, entre outras vantagens-, enquanto deve fornecer informações para revelar crimes e responsabilização de novos envolvidos⁶³.

Para a tomada de decisão, contudo, deve ser feita uma cuidadosa apreciação do conjunto probatório processual, bem como da probabilidade de novos criminosos fazerem outros acordos com a justiça criminal, uma vez que, caso não existam provas para responsabilizar o particular e não haja delações sendo negociadas, é mais benéfico que se mantenha o silêncio, diante da fragilidade das evidências, quando a absolvição do agente será uma consequência lógica.

A defesa deve estar atenta ao jogo processual, maximizando os benefícios do acusado, enquanto a acusação deve se atentar para somente aceitar delações de pessoas que possam efetivamente colaborar com a construção da verdade, desvendando crimes e responsáveis, maximizando as utilidades e decidindo de modo racional.

A colaboração premiada foi prevista na Lei Federal nº 12.850/13, tendo aplicação apenas aos crimes que envolvem organizações criminosas, nos moldes do que foi previsto no artigo quarto da citada legislação, exigindo-se, dentre outros, que delitos

⁶¹ Carlos Eduardo Gonçalves. "A Análise Econômica do..."

⁶² "Lei Federal nº 9.099", Brasil, 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁶³ Carlos Eduardo Gonçalves. "A Análise Econômica do..."

sejam evitados, bem como a revelação dos mecanismos internos do grupo criminoso, sendo esse um campo onde o Utilitarismo Penal tem incidência marcante, visto que tanto os representantes da defesa, quanto da acusação, individual e coletivamente, procuram aumentar os seus ganhos mediante decisões lógicas e racionais⁶⁴, renunciando o investigado a prerrogativa de não auto-incriminação voluntariamente, assumindo o compromisso de dizer a verdade, não se cogita de violação do seu direito ao silêncio previsto no artigo quinto, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988, quando aplica-se o artigo quarto, parágrafo 14º da Lei 12.850/13⁶⁵.

Críticas foram produzidas contra a colaboração premiada, principalmente em relação ao seu aspecto moral e ético, uma vez que o Estado, preocupado com questões utilitaristas concernentes ao aumento dos seus benefícios processuais, iria premiar um criminoso colaborador⁶⁶ que trouxesse ganhos para a verdade procedimental e cumprisse os requisitos legais, fazendo um acordo com um agente violador da legislação criminal.

Outras foram proferidas quanto aos benefícios não previstos em lei concedidos pelo órgão de acusação como, por exemplo, a permissão de utilização de bens que declaradamente foram tidos como produtos de crimes e a liberação de imóveis para o pagamento da pena de multa, medidas aplicadas na delação de Alberto Youssef⁶⁷.

Quanto à primeira ponderação, é uma característica inerente à AED o afastamento dos aspectos morais, focando-se nas questões objetivas dos custos e benefícios, de modo que, caso haja uma colaboração efetiva para o descobrimento de novos crimes e a responsabilização de agentes no âmbito de organizações criminosas, a preocupação com a questão ética deve ficar em segundo plano por uma razão mais importante, diante da complexidade que envolve esse tipo de criminalidade, sob pena de reinar a impunidade nessa espécie de situação.

Contudo, a segunda crítica, no entendimento defendido neste trabalho, é procedente, visto que os órgãos estatais devem pautar o seu posicionamento no princípio da legalidade, principalmente na área Penal, onde há uma preocupação de que toda pena esteja consagrada numa lei, não sendo possível haver a dispensa de uma penalidade ou concessão de um benefício à margem da norma, sob pena de violação da segurança jurídica e da possibilidade da instalação de casuísmos na aplicação do instituto.

É com base nessas premissas que se entende que houve um ganho no âmbito processual penal com a chegada da colaboração premiada, aqui vislumbrada como um meio de obtenção de provas de extrema potencialidade.

Por óbvio, em razão de ser um instituto recentemente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, os profissionais do Direito ainda estão se adaptando com a sua utilização, surgindo situações que efetivamente merecem ser corrigidas pelos tribunais nacionais, o que não retira o aspecto positivo deste instrumento, que efetivamente trouxe melhorias no combate ao crime organizado.

⁶⁴ Thiago Bottino, "Colaboração premiada e..."

⁶⁵ "Lei Federal nº 12.850", Brasil, 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁶⁶ Miguel Tedesco Wedy, "A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios". Revista Direito e Liberdade, Vol: 18 num 3 (2016): 217-222.

⁶⁷ Thiago Bottino, "Colaboração premiada e..."

Considerações finais

Após a realização do estudo desenvolvido no decorrer deste trabalho, algumas conclusões foram alcançadas, podendo-se destacar principalmente determinados pontos.

A colaboração premiada deve ser vislumbrada como um negócio jurídico processual penal, visto que transacionada entre agentes capazes, utilizando uma forma escrita prevista na legislação, com a participação do membro do Ministério Público ou do delegado de polícia de um lado, e o acusado ou investigado do outro, devidamente acompanhado de seu defensor constituído, tendo por objeto a produção de efeitos desejados pelos participantes, que possuem uma discricionariedade regrada na escolha do objeto da avença.

Assim, existindo uma liberdade na escolha dos efeitos previstos – que consistem nos benefícios penais especificados na legislação em prol do investigado ou acusado de um lado e no fornecimento de material probatório apto à responsabilização de agentes e do descobrimento de crimes no seio das organizações criminosas de outro –, pode-se afirmar que a colaboração premiada se constitui num negócio jurídico processual penal, posto que há uma margem para que a vontade dos envolvidos possa atuar na seleção do objeto da avença, não se limitando simplesmente em produzir os efeitos previstos na legislação com o surgimento do fato.

