

A verificação das finalidades preventivas da pena no acordo de colaboração premiada à luz da teoria dialética unificadora¹

Carla Ripoli Bedone²



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: A teoria dialética unificadora de Claus Roxin parte da premissa de que a pena deve produzir resultados político criminais acertados no sistema penal, mediante a definição de suas finalidades e limites. Ao analisar as teorias desenvolvidas, o autor entende que somente as preventivas podem explicar e delimitar as finalidades da pena, quando aplicadas em processos de incidência e preponderância variados nas etapas de realização do direito penal. A partir disso, estuda-se, primeiramente, à luz do funcionalismo teleológico racional, a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013. De forma a atingir fins político criminais, a colaboração premiada deve ser entendida enquanto híbrida, contemplando aspectos materiais e processuais. Neste contexto, é analisado se atende às finalidades e limitações da pena à luz da teoria dialética unificadora. A conclusão é a de que, além de não atender, a colaboração inverte a lógica da prevenção, bem como compromete as garantias do processo penal, sendo que, por tais motivos, ela não atende aos fins político-criminais, tanto da pena quanto do processo penal.

Palavras-chaves: Teorias da pena - bem jurídico – funcionalismo - colaboração premiada.

Abstract: Claus Roxin's unifying dialectical theory starts from the premise that the penalty must produce political-criminal results that are correct in the penal system, by defining its purposes and limits. When analyzing the theories developed, the author understands that only preventive ones can explain and delimit the purposes of the penalty, when applied in processes of varied incidence and preponderance in the stages of implementation of criminal law. From

¹ Trabalho originalmente apresentado no âmbito do 11º Curso de Direito Penal Econômico do IBCCRIM/IDPEE – Coimbra.

² Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo) e pós-graduada na modalidade *lato sensu* em Direito e Processo Penal pela mesma instituição. Especializada em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada.

this, it is studied, firstly, in the light of rational teleological functionalism, the legal nature of the plea-bargaining agreement provided for in Law nº 12.850/2013. In order to achieve political-criminal ends, the plea-bargaining must be understood as a hybrid, contemplating material and procedural aspects. In this context, it is analyzed whether it meets the purposes and limitations of the penalty in the light of the unifying dialectical theory. The conclusion is that, in addition to not serving, collaboration reverses the logic of prevention, as well as compromises the guarantees of the criminal process, and, for these reasons, it does not meet the criminal political ends, both of the sentence and of the criminal process.

Keywords: Theories of punishment - legal interest - functionalism – plea-bargaining system.

1. Introdução

Para projetar-se em um Estado democrático de Direito, o *jus puniendi* deve demonstrar com base em quais pressupostos autoriza-se a punição de um indivíduo. Referidos pressupostos consistem na demonstração, em um primeiro momento, das finalidades da punição, sendo que as teorias da pena cunhadas ao longo dos anos foram concebidas justamente no sentido de indicá-las.

O autor alemão Claus Roxin se propôs a estudar as finalidades da pena por meio das teorias mais conhecidamente desenvolvidas, a da i) retribuição (ou absoluta); e da ii) prevenção, geral e especial (ou relativas). Ao analisar as finalidades da pena entendidas por cada uma de tais teorias, o autor assinala sua primeira conclusão: a de que nenhuma delas resiste à crítica. Diante desse cenário, se dispõe a realizar a construção de sua própria teoria, a teoria dialética unificadora.

Conforme a própria nomenclatura indica, o pensamento de Roxin se distingue por reunir – “unificar” – as finalidades da pena aduzidas (somente) pelas teorias da prevenção, não as acumulando, contudo, de forma desordenada, como feito no passado; a proposta do autor consiste em demonstrar que a incidência de tais finalidades preventivas deve ocorrer em um processo de variação e preponderância diante dos estágios de realização do direito penal.

Para além de indicar quais seriam as finalidades preventivas a preencherem referidas etapas, o autor entende ser imprescindível à legitimação da pena também a demonstração dos limites do poder punitivo estatal, o que, em sua concepção, as outras teorias não foram capazes

de indicar até aquele momento. Em última instância, defende que somente por meio de tais limitações é que as finalidades preventivas irão produzir efeitos político criminais acertados no sistema jurídico penal, o que compreende ser também necessário à justificação da imposição da pena.

