

PRÊMIO E CASTIGO: Ensaio político-criminal sobre o instituto da colaboração premiada

Artur de Brito Gueiros Souza *

Juliana Câmara **

Matheus Alencar ***

1. Introdução. 2. Contextualização histórica. 3. Fundamentos político-criminais da colaboração premiada. 4. A colaboração premiada e a teoria da pena. 5. Críticas à colaboração premiada. 6. As disposições legais de caráter penal. 7. As consequências do descumprimento do acordo de colaboração. 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

O ponto de partida para a compreensão do instituto da colaboração premiada está na busca de soluções alternativas de conflitos na esfera penal. Vale dizer, ele é informado pelo ideário de evitar, ou pelo menos diminuir, o reconhecido efeito estigmatizante da pena privativa de liberdade. Com efeito, ainda que usualmente “esquecida”, esta é a primeira razão político-criminal das previsões de colaboração premiada.

Dessa forma, observe-se inicialmente que, no Brasil, aquele efeito tem sido aparentemente olvidado aos réus que firmam colaborações premiadas. Isso decorreria de preconceitos de natureza ética, mais precisamente de rotulações negativas àqueles que, além de confessarem os próprios delitos, decidam informar os delitos de outrem. Some-se a isso a exposição dos delatores na mídia, com considerações de censura moral tanto aos relatos de crimes cometidos quanto às organizações ou associações criminosas, cujos contornos eram, até então, blindados pela chamada lei da *omertà*.

Cumpre observar, porém, que colaborações premiadas ou “pontes de ouro” político-criminais não seriam propriamente uma “novidade” no ordenamento jurídico

* Professor Associado de Direito Penal da UERJ. Procurador Regional da República.

** Mestranda em Direito Penal pela UERJ. Procuradora da República.

*** Mestrando em Direito Penal pela UERJ. Advogado.

brasileiro, apesar dessa temática ter ganhado maior visibilidade nos dias atuais. Sendo assim, ao lado de uma já significativa produção bibliográfica de caráter processual penal, um “capítulo” importante ainda necessita ser escrito, no Brasil, em sede de direito material ou penal. Com efeito, apesar do intenso debate de questões processuais, é preciso também refletir no âmbito da teoria da pena. Matérias processuais como a obrigatoriedade no oferecimento da denúncia, o momento processual da colaboração, a legalidade processual para traçar os limites, as questões de garantia e as relativas às provas não podem eclipsar questionamentos penais sobre o “prêmio” objetivado nos acordos de colaboração. Isso interessa à política criminal e, em última instância, ao próprio direito penal. De forma modesta, este ensaio tenta se debruçar sobre essa importante vertente.

2. Contextualização histórica.

Institutos de direito premial análogos à atual colaboração premiada existiriam no Brasil desde a época das Ordenações Filipinas, mais especificamente no Título CXVI do Livro V. Mais recentemente, a colaboração foi casuisticamente prevista em certos diplomas legais: Lei nº 8.072/1990, em seu art. 8º, parágrafo único; Lei nº 9.034/1995, no seu art. 6º (atualmente revogada pela Lei 12.850/2013); Lei nº 7.492/86, no seu art. 25, § 2º, com a redação dada pela Lei nº 9.080/1995; Lei nº 8.137/1990, modificada pela Lei nº 9.080/1995, no seu art. 16, parágrafo único; Lei nº 9.613/1998 no art. 1º, § 5º, a partir da Lei nº 12.683/2012; Lei nº 9.807/1999, nos seus arts. 13 e 14; e Lei nº 11.343/2006, no seu art. 41.

Essas legislações teriam dois fatores convergentes: todas entraram em vigor a partir da década de 1990¹; e elas não previram propriamente um “acordo” do Ministério Público com a defesa, mas apenas um *quantum* para redução de pena ou para aplicação do perdão judicial. Disso seria possível tirar outras duas considerações: a primeira, que o aspecto histórico ou longitudinal não pode ser desconsiderado. Todas as disposições de colaboração premiada entraram em vigor no período posterior à Constituição de 1988. Sendo leis frutos de processos legislativos pós-redemocratização, elas carregariam consigo um padrão de legitimidade ligado ao contexto da Constituição de 1988 e os valores, inclusive de política criminal, que dela emanam.

¹ Note-se que no caso da Lei 7.492/1986, o instituto só foi inserido a partir da redação dada em 1995 pela Lei 9.080.

Como segunda consideração, tem-se que os precedentes históricos do instituto da colaboração premiada demonstrariam que, originalmente, ela também estaria relacionada a uma questão de aplicação da pena, visto competir ao juiz proceder a diminuição da pena por ocasião da dosimetria, naturalmente quando a colaboração fosse relevante.

Todavia, foi a Lei nº 12.850/2013 que normatizou a colaboração premiada de forma mais minuciosa. A Lei inovou ao prever diferentes meios de obtenção de prova, específicos para a investigação de organizações criminosas, dentre eles, a colaboração premiada, em um escopo de enfrentamento adequado ao fenômeno das organizações criminosas. O texto legal deixa claro que se trata de negociação entre a parte acusatória e a defesa, sendo que o juiz somente será responsável por verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo após a sua celebração. Tem-se, assim, que se trataria de um instituto que buscava evitar aquilo que Teubner chamou de juridificação².

Isso se dá mesmo na hipótese em que o juiz possa, posteriormente, recusar homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto. Isso porque, neste caso, é mera análise formal em face do princípio da legalidade na qual o juiz não pode interferir nos termos do acordo, mas somente analisar se ele seguiu a forma legalmente prevista. O juiz só poderá apreciar os termos do acordo e sua eficácia em sede de sentença, o que é bastante significativo.

Ademais, a Lei dispõe que basta qualquer dos resultados dos incisos referentes na cabeça do art. 4º, para o juiz aplicar a diminuição de pena, substituí-la por restritiva de direitos ou aplicar o perdão judicial. Permite-se, ainda, que a própria parte acusatória