Destaque-se a existência de entendimento doutrinário⁶⁸ que defende ser impossível que os agentes estatais concedam benefícios penais não previstos na Lei Federal nº. 12.850/2013, sob pena de violação do princípio da legalidade, posto que tal matéria trata de sanção penal, devendo ser veiculada por meio de lei formal, nos moldes do que está previsto no artigo quinto, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988, posicionamento com o qual se concorda, sob pena do risco de arbitrariedades serem perpetradas pelos aparelhos públicos destinados à persecução penal.

Consigne-se, ainda, que não há a abolição do princípio da autonomia privada no bojo das colaborações premiadas, visto que faz parte da própria essência do instituto que o auxílio do investigado ou acusado ocorra de maneira voluntária, havendo apenas uma limitação desta liberdade, como acima afirmado, para que se observem os parâmetros legais, mormente em se tratando de matéria penal, devendo a concessão dos benefícios da pena ser jungida aos limites previstos na legislação de regência.

O fato do instituto ser visto como um negócio jurídico processual penal não impede a sua caracterização como meio de obtenção de prova, destacando-se que a colaboração, por si só, não é apta a fundamentar um decreto condenatório, por não ser um meio de prova, consoante expressamente previsto no artigo quarto, parágrafo 16º da Lei Federal nº. 12.850/2013.

Por fim, é importante registrar que o instrumento da colaboração é apto para a aplicação da Análise Econômica do Direito, posto que tanto o comportamento do investigado ou acusado, quanto dos agentes de persecução penal se direcionam à obtenção de benefícios para os participantes do acordo, havendo a maximização das utilidades, com a racionalização do comportamento dos agentes, sendo ainda um campo fértil para a aplicação da Teoria dos Jogos, visto que, apreciado sob a perspectiva

⁶⁸ Thiago Bottino, "Colaboração premiada e..."

individual e coletiva, a busca por melhorias por parte dos participantes assegura ganhos processuais para todos.

Referências

Alencar, Rosmar Anttoni Rodrigues Cavalcanti. "Limites jurídicos da delação premiada e a necessidade de controle recursal contra a sentença homologatória". Justiça Federal: estudos em homenagem aos 45 anos da AJUFE. Vol: 1 (2017): 289-311.

Bernardes de Mello, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva. 2017.

Bobbio, Norberto; Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Dicionário de política. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998.

Bottino, Thiago. "Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato"". Revista Brasileira de Ciências Criminas. RBCCRIM. Vol: 122 (2016): 359-390.

Cardoso, Luis Eduardo Dias e Jéssica Gonçalves. "Análise econômica do crime: abordagem acerca da aplicação do princípio da eficiência econômico social em matéria penal". Revista de Criminologias e Políticas Criminas. Vol: 2 num 2 (2016): 77-98.

Coelho, Cristiane de Oliveira. "A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico". Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, Vol: 1 (2007): 1-24

Dalla, Humberto e Paulo Wunder. "Os benefícios legais da colaboração premiada", Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol: 19 num 1 (2018): 107-144

Delgado, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr. 2017.

Didier, Fredie. Teoria geral do processo, essa desconhecida. Salvador: Juspodivm. 2016.

Didier, Fredie. "Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015". Em Negócios processuais, editado por Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm. 2017.

Didier Júnior, Fredie e Daniela Bomfim. "Colaboração premiada (Lei nº. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil". Civil Procedure Review, Vol: 7 num 2 (2016): 135-189

Farias, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald. Direito Civil. Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

Gonçalves, Carlos Eduardo. "A Análise Econômica do Direito Penal", em CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis – Belo Horizonte: CONPEDI. 2015.

Colaboração premiada: um negócio jurídico processual visto na perspectiva da Análise Econômica do Direito pág. 48

Gonçalves, Oksandro Odival e Marcelo Miranda Ribeiro. "Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito". *Economics Analysis of Law Review*, Vol: 4 num 1 (2013): 79-102

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*; São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2009.

Lopes Jr., Aury. "Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol: 1 num 1 (2015): 230-237

Mourão, Alessandra Nascimento S. F. *Resolução de conflitos: fundamentos da negociação para o ambiente jurídico (Série GVlaw)*. São Paulo: Saraiva. 2014.

Nogueira, Pedro Henrique. "Sobre acordos de procedimento no processo civil brasileiro". Em *Negócios processuais*, editado por Antônio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm. 2017.

Nucci, Guilherme Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol: 2. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

Oliveira, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina de e José Roberto Sotero de Mello Porto. "Colaboração premiada: um negócio jurídico processual?" *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Vol: 13 num 73 (2016): 26-48.

Rodrigues, Silvio. *Direito civil, Volume 3*. São Paulo: Saraiva. 2002.

Sidou, J. M. Othon^o. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003

Suxberger, Antonio Henrique Graciano e Dermeval Farias Gomes Filho. "Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial". *Revista de Direito Internacional*, Vol: 13 num 1 (2016): 377-396.

Távora, Nestor e Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: JusPodivm. 2015.

Wedy, Miguel Tedesco. "A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios". *Revista Direito e Liberdade*, Vol. 18 num 3 (2016): 213-231.

CUADERNOS DE SOFÍA EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.