E não poderia ser diferente, considerando ser Roxin um dos propulsores do funcionalismo teleológico racional, corrente de pensamento cuja proposta é a compreensão de um sistema jurídico penal integrado em seus aspectos de direito material e processual, voltado a fins políticos criminais. A escolha do referido marco teórico reside justamente no fato de que não há como se falar em colaboração premiada sem perceber seus aspectos tanto punitivos quanto processuais. A proposta é entender referido instituto de maneira híbrida, que abrange ambos aspectos, direcionados, em última análise, à produção de efeitos políticos criminais adequados, assim como projeta-se o pensamento funcionalista roxinneano.

Até mesmo porque, se não concebida a natureza material da colaboração premiada, esvazia-se a análise da verificação das finalidades preventivas quando de sua aplicação. Por outro lado, a não aferição das garantias processuais no contexto da colaboração, as quais também importam à política criminal, e, de forma mediata, à concretização das finalidades preventivas, tornaria o estudo incompleto.

Assentando-se, portanto, a natureza mista da colaboração premiada, será estudado se seus os aspectos punitivos, tais como os benefícios penais concedidos ao colaborador, atendem aos resultados obtidos por Roxin na teoria dialética unificadora. Do mesmo modo, pretende-se responder se a atribuição negocial/processual do instituto observa as limitações processuais indicadas pelo autor quando da legitimação das finalidades preventivas da pena. Em última análise, realizada tal verificação, e por meio dela, irá se estudar se a colaboração premiada se volta à concretização de uma política criminal efetiva.

2. A teoria dialética unificadora formulada por Claus Roxin

O Estado Democrático de Direito deve garantir, por excelência, uma convivência livre e pacífica aos cidadãos, sendo que para cumprir tal missão deve se valer de mecanismos de intervenção estatal. Um desses mecanismos é o direito penal, cuja função é proteger bens

jurídicos penais constitucionais, que assim o faz por meio da pena ou da medida de segurança, aplicáveis aos indivíduos que os lesionarem¹.

Por isso afirma Claus Roxin que a proteção de bens jurídicos² deve ser deduzida das finalidades do direito penal³, ou seja, se a finalidade do direito penal é garantir o convívio harmônico social, é lógico se pensar que sua função seja proteger aqueles bens jurídicos cuja violação desestabilizaria tal convívio.

O olhar para a finalidade das penas e, por consequência, do próprio direito penal, advém da lógica do sistema funcionalista. Os defensores deste movimento, do qual Roxin é adepto a uma de suas vertentes, indicam que a construção do sistema jurídico penal não deve se vincular a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas, sim, orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal⁴.

O funcionalismo formulado por Roxin – funcionalismo teológico racional – propõe que os conceitos da estrutura do delito sejam submetidos à sua funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de alcançar consequências – leia-se, penas – justas e adequadas, de modo a desempenhar um papel acertado no sistema e atender a exigências político criminais⁵.

Diante desse cenário, observa-se que o estudo da pena e suas finalidades assume relevada importância. Tal tarefa, contudo, não se vê com suficiente clareza, principalmente porque aprende-se e ensina-se “teorias da pena” transmitidas através dos séculos como se tais teorias constituíssem respostas acabadas a uma pergunta invariável⁶.

Evitando-se, assim, transmitir o saber por mera repetição, conforme anuncia, Roxin formula a “teoria dialética unificadora”, a qual se propõe a explicar os limites e momentos das

¹ Segundo Claus Roxin, tal noção é derivada historicamente da concepção de contrato social desenvolvida pela teoria do Estado do Iluminismo, segundo o qual os cidadãos transferem ao Estado um poder de punir somente na medida em que isso seja necessário para uma convivência pacífica, livre e respeitadora de seus direitos. ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. Organização: Alair Leite. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

² Roxin aduz bens jurídicos como sendo “a vida, integridade física e sexual, a liberdade, a propriedade etc., mas também – como bens jurídicos da coletividade -, por ex., uma justiça que funcione, uma moeda autêntica ou um meio ambiente intacto, sem os quais é impossível uma vida juridicamente segura e com saúde.” Ibidem, p. 46.

³ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 53.

⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l], n. 3, p. 120-163, 2000, p. 132.

⁵ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 135.

⁶ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 15.

finalidades da pena por meio da análise crítica das soluções pretéritas, que compreendem as i) teoria retributiva; ii) teoria da prevenção especial; e iii) teoria da prevenção geral⁷.