² Günther Teubner assim apresenta a juridificação: “a juridificação aparece descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despojados da sua dimensão existencial própria através do formalismo jurídico, e desnaturados em virtude da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica: assim entendida, a juridificação surge como uma *expropriação do conflito*”. TEUBNER, Günther. *Juridificação – noções, características, limites, soluções*. Trad. José Engrácia Antunes. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, a. XIV, p. 17-100, 1988. p.26. Trazendo a questão para a esfera do Direito Penal, em crítica a um processo penal que não se adequa às suas funções político-criminais, Fernando Andrade Fernandes assinala: “Na linguagem criminológica assinala-se que nessa perspectiva o processo penal formal subtrai o conflito do âmbito da vítima e do autor; o processo, afirma-se, faz invisível esse conflito, despersonaliza a vítima, impede o seu encontro pessoal com o autor e converte-a numa ‘não-pessoa’. Uma maior legitimidade alcançou esse *roubo do conflito* da esfera privada efectuado pelo Estado, levando-se em conta que os próprios envolvidos no conflito não só lhe outorgaram a competência exclusiva para dirimir os conflitos como também acreditaram na sua capacidade de resolução. A crítica subjacente é a de que, dessa forma, ‘a juridificação não resolve os conflitos, mas simplesmente aliena-os: ou seja, mutila os conflitos sociais, reduzindo-se a um mero caso judicial, e deste modo exclui qualquer possibilidade de uma resolução socialmente adequada e prospectivamente orientada’. Uma vez mais evidenciada a erosão provocada no objectivo de funcionalidade”. FERNANDES, Fernando Andrade. **O proceso penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 94.

peça o perdão judicial ou mesmo não ofereça denúncia. Também foi prevista toda a tramitação linear processual, incluindo questões concernentes a retratação ou a renúncia do direito ao silêncio.

Registre-se, nessa contextualização histórica, a existência de acordos entre acusação e defesa no Anteprojeto de Novo Código de Processo Penal, que prevê um procedimento sumário assim disciplinado:

Art. 271. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 265, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos, desde que:

I – Haja confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – A pena seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal;

§1º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa da liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código;

§2º A pena poderá ser diminuída em até 1/3 (um terço) da pena mínima prevista na cominação legal, se as circunstâncias pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§3º O acusado estará isento das despesas e custas processuais.

A propósito, Gabriel Silveira de Queirós Campos é entusiasta do aludido projeto, por estar afinado com a busca por maior celeridade e eficácia de todo o sistema penal, sem alargar demasiadamente a discricionariedade do Ministério Público. O autor antecipa e refuta críticas no sentido de que uma pena privativa de liberdade seria imposta sem formação de culpa, haja vista que esta será confessada pelo próprio acusado em um ambiente dialogal no qual a figura do advogado de defesa é imprescindível³.

3. Fundamentos político-criminais da colaboração premiada.

No passado, preponderava o dogma segundo o qual o direito de punir (*jus puniendi*) seria intransigível, inalienável e inegociável, vez que monopólio do Estado. No mesmo sentido, vigorava o entendimento de que o cidadão, quando na condição de imputado autor do delito, não poderia transigir com o seu direito de liberdade (*jus*

³ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo*. **Custos Legis – Revista eletrônica do Ministério Público Federal**. Rio de Janeiro, v. 4, 2012. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em 19 jul 2017. p. 21-22.

libertatis). Disso se deduzia que não era possível prescindir do processo penal, meio pelo qual se dirimia a lide entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*. Essa concepção foi sendo relativizada a partir da adoção de crescente número de institutos de justiça penal consensual. Tomando-se por marco normativo a já mencionada Constituição de 1988, descortinou-se, de forma clara, a faculdade/possibilidade de se transigir com aqueles direitos tidos como “absolutos”.⁴

Com efeito, pelo art. 98, I, da Constituição de 1988, regulamentada pela Lei nº 9.099/1995, instituiu-se os chamados Juizados Especiais. Esta Lei definiu o que seria infração de menor potencial ofensivo, bem como em que consistiria o instituto da transação penal.⁵ De acordo com Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Jr., esta disposição legislativa teria sido influenciada por correntes abolicionistas, para as quais, sempre que possível, deve-se evitar a imposição de pena de prisão (despenalização), quando não a própria abolição do crime (descriminalização).⁶

Sobre a faculdade de se transigir com o *ius puniendi*, observe-se que tal fenômeno já estaria “há muito presente nos países que seguem o modelo da *Common Law*”⁷. Na mesma linha, Anabela Miranda Rodrigues afirma que a justiça criminal da *Civil Law*, tradicionalmente monolítica e estranha a toda a forma de composição, teve de se abrir à “contratualização”. Segundo a Autora, se antes preponderava o caráter “unilateral e vertical”, agora se observa uma “justiça negociada, interativa e horizontal”, que prioriza o ajuste dos interesses no âmbito de uma “racionalidade dialética”.⁸ Este norte de valores é essencial para compreender as questões concretas da colaboração premiada.

Cumprindo, ainda, sublinhar a importância que teve a contínua influência de disposições de direito internacional nessa temática. Especificamente para o Brasil, essas disposições são importantes, na medida em que as influências tanto de *soft law* quanto de *hard law* na política criminal têm se demonstrado cada vez maiores, principalmente

⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 555.

⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 556.

⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 368.

⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 555.

⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 143. A Autora complementa afirmando que a razão dessa nova “era” seria consequência de dois fatores primordiais: (1) a busca da racionalidade e eficácia do aparelho repressivo penal; e (2) os efeitos do movimento de expansão dos direitos do homem (Id. Ibid. p. 144).

na esfera do Direito Penal Econômico⁹; e porque a criminalização das organizações criminosas, nos moldes da Lei 12.850/2013, é efeito de pactos internacionais, tais como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)¹⁰. Disso se deduz que os valores envolvidos nas disposições acerca das organizações criminosas (e conseqüentemente da colaboração premiada) receberiam influência de valores próprios do direito internacional, da *Common Law* e da preocupação com a criminalidade transnacional. Neste sentido, Fernando Andrade Fernandes observa que:

Não se pretendendo ser definitivo, parece-nos que a linha ascendente dessa tensão se tornou mais vertical no momento em que se introduziu no Continente europeu a chamada legislação de emergência, sabidamente um movimento destinado a enfrentar o que se entendeu como sendo um recrudescimento da criminalidade, principalmente a organizada de índole terrorista. Papel coadjuvante exerceu a influência do modelo jurídico dos países de “common law”, representativo do máximo de pragmatismo e eficientismo na administração da questão penal, cujos ventos sopram cada vez mais fortes nos ordenamentos estruturados nos moldes da “civil law”.¹¹

Assentados esses pressupostos, tem-se que o instituto da colaboração premiada se insere no contexto político-criminal da justiça criminal negocial. Nesta esfera, o princípio da obrigatoriedade que rege a atuação do Ministério Público em matéria penal é mitigado em prol de uma discricionariedade regrada. Foi o que ocorreu com os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, e é o mesmo que se observa, agora, na colaboração premiada da Lei 12.850/2013¹².

Essas possibilidades político-criminais têm aparente inspiração no *plea bargaining* estadunidense. Instituto da *Common Law*, ele consiste em um processo de “negociação” entre a acusação de um lado e o réu e seu defensor de outro, por meio do qual o Estado oferece uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão da culpa por parte do acusado. Trata-se claramente de um mecanismo cunhado em um sistema pragmático e utilitarista.

⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: _____; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. passim.

¹⁰ Datada de 2000, e internalizada pelo Decreto n. 5.051/2004

¹¹ FERNANDES, Fernando Andrade. Op. cit., p. 10.

¹² CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Op. cit, p. 18.

Não obstante, Frederico Valdez Pereira afirma que tal assimilação seria “meramente superficial”¹³. O limite da inspiração se daria justamente porque no Brasil vigorariam os princípios e garantias constitucionais incompatíveis com o instituto e, principalmente, porque a natureza da colaboração premiada seria bastante diferente daquela da *plea bargaining*:

Por isso se diz que os instrumentos utilizados pelo sistema norte-americano para estimular as colaborações possuem conotação tipicamente processual, consistindo em modalidades de evitação (*non-prosecution agréments*) ou concessões advindas do próprio processo (*sentence bargaining*), figurando o colaborador no processo penal frente aos seus cúmplices como testemunha. Nos ordenamentos jurídicos continentais, ante os princípios constitucionais e a cultura em torno da jurisdição, o expediente do prêmio é viabilizado no plano da apenação, mediante recurso a dispositivos substanciais que concedem benefício em atenção à quantidade da pena aplicada, portanto, no plano substancial, a ser definido pelo juiz mediante decisão jurisdicional; o processo ostenta, assim, mais um aspecto de veículo para o trâmite e reconhecimento da conduta cooperatória tendente à aplicação dos benefícios respectivos, ao contrário do sistema de *common law*, no qual o processo está no centro dessas dinâmicas premiais.

Dessa forma, no sistema da *Civil Law* o juiz teria que efetuar um controle de fundo sobre o resultado do exercício da discricionariedade concedida pela lei à parte acusatória. Essa seria a razão pela qual se diz que a discricionariedade é uma discricionariedade técnica regrada (ou regulada). Ainda, o “prêmio” estaria vinculado a norma de caráter material, sendo que a atenuação ou isenção de pena pela colaboração se submeteria ao controle judicial, o que diferiria da *Common Law*, gerida pelo órgão acusador¹⁴.

Por outro ângulo, os aportes político-criminais vão além da previsão da justiça penal negociada contida no art. 98 da Carta Magna. Importa, ainda, que tais aportes estejam adequados em termos constitucionais, pois isso é essencial na interpretação da colaboração premiada. Neste sentido, Fernando Andrade Fernandes assinala a mudança proveniente da Lei 9.099/1995 para discutir o processo penal, a justiça consensual e a política criminal emanada pela Constituição como norte valorativo do processo.¹⁵ Com base na concepção de Claus Roxin, o Autor analisa a questão penal no interior da tensão

¹³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.850/13. Curitiba: Juruá, 2014. pp. 46 e ss.

¹⁴ Id. *Ibid.*, p. 48.

¹⁵ FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

entre “eficientismo” e “garantismo”¹⁶. Para fazê-lo, ele propõe conciliar, nos moldes daquela racionalidade dialética, os métodos sistemático e problemático (próprios da garantia e da eficiência) para ter a política criminal como o elemento valorativo capaz de dar consistência e mobilidade ao sistema jurídico-penal, agora concebido como sistema científico, por isso incompleto e aberto, e acrescido de conteúdo sociológico.¹⁷

Dessa maneira, o Autor aponta que dentro do sistema jurídico-penal estariam inseridos tanto o subsistema da dogmática jurídico-penal, agora orientada por valores de política criminal, quanto o subsistema processual-penal, que também deveria ser orientado por tais valores.¹⁸ Fernando Fernandes vem a resumir sua hipótese na seguinte passagem:

A indagação que se coloca reside em saber se é possível a recuperação da ideia de sintonia (não dizemos vinculação, muito menos dependência) entre o modelo de Direito Penal material e o respectivo modelo processual como forma de maximizar o ganho em coerência e consequente eficácia da Justiça Penal.¹⁹

Importante ter em conta que, para Fernando Fernandes, os vetores de garantia e eficiência, próprios da justiça penal, costumam se apresentar em movimento pendular, ora com a prática legislativa e/ou decisória oscilando mais para um dos vetores, ora oscilando mais para o outro. A solução, para o Autor, estaria na esfera do hibridismo capaz de conciliar ambos²⁰.

Essa oscilação talvez resulte de razões mais profundas, relacionadas com a própria organização política estrutural, sendo oportuno destacar que o Estado alemão funda-se numa Ordem inspirada pelos princípios de um Estado de Direito ao mesmo tempo que orientada pelas exigências de um Estado Social. Esse o entendimento de JESCHECK ao destacar que é missão do Estado de Direito não somente garantir os direitos do particular mas como um *social* Estado de Direito também o de promover o bem da colectividade. Consequência disso, afirma, é que se exige a racionalização, a eficiência e a celeridade do processo penal.²¹

Por essas razões é que, em respeito ao modelo de Estado de Direito, a garantia do direito do indivíduo à liberdade pessoal precisa ser o referencial de partida de um lado, mas ao mesmo tempo precisa ser ponderado conjuntamente com as necessidades

¹⁶ Id. Ibid., p. 12.

¹⁷ Id. Ibid., pp. 12-27.

¹⁸ Id. Ibid., pp. 36 e ss.

¹⁹ Id. Ibid., p. 37.

²⁰ Id. Ibid., p. 60. No mesmo sentido: PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit., p. 53.

²¹ FERNANDES, Fernando Andrade. Op. cit., p. 61.

de uma eficaz ação penal do outro. Isso porque ela se refere ao interesse da coletividade, que precisa ser observado pelo Estado Social, não mais o antigo estado liberal.²²

O mesmo entendimento parece ser defendido por Karla Rebello Marques ao analisar o instituto do Acordo Sobre a Sentença em Portugal. Para ela, o sistema processual português deveria reconhecer o acolhimento de institutos como “a socialização, a conciliação, a transação e a oportunidade, em oposição a um direito inspirado em uma política liberal pura, pautada na ideia de proteção de todos contra os abusos do Estado” em razão de ele ser, justamente, um Estado de Direito Social. Ainda, a Autora faz a exigência “de que esse mesmo Estado possa assegurar a todos autonomia individual”²³.

4. A colaboração premiada e a teoria da pena.

Passando à discussão axiológica que embala a colaboração premiada, faz-se necessária a aproximação entre o valor que a orienta como sendo o mesmo que justifica a diminuição de pena na forma de “prêmio”. Cumpre estabelecer a relação entre política criminal e teoria da pena na esfera da prevenção geral e especial. Partindo deste pressuposto, a colaboração premiada é exatamente um dos instrumentos que se orienta por valores político-criminais.

A propósito, Frederico Valdez Pereira traça a diferenciação entre as normas premiais e o arrependimento substantivo:

As normas premiais estão na categoria do arrependimento processual, contrapondo-se ao arrependimento substantivo, por não incidirem no plano da ofensa ao bem jurídico, mas por trazerem reflexos de pragmatismo sobre o esclarecimento do fato e/ou sobre a identificação e captura de seus autores, ostentando a nota da colaboração à repressão, o que os diferencia da contraconduta que se reporta ao plano da ofensa, isto é, aquela de arrependimento substancial, definida como contribuição à prevenção criminal.²⁴

Cabe lembrar que arrependimento material se refere aos institutos do arrependimento posterior, do arrependimento do agente e da confissão espontânea, presentes respectivamente nos arts. 16, 65, “b” e 65, “d”, todos do Código Penal. Sobre

²² Id. Ibid., p. 65.

²³ MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Testando o acordo sobre a sentença, sem comprometer o sentido do devido processo legal e outras garantias do arguido. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 25, nºs 1 a 4, jan-dez, Coimbra, 2015. p. 479.

²⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit., p.24.

o tema, deve-se diferenciar o arrependimento do agente, circunstância atenuante do art. 65, do Código, dos institutos da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz e, ainda, do arrependimento posterior.²⁵

No caso da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz, “trata-se de circunstâncias passíveis de incidência enquanto o delito não se aperfeiçoa (art. 15, do CP)”²⁶. É em verdade uma questão de tipicidade, em que o agente sequer comete o crime, por isso responde somente pelos atos já praticados. Neste caso, importa menos a intenção do agente do que a causalidade normativa objetivamente analisada, por isso há a disposição expressa. Já o arrependimento posterior é verdadeira causa de diminuição de pena, prevista no art. 16, do Código Penal, no caso de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.²⁷

De toda sorte, todos eles – arrependimento do agente, arrependimento posterior, arrependimento eficaz e desistência voluntária – integram a conhecida “ponte de ouro” preconizada por von Liszt²⁸, ou seja, o conjunto de providências político-criminais favoráveis ao infrator que, voluntariamente, tenha se absterido, retrocedido, desfeito, minorado ou reparado o mal causado pelo delito.²⁹

Especificamente para o arrependimento do agente, a lei penal prevê que ele terá sua pena atenuada quando tenha “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”. Observa-se, na medida legal, duas vertentes para a atenuante: uma objetiva, qual seja, a eficiente reparação ou minoração da lesão ou ameaça ao bem jurídico; e outra, subjetiva, consistente na espontaneidade da mudança de atitude do infrator, posto que subsequente à concretização do fato delituoso³⁰.

Já a confissão, entende-se como declarar ou reconhecer, perante a autoridade, ter sido autor, coautor ou partícipe de uma infração penal. Isso porque ela é um

²⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., pp. 510-511.

²⁶ Id. Ibid.

²⁷ A propósito, o STF decidiu que quando a restituição do bem à vítima ocorrer após o recebimento da denúncia ou queixa, não se aplica a causa de diminuição do arrependimento posterior mas, sim, a atenuante do arrependimento do agente (HC 99803. STF. Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. DJ de 06/08/2010).

²⁸ Cf.: “No momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os atos preparatórios impunes e o começo de execução punível, incorre na pena cominada contra a tentativa. Semelhante fato não pode mais ser alterado, suprimido ou ‘anulado retroativamente’. Pode, porém, a lei, por considerações de política criminal, construir uma *ponte de ouro* para a retirada do agente que já se tornará passível de pena.” (Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p. 342) (grifou-se).

²⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., pp. 510-511.

³⁰ Id. Ibid., p. 511.

arrependimento material: “A atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP) – introduzida, em nosso ordenamento, pelo Código de 1940 – guarda certa semelhança com a atenuante do arrependimento do agente, uma vez que ambas denotam positiva mudança de atitude do infrator”³¹.

Sobre o instituto da confissão espontânea, diferenciando-o dos demais e aproximando-o da colaboração premiada, ele “se reveste de certas particularidades, visto tratar-se de meio de prova e estratégia de defesa, a ser objetivamente valorada por ocasião da sentença condenatória, consoante a nossa legislação processual (arts. 6º, V, 185, 190, 197 a 200, do CPP)”³². A confissão teria três requisitos similares aos da colaboração premiada, quais sejam, espontaneidade; formulação perante a autoridade; e que tenha por objeto a autoria do crime³³.

Diante do exposto é de se notar que confissão e colaboração carregariam as mesmas características de assumir a autoria do delito; de ser meio de prova e estratégia de defesa; e, ainda, de reparação da lesão. Entende o legislador que aquele que confessa ou colabora vem a cumprir, de certa forma, parte dos fins da pena, por isso merecendo reprimenda menor.

Sendo assim, se a colaboração premiada cumula o que se exige para a confissão e o arrependimento, então é certo que sua diminuição de pena seja exponencialmente maior. Nesse sentido, Frederico Valdez Pereira considera que a expectativa do prêmio do colaborador não aparece, como no arrependimento, como uma “contraofensiva” à lesão do bem jurídico, mas sim como “consequência de uma atuação positiva no processo penal, consistente na colaboração com a autoridade policial ou judicial na perseguição do fato delitivo”³⁴.

Portanto, é preciso, na colaboração premiada, ter os olhos voltados também para o direito material. Isso porque é necessário ter em mente que se está a falar de um *Sistema Penal*, que inclui todos os institutos acima discutidos e que absorve os mesmos valores da política criminal. E em matéria de direito penal substantivo, a hipótese que se levanta aqui é a de que se o sujeito somente abandona a organização criminosa, isso não significa em absoluto que ele está reparando qualquer bem jurídico. Isso porque, a única coisa que está fazendo é cessar o cometimento de um crime permanente. Para devolver

³¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 513.

³² Id. Ibid.

³³ Id. Ibid., p. 514.

³⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit., p.24.

a condição do bem jurídico ao momento anterior, o arrependido teria que ser apto para retornar a situação ao momento anterior da sua contribuição. Isso significa voltar ao momento anterior às suas contribuições para a prática delitiva.

Para haver a real reparação, portanto, é necessária uma semelhante contribuição pessoal (no caso de colaboração com as agências de controle da criminalidade organizada, as únicas aptas a realizar a tarefa em questão) para o desmantelamento da organização. É exatamente essa contribuição que será valorada político-criminalmente como o enfraquecimento tanto da organização quanto das práticas delitivas por ela promovidas.