Sua primeira conclusão é pela inaplicabilidade da teoria retributiva, pois remeteria tão somente à ideia taliônica de vingança do “olho por olho, dente por dente”, estando desvinculada de qualquer efeito social⁸, não se submetendo à nenhuma funcionalização, o que é inconcebível do ponto de vista funcionalista. Já as teorias preventivas, diferentemente da teoria retributiva, buscam uma finalidade para a pena que deixa de ser um fim em si mesma e passa a ter um caráter instrumental⁹.

A prevenção especial “negativa”¹⁰ trata-se de um processo de neutralização do condenado porque a pena impede que os indivíduos considerados como perigosos pratiquem crimes fora do limite da prisão; já a prevenção especial “positiva” se dirige à ideia de correção ou ressocialização. Ambas as concepções são alvo de recorrentes críticas, a primeira por possuir efeitos nocivos ao apenado¹¹ e a segunda por ser ineficaz, tendo em vista que o Estado não tem o direito de melhorar as pessoas segundo critérios morais próprios¹².

Roxin aponta que a ideia de um direito penal preventivo de segurança e correção seduz pela sua sobriedade e por uma característica de tendência construtiva e social¹³, contudo, a prevenção especial manteria o condenado encarcerado até que estivesse ressocializado, levando à uma pena de tempo indeterminado¹⁴, e, portanto, à ausência de delimitação temporal do poder estatal¹⁵.

⁷ Ibidem, p. 16.

⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, 2. ed. et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 81.

⁹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 22-23.

¹⁰ Pontue-se que Roxin não faz o uso dos termos “positivo” e “negativo” para explicar as finalidades da pena, contudo, a título de compreensão e diante do recorrente uso doutrinário, tais expressões serão utilizadas no presente trabalho.

¹¹ “Em la ciência social está hoy demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado [...]. Se sabe que la prisión compartelas características de las instituciones totales o de secuestro y la literatura coincide em suefecto deteriorante, irreversible em prazos largos. [...]. No se sostiene la pretensión de mejorar mediante un poder que hace assumir roles conflictivos y que fijalos mismos a través de una institución deteriorante, em la que durante tempo prolongado toda suprobación es entrenada recíprocamente nel continuo reclamo de esos roles.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 60.

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 426-427.

¹³ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, op. cit., p. 20.

¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op. cit., p. 88.

¹⁵ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, op. cit., p. 21.

Uma segunda crítica do autor quanto à teoria preventiva especial reside na carência de sua legitimação ante a ideia de adaptação social coativa mediante a pena, ou seja, a ausência de algo que justifique a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos seus modos de vida¹⁶.

A terceira resposta tradicional formulada para justificar a imposição da pena se perfaz na teoria prevenção geral, em que a finalidade da punição não se dirige ao indivíduo que cometeu o delito, consistindo, na verdade, nos seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade das pessoas¹⁷. Nas palavras de Hireche, “a existência da norma penal infundiria nas pessoas um temor que, em sendo violados os preceitos legislativos, sobre elas recairia uma pena e este amedrontamento as impediria de cometer ilícitos”¹⁸, finalidade essa de prevenção geral “negativa”.

O aspecto “positivo” da prevenção geral seria justamente a busca pela conservação e pelo reforço da confiança da população na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico¹⁹. Ainda no âmbito da prevenção geral positiva, tem-se o efeito de “pacificação” da pena, em que a consciência jurídica geral se tranquiliza, em virtude da sanção, sobre a violação da lei, considerando resolvido o conflito com o autor do delito²⁰.

Passando à análise crítica, Roxin aduz, primeiramente, que permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar; além disso, a prevenção geral tende a um terror estatal, pois, quem pretende intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito²¹. Ainda, nota-se a ausência de comprovação do efeito da prevenção geral, pois nem todas as pessoas se deixam influenciar pela ameaça da pena; nem mesmo as penas mais cruéis atingiram tal efeito, em verdade, cada crime constitui, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral²². A terceira objeção do autor reside no fato de que, nos moldes da prevenção geral, um indivíduo seria punido, não em consideração a ele próprio, mas em consideração aos outros²³.

¹⁶ Ibidem, p. 22.

¹⁷ Ibidem, p. 23.

¹⁸ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin.**, op. cit., p. 34.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. op. cit., p. 91.

²⁰ Ibidem., p. 92.

²¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, op. cit, p. 23-24.

²² Ibidem, p. 24.

²³ Ibidem, p. 24.