Por essas razões é que faz total sentido, desde a análise de direito material da questão, que a colaboração premiada exista nos termos em que se põe hoje. Mais que uma aproximação à *Common Law* e uma discussão processual importante (o que não se nega), trata-se também de uma discussão de política criminal e de direito material no âmbito da concessão de prêmios. E, em termos de teoria da pena, à luz da política criminal, o prêmio será maior porque as exigências e as possíveis contribuições também o são. A reparação pretende ir contra a organização e também contra os delitos que se comete em seu interior e em razão dos quais ela foi criada.

A partir disso, as previsões de diminuição de pena pela colaboração aparecem como consequência das vertentes justificadoras da colaboração premiada: desarticular a organização criminosa, contribuir com o processo, ajudar a reafirmar o enfrentamento a essa criminalidade, reparar o bem jurídico e demonstrar arrependimento. Tais vertentes se ligam diretamente à prevenção geral e especial buscada pela política criminal. Trata-se, enfim, de direcionamento do processo penal e do colaborador à reafirmação dos valores sociais, à perseguição penal e reprovação daqueles que cometem crimes, à reparação das lesões causadas ao bem jurídico pelos delitos, à demonstração de mudança daquele direcionamento contrário ao ordenamento que o agente havia manifestado por meio dos crimes, à evitação de cometimento de novos delitos por parte do colaborador e dos coautores a partir da perseguição à organização criminosa.

Dentro dos valores de prevenção pretendidos pela política criminal se observa: desarticular a organização, por meio da contribuição com o processo, como medidas de prevenção geral e especial negativa; ajudar a reafirmar o enfrentamento a essa criminalidade e reparar o bem jurídico como medidas de prevenção geral positiva; e a demonstração de arrependimento como prevenção especial positiva.

5. Críticas à colaboração premiada.

No tocante às objeções à colaboração premiada, destacam-se as referentes a impossibilidade de condenar alguém apenas com base na palavra do colaborador; ao postulado de não se premiar um criminoso; ao fato de que a colaboração figurar como uma espécie de “atestado” da incompetência do Estado; e, por fim, a suposta inconstitucionalidade do instituto.

Quanto à impossibilidade de condenar alguém apenas com base na palavra do colaborador, é importante salientar que a natureza jurídica da colaboração premiada não é de prova, mas sim de técnica de investigação ou de meio especial para a obtenção de provas, como decidiu o STF no HC 127.483/PR³⁵. Cuida-se de diferença relevante na medida, pois o depoimento do colaborador, por si só, não é considerado um instrumento da verdade formada no processo, mas deve ser corroborado por outros elementos informativos³⁶. Se nem mesmo a confissão é suficiente sozinha, o depoimento do colaborador muito menos. Aliás, a própria Lei nº 12.850/2013 é expressa ao prever, em seu art. 4º, §16, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações do agente colaborador”.

No que se refere ao princípio de não se premiar um criminoso, alude-se que a colaboração seria uma forma indevida de recompensar um infrator, em detrimento da ideia de que o crime não compensa. Nesse particular, cumpre questionar o que se entende por “prêmio”. Isso porque, haveria um possível paradoxo entre o termo “prêmio” e a ideia de “punição”, própria do direito penal. Dessa maneira, tem-se que prêmio não é expressão de valor moral positivo, mas sim reflexo de objetivo político-criminal utilitarista. Não é benesse concedida por voluntariedade, é prêmio dentro da lógica do sistema de valores político-criminais concedido por razões de política-criminal. Ademais, a colaboração premiada é apenas uma das facetas do direito premial. Na mesma categoria se encontram todos os arrependimentos processuais e materiais, incluindo, além de todos os já discutidos neste trabalho, o pagamento do tributo

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* nº 127.483/PR. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJe de 04-02-2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 19 jul 2017.

³⁶ BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação Premiada e Decisão Penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 73.

sonogado, por exemplo. Observe-se que a colaboração premiada é o instituto que mais se exigiria em termos de conduta do beneficiário do “prêmio”.³⁷

Em resumo, para analisar se se trata realmente de uma mensagem de que o crime compensa ou não, importa justamente analisar a questão sob o prisma político criminal: se as finalidades de prevenção geral e especial são ou não adequadamente atingidas. O crime só compensaria nos casos em que a ponderação entre colaboração aportada, crimes evitados, danos causados anteriormente, prêmio e pena residual não fosse benfeita. Para os demais casos em que o colaborador já contribui de forma político-criminalmente adequada, incluindo aí com a reparação dos bens jurídicos afetados, não se pode dizer que é uma verdadeira relação que compense ao criminoso confesso.

Um argumento importante é o que diz respeito se a justiça consensual comprometeria o princípio da igualdade no âmbito do direito penal. Argumenta-se, basicamente, que a justiça consensual, enquanto experiência criminal-sociológica, seria de aplicação nada igualitária, sendo favorecida e estimulada quando os acusados denotem ser ricos e/ou poderosos, deixando de receber punições adequadas por suas ações socialmente lesivas.³⁸ Este ponto estaria no centro das discussões da colaboração premiada no Brasil³⁹.

No que diz respeito à crítica de que a colaboração premiada seria o reconhecimento da “incompetência” do Estado, é preciso observar que o Poder Público não é onipresente. Alegar a falibilidade do Estado só pode ser a referência a um ideal de

³⁷ Além disso, os benefícios são bilaterais, pois não só o acusado obtém vantagens, mas também o Estado e a sociedade se favorecem com a indicação do caminho para obter provas da prática de graves delitos. Demais a mais, a extensão do benefício, por força de lei, é proporcional ao vulto das revelações trazidas à baila pelo colaborador.

³⁸ Reproduz-se a seguir, na íntegra, a nota de rodapé nº. 131 do texto de Karla Marques: “Este é, aliás, um dos argumentos utilizados por Schünemann para suscitar a inadequação do uso dos acordos informais sobre a sentença na Alemanha, argumentando que, na prática, como experiência criminal-sociológica, observa-se um tratamento desigualitário em relação à sua aplicação, que é favorecida e estimulada sobretudo quando se trata de arguidos ricos e poderosos, os quais deixam de receber punições exemplares por suas ações socialmente lesivas, dentro do espectro da criminalidade econômico-empresarial. SCHÜNEMANN, *cit.*, pp. 185 e s. Também Germano Marques da Silva atenta para o risco de o Ministério Público, enquanto detentor da prerrogativa de definição do objeto do processo e de delimitação dos poderes de cognição e decisão do Tribunal, optar discricionariamente pela incidência ou não de formas processuais de consenso, o que implicaria em tratamento não isonômico dos arguidos – SILVA, Germano Marques da, “Em busca de um espaço de consenso em processo penal”, *in: Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Escola de Direito da Universidade do Minho. Associação Jurídica de Braga, 2002, pp. 698-700”. *In: MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Testando o acordo sobre a sentença, sem comprometer o sentido do devido processo legal e outras garantias do arguido. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 25, nºs 1 a 4, jan-dez, Coimbra, 2015, pp. 494-495.

³⁹ Relembrando a atual polêmica em torno da colaboração premiada de Joesley Batista, do grupo JBS: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/24/politica/1495640164_732774.html>, com acesso em 16/07/2017.

Estado totalmente eficiente, como se ele não fosse uma criação humana conduzida por seres humanos. O ideal é sempre buscar a melhora na prestação dos serviços estatais, inclusive na prestação jurisdicional penal. Mas a busca pelo “modelo ideal”, não infirma o pressuposto de que o Estado é, justamente, imperfeito.

Por oportuno, cumpre rememorar que, no crime organizado, o silêncio é um importante escudo de proteção. Daí a importância do desenvolvimento de novas técnicas de investigação e a utilidade da colaboração de alguém que se encontrava inserido na organização⁴⁰.

Além disso, é importante notar que os crimes perseguidos devem ser graves, visto que são cometidos por aparatos mais ou menos complexos. Nessa esfera, a colaboração premiada representa o reconhecimento de que crimes complexos não são elucidados pelos meios probatórios tradicionais, fazendo surgir o que se convencionou chamar de “emergência investigativa”. Frederico Valdez Pereira conceitua essa categoria como situações de “impasse ou bloqueio na apuração persecutória de determinados delitos e de seus autores”. Elas, que apareceriam com maior frequência e probabilidade na criminalidade organizada, referem-se a “crimes de maior lesividade restariam sem esclarecimento pelos tradicionais meios de prova, o que, portanto, exigiria a busca de instrumentos idôneos a melhorar ou aperfeiçoar a eficácia das investigações”⁴¹. Por isso conclui:

Admitir a existência de uma dinâmica delitual em relação à qual os instrumentos usuais de apuração não conseguem, na maior parte das vezes, alcançar êxitos probatórios, impõe seguir-se adiante e questionar qual a resposta possível, no âmbito jurídico-constitucional, frente à insuficiência repressiva estatal. Em outras palavras: que caminho o Estado deve seguir perante a constatação de necessidades investigativas, nomeadamente quando se conclui que o problema da criminalidade organizada, mais do que de direito material, é um problema do processo penal e dos instrumentos necessários para sua apuração?⁴²

Por fim, quanto à suposta inconstitucionalidade do instituto, cabe citar que já houve manifestação do Supremo Tribunal Federal. Em que pese a possibilidade de mudança de entendimento, o STF decidiu pela constitucionalidade do instituto. Como

⁴⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 95. Em especial na esfera do Direito Penal Econômico, essa questão é bastante sensível. Isso porque muitas vezes as organizações direcionadas a este tipo de crime são compostas por poderosos conglomerados, capazes de “comprar” o próprio Estado, face o seu poder econômico.

⁴¹ PEREIRA, Frederico Valdez. Op. cit., p. 74.

⁴² Id. Ibid., p. 77.

bem lembrado pelo então Ministro Ayres Britto, no julgamento do HC 90.688/PR⁴³, o combate à criminalidade está inserido num contexto de proteção à segurança pública, que não é só dever do Estado, mas é também direito de todo cidadão

6. As disposições legais de caráter penal.

Cumpra analisar em concreto as questões referentes à teoria da pena. Nesse sentido, o art. 4º da Lei 12.850/2013 facultou ao juiz, após o requerimento das partes (do que se pressupõe o consenso), 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, condicionando isso a determinados resultados.

As consequências previstas como “prêmios” foram o perdão judicial, a redução da pena (causa de diminuição) e a substituição por penas restritivas de direito. O primeiro deles consiste na possibilidade do juiz deixar de aplicar a pena, nas hipóteses expressamente previstas na lei. São situações em que, embora reconhecida a perpetração do delito, há circunstâncias de cunho moral ou social que justificam a não imposição da sanção penal⁴⁴. Não se trata de hipótese de excludente de antijuridicidade ou culpabilidade do agente. O crime existe, o que se afasta é somente a necessidade de aplicação da pena. De acordo com o art. 120, do Código Penal, a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência. O Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, editou a Súmula 18, que dispõe: “A sentença concessiva de perdão judicial é declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

Neste caso, uma vez que se trata de medida que efetivamente exclui toda a aplicação de pena, é certamente o maior benefício previsto pelo dispositivo. Por esta razão, exige-se o máximo possível de contribuição. Ainda que não previsto expressamente, “o máximo possível” seria cumprir todas as hipóteses previstas nos incisos do art. 4º da Lei n. 12.850/2013. Desta forma, seria o caso de se aplicar o

⁴³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* nº 90.688/PR. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJe de 25-04-2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em 19 jul 2017.

⁴⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 666.

perdão⁴⁵ quando o agente contribui efetivamente para apontar os membros e a estrutura da hierarquia (incs. I e II) visando desarticulá-la, prevenir delitos praticados pela organização (inc. III) e reparar as lesões causadas (incs. IV e V). Ressalte-se que, concomitante a isso, as circunstâncias de personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração deverão ser favoráveis ao agente porque condicionam a concessão do benefício.

Raciocínio semelhante deve ser feito no caso da previsão do § 4º do supracitado artigo, quando “[n]as mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia”. Como se cuida de benefício maior, pois o Ministério Público sequer formula denúncia, exige-se que, além de contribuir, o colaborador não seja o líder da organização criminosa e que seja o primeiro a prestar efetiva colaboração. Como não é agente de maior periculosidade, por não ter poder de mando, e ainda é aquele que desbrava a investigação, sendo o primeiro a contribuir, as condições pessoais deste colaborador é que fazem com que ele possa receber o benefício diferenciado.

Por sua vez, a redução da pena em até 2/3 (dois terços) é verdadeira causa de diminuição de pena ou minorante. Cuida-se de fator de redução, a ser também observado no cálculo da pena definitiva, em quantidade fixa (v.g., ‘o dobro’, ‘a metade’ etc.) ou em patamar variável (v.g., ‘de um a dois terços’ etc.).⁴⁶ Para elas, diferentemente do que ocorre com as circunstâncias judiciais e com as agravantes e atenuantes, o legislador prevê a respectiva quantidade de minoração punitiva. Demais disso, as causas de aumento e diminuição a pena aplicada pode ultrapassar, respectivamente, o limite máximo e mínimo cominado para o delito, o que não se verifica com as circunstâncias acima indicadas.⁴⁷

Note-se que, como uma causa de diminuição pode conduzir para baixo do mínimo legal, uma previsão que vai até 2/3 de pena significa diminuição importante. Mais que isso, como a lei não coloca patamar mínimo de redução, ela pode ser até mesmo definida em dias (tendo em conta que dia é a unidade mínima na contagem de pena). O que dosa a quantidade de pena a ser cumprida pelos crimes é somente o

⁴⁵ É importante observar o previsto no §2º do art. 4º, pois este prevê que “o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

⁴⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 522.

⁴⁷ Id. Ibid.

mínimo de 1/3. Qualquer modificação acima disso dependerá, única e exclusivamente, do pacto negociado entre o Ministério Público e a defesa.

Esta é previsão para os casos de colaboradores que não contribuem ao ponto de poderem receber o perdão judicial. Ressalte-se que esta compreende a grande maioria das hipóteses, cabendo ao Membro da acusação, na proposta de acordo, valorar quanto se afirmou pela colaboração, propondo a diminuição de pena proporcional aos fins atingidos com a cooperação.

Importante notar que ainda há outra hipótese de diminuição de pena no art. 4º, § 5º, que prevê que, se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Neste dispositivo há uma diminuição de pena menor, somente até a metade. O que se observa é a previsão da mesma lógica que diferencia o arrependimento posterior do arrependimento do agente: o momento processual em que acontece. Aquele que se arrepende e repara o dano antes do processo recebe uma maior diminuição de pena, enquanto que aquele que faz o mesmo durante o processo somente merece uma atenuação menor da pena. Já no âmbito da colaboração, ambos se dão dentro do processo, mas também mudam os valores conforme diferente o momento processual. Enquanto o colaborador não sentenciado recebe diminuição de até 2/3 ou o perdão judicial, o sentenciado só pode receber diminuição de até metade ou a progressão de regime especial.

Disso se deduz, mais uma vez, que os valores de política criminal que orientam a colaboração premiada são os mesmos. Conforme maior a prevenção, maior o prêmio; conforme mais cedo a reparação, maior o benefício. A diferença é que como na colaboração premiada se exige algo além, mais trabalhoso que o arrependimento, a previsão para o “colaborador tardio” é mais favorável que do “arrependido tardio”. Ainda assim, o fator tempo opera papel importante também na colaboração. Isso porque no caso do sentenciado, o fato de ter a certeza de que tem uma sentença condenatória contra si tornaria cômodo buscar a colaboração, que seria menos por voluntariedade do que por necessidade. A medida é propriamente um incentivo para os colaboradores que buscam colaborar mais precocemente. Quanto antes a colaboração, maior a chance de prevenir delitos em curso, fazer cessar a atividade delituosa da organização e mesmo promover a celeridade do processo penal.

Por fim, outra disposição importante é a de progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Essa previsão, particular deste instituto, aparece como um substitutivo menos benéfico do perdão judicial para o colaborador inicial. Seria uma forma de compensar a impossibilidade de se aplicar o perdão. Tomando a orientação político-criminal acima defendida, deduz-se que os valores que irão nortear a aplicação da progressão serão os mesmos que norteiam a proposta de perdão judicial: o máximo possível de colaboração no caso concreto.

Importante ressaltar, que a progressão só pode ser feita para o regime imediatamente seguinte, não se admitindo a chamada “progressão *per saltum* de regime prisional” (Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça), ou seja “não se pode passar do fechado para o aberto sem antes ter ingressado no semiaberto, mesmo se o apenado preencher, em termos globais, lapso de tempo suficiente para ingressar diretamente no regime aberto”⁴⁸. Do exposto se retira que quando a Lei 12.850/2013 prevê em seu art. 4º, §4º, que pode haver progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos, está a dizer justamente que as questões de lapso temporal serão ignoradas e a progressão de regime poderá ser imediata quando firmado o acordo de colaboração, independente de se tratar de crime comum ou hediondo.

Por fim, a previsão de substituição por penas restritivas de direito remete aos arts. 43 e 44, do Código Penal, cumulados com os artigos seguintes que disciplinam a conversão e cada uma das penas restritivas de direito separadamente. Estas penas, que substituem a pena privativa de liberdade sempre que possível, têm requisitos objetivos e subjetivos para serem aplicadas:

No caso vertente, os requisitos objetivos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos são os seguintes (art. 44, I, do CP): tratando-se de delito doloso, é necessário que a pena privativa de liberdade imposta na sentença não seja superior a quatro anos. É preciso, ainda, que o delito não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Cuidando-se de crime culposos, a substituição pode se dar qualquer que seja a quantidade de pena aplicada.

(...)

O primeiro requisito subjetivo é o de não se tratar de reincidente em delito doloso. Ademais, faz-se necessário que as circunstâncias judiciais lhes sejam favoráveis. Sobre a reincidência, observa-se que ela somente impede a substituição se for em delito doloso. Ou seja, os dois delitos devem ser dolosos. Se o primeiro for doloso e o segundo culposos, ou vice-versa, não há impedimento para a substituição. Ainda com relação à reincidência, deve-se observar que ela não é mais um impedimento absoluto, pois sua restrição foi relativizada pelo § 3º, do art. 44, ao permitir a substituição quando a medida

⁴⁸ Id. Ibid.

for socialmente recomendável, a critério do magistrado, e não se tratar de reincidência específica, ou seja, na mesma figura típica penal.⁴⁹

A Lei 12.850/2013, ao prever a possibilidade de conversão das penas em restritivas de direito, somente referenciou a aplicação às possibilidades dos arts. 44 e 45 do Código Penal, vigorando as mesmas regras do Código. A grande diferença nesta esfera será a possibilidade de diminuir a pena, por meio do prêmio, para que justamente permita a aplicação de pena restritiva de direitos e não privativa de liberdade.

7. As consequências do descumprimento do acordo de colaboração.

Cuida-se de questão pouco explorada em matéria de colaboração premiada: o descumprimento do acordo e os reflexos na esfera da pena.

Aparentemente, a pouca discussão se daria, principalmente, por causa da previsão do § 10 do art. 4º, da Lei n. 12.850/2013, que prevê que as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Em face disso, parece intuitivo que o Ministério Público retrataria a sua proposta. Ao mesmo tempo, ainda que o acordo estivesse firmado e não tivesse sido retratado, como o juiz pode analisar os termos do acordo homologado e sua eficácia, conforme o § 11 daquele artigo, afastando a vigência do acordo de colaboração e retornando ao estágio anterior.

Contudo, nem sempre a situação é tão simples. O problema maior de não cumprimento de acordos se dá na esfera daqueles que preveem várias obrigações e somente uma ou outra não é cumprida. Os casos principais ora analisados seriam o não cumprimento adequado da reparação das lesões causadas; e o não cumprimento adequado das penas residuais, que o acordo não cancelou por meio do prêmio. No que se refere ao não cumprimento adequado da reparação das lesões causadas, o que se pretende discutir é a previsão de que o colaborador terá que promover “a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa”. A razão de a disposição poder gerar problemas se dá principalmente nos casos em que a recuperação do produto exigirá ressarcimento de natureza pecuniária⁵⁰. Isso ocorre principalmente porque o acordo pode se dar sobre

⁴⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Op. cit., p. 449.

⁵⁰ É o que se tem observado na grande maioria dos casos na Operação Lava-Jato, onde a recuperação dos produtos se dá com o pagamento de largas quantias de dinheiro, algumas direcionadas aos cofres

qualquer uma das contribuições presentes nos incisos do art. 4º, cumulando-os ou não. Desta forma as situações serão diferentes nos casos em que a recuperação do produto ou proveito das infrações é a única contribuição aportada e em que ela se dá junto de outras contribuições, porque o cumprimento desta obrigação pode ou não ser decisivo.

O maior interesse da colaboração é aportar provas para tornar possível o objetivo político-criminal de romper com as organizações criminosas. Caso um determinado colaborador aporte provas na razão de ajudar a desarticular a organização criminosa e impedir crimes por ela cometidos, sua contribuição é inegavelmente importante em face dos objetivos político-criminais do instituto. Mas ainda assim ele possa ter se obrigado a reparar o dano com quantias que fossem além daqueles valores já bloqueados pelo sistema de justiça em parceria com o Banco Central do Brasil. Caso ele não consiga aportar tais valores, a falta do ressarcimento adequado nos moldes do acordo, igualmente importante, não teria o condão de anular todo o acordo.

Com relação ao não cumprimento a contento das penas, a solução parece ser mais simples. Caso o colaborador infrinja o adequado cumprimento da sanção, vigora o que se tem de disposição no Código Penal. Em termos concretos, pense-se na hipótese em que o acordo de colaboração previu colaborações nas esferas dos quatro primeiros incisos do art. 4º da Lei n. 12.850/2013. Em se tratando de réu com boas condições financeiras, e que efetivamente aportou importante conteúdo probatório capaz de cumprir dignamente o restante do acordo, a ele foi dada considerável diminuição da pena e conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, especificamente na modalidade da prestação pecuniária.

Contudo, por ocasião do acordo, foi requisitado que o colaborador aportasse uma quantia “X” para recuperar os produtos ou proveitos das condutas criminosas (inclusive porque de difícil mensuração exata dos benefícios pessoais nos casos concretos); que pagasse uma quantia “Y” a título de multa; e que pagasse outra quantia “Z” a título de prestação pecuniária, totalizando o montante “XYZ”. Note-se que há três contraprestações pecuniárias e um único montante no acordo, mas cada quantia tem uma natureza jurídica diferente e o acordo deve especificar isso.

Desta forma, qual a consequência para o descumprimento de cada uma das prestações pecuniárias? É essencial entender, a princípio, que enquanto a quantia “X”, referente à recuperação dos produtos ou proveitos dos crimes, é parte do próprio

públicas e outras à própria Petrobras, na condição de vítima. Note-se a natureza de “reparação das lesões ao bem jurídico”, visando estabelecimento do status quo anterior.

cumprimento do acordo, anterior portanto à aplicação e execução da pena; por outro lado as quantias “Y” e “Z” já se referem a penas aplicadas, agora em fase de execução. Separando então por esses dois blocos e começando pelas penas aplicadas, caso o colaborador deixe de pagar a quantia “Y”, a título de multa, o resultado é o da execução da dívida nos moldes da Lei de Execução Fiscal, sem possibilidade de conversão em prisão, nos moldes do art. 51 do Código Penal. Por sua vez, o não pagamento de “Z”, prestação pecuniária, dependerá da verificação das razões do não cumprimento. Caso ela seja injustificada, enseja a conversão em pena privativa de liberdade, nos moldes do art. 44, §4º do Código Penal. Caso seja justificada, poderá ensejar a aplicação de outro pena restritiva de direitos.

A seu turno, parece ser mais complexo o não pagamento da quantia “X”, referente à recuperação dos produtos ou proveitos dos crimes. A solução, a princípio, continua sendo a mesma acima exposta de que melhor do que poder desconsiderar o acordo, vale o parâmetro de benefício à luz de quanto do acordo foi cumprido em face dos dispositivos legais. A questão, porém, consiste em avaliar como o descumprimento dessa parte do acordo pode afetar, no momento da análise feita pelo juiz, na disposição das outras obrigações. Isso porque enquanto o não cumprimento das outras obrigações relativas à execução da pena, não comprometem o acordo, o não cumprimento do acordo influi na própria aplicação da pena, anterior à execução. Nesse particular, caberia ao juiz fazer a adequada ponderação e ver se as outras prestações se manteriam ou se haveria aumento na multa e previsão de pena privativa de liberdade a partir do descumprimento, ainda que se aproveitasse parte do acordo.

Conclui-se, assim, que importa tomar a colaboração premiada como um importante instrumento de política criminal, interpretando-se as questões de aplicação dos benefícios do acordo à luz da teoria da pena, tendo em conta as finalidades que importam para a Sociedade brasileira: adequada prevenção geral e especial dos crimes cometidos por organizações criminosas.

8. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002, p. 92.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* nº 127.483/PR. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJe de 04-02-2016. Disponível em

- <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>>. Acesso em 19 jul 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* nº 90.688/PR. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJe de 25-04-2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523331>>. Acesso em 19 jul 2017.
- BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação Premiada e Decisão Penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis – Revista eletrônica do Ministério Público Federal**. Rio de Janeiro, v. 4, 2012. Disponível em <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em 19 jul 2017.
- FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.
- FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.
- MARQUES, Karla Padilha Rebelo. Testando o acordo sobre a sentença, sem comprometer o sentido do devido processo legal e outras garantias do arguido. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 25, nºs 1 a 4, jan-dez, Coimbra, 2015.
- PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. Organização e tradução de Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento**. 2ª ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.850/13. Curitiba: Juruá, 2014.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002
- ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? *In: ROXIN, Claus. Estudos de direito penal*. 2ª ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. Regulação privada: há ainda alternativas para a prevenção à corrupção e proteção de direitos humanos no âmbito corporativo? *In: SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODOWSKI, Dominik; SÁ, Ana Luíza de (org.). Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: LiberArs, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, v. 81, p. 325-386, 2005
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**. Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos? *In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO,*

- Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo(coord.). **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann**. São Paulo, SP: LiberArts, 2013.
- _____. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004, p. 315.
- TEUBNER, Günther. Juridificação – noções, características, limites, soluções. Trad. José Engrácia Antunes. **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, a. XIV, p. 17-100, 1988.