Roxin, portanto, reconhece que nenhuma das teorias está imune a falhas. Um cenário de ecletismo, combinando as três versões entre si, seria uma “solução” da qual o autor discorda fortemente²⁴. A tentativa de sanar os defeitos simplesmente justapondo as três teorias tende a fracassar, pois aumenta-se o âmbito de aplicação da pena, o que, além de indicar para uma desorientação teórica, não se coaduna com Estado de Direito²⁵.

Ante esse cenário, o autor passa a explicar a sua proposta, cuja premissa é de que cada uma das teorias preventivas dirige sua visão para determinados aspectos do direito penal, o que denomina de “três etapas de eficácia do direito penal”, a i) cominação; ii) aplicação/graduação e iii) execução, sendo que as três necessitam de uma justificação própria, em que cada etapa seguinte deve acolher em si os princípios da precedente²⁶.

Iniciando pelo estágio da cominação, aduz que a justificação para o Estado proibir sob a ameaça da pena determinadas condutas é a proteção de bens jurídicos, sendo função do direito penal assegurar esses por meio daquela²⁷.

Uma das consequências que denota de tal concepção é a subsidiariedade do direito penal quando da proteção dos bens jurídicos enquanto limitação ao poder punitivo estatal²⁸. Tal proteção deve ser subsidiária, tendo em vista que o direito penal, por ser uma das formas mais duras das intromissões estatais, deve intervir apenas quando outros meios, menos agressivos de solucionar o problema, falharem²⁹.

A segunda consequência é a compreensão de que o legislador não possui competência para castigar condutas não lesivas de bens jurídicos ante a sua imoralidade, pois a moral não é nenhum bem jurídico, não sendo, portanto, tarefa do direito penal evitar condutas meramente imorais ou tutelar moralmente o particular³⁰.

Partindo de que as cominações penais se justificam e se limitam ante tais consequências, o autor conclui que a finalidade do estágio da cominação é o da prevenção geral, tendo em vista

²⁴ Ibidem, p. 26.

²⁵ Ibidem, p. 26 e p. 44.

²⁶ Ibidem, p. 26 e p. 32.

²⁷ Ibidem, p. 27-28.

²⁸ Ibidem, op. cit., p. 29.

²⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op., cit. p. 65. Além disso, há a necessidade pelo Estado de assegurar por meio do direito penal o cumprimento de algumas obrigações de assistência social, o que o autor denomina de “prestação social” do Estado. ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 27-28.

³⁰ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 30.

que as disposições penais precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reações retributivas ou de prevenção especial³¹.

Passando à fase da aplicação/graduação, tem-se novamente a ideia de prevenção geral, pois, segundo o autor “a primeira coisa que a condenação em si mesma torna efetiva é uma dura restrição de liberdade do delinquente, restrição essa que se faz não no seu interesse, mas no da comunidade e que, portanto, serve a outros não a ele”³².

A sentença também possui uma finalidade de prevenção especial ao considerar-se seus efeitos em face de uma possível reincidência e de inocuidade do infrator; contudo, o momento de aplicação da pena deve ser entendido, segundo Roxin, com “a simplicidade e a sobriedade de que o fim desta [da punição] é a salvaguarda da ordem da comunidade, para poder então perguntar se se justifica aplicar uma pena a um indivíduo para conseguir esse objetivo”³³.

Portanto, a prevenção especial da pena, na etapa de aplicação, somente se justifica após reconhecido seu fim de prevenção geral, devendo aquela estar subordinada a essa para intervir, determinando-se a medida da pena nos limites definidos pela prevenção geral³⁴. Para os adeptos da prevenção especial a principal finalidade da pena é inibir os efeitos de quando o crime já ocorreu, tal qual a reincidência; para os defensores da prevenção geral o controle social se dá em momento anterior, pois o fim que se visa impedir é que as pessoas ingressem, pela primeira vez, no campo da ilicitude³⁵.

O próprio Roxin, ao abordar tal raciocínio, se questiona quanto à legitimidade de utilizar o particular no interesse da coletividade³⁶. A solução por ele dada consiste no entendimento de que a convivência pacífica e harmônica da sociedade é tarefa comum entre Estado e cidadão, ou seja, da mesma forma que compete àquele assegurar bens jurídicos aos membros da sociedade, esses também devem fazer de tudo o que seja necessário para que se cumpra tal dever³⁷. Portanto, se justifica a aplicação da pena a medida em que o infrator está em desconformidade com um ordenamento que está a seu próprio serviço e da comunidade³⁸.

³¹ Ibidem, p. 31.

³² Ibidem, p. 34.

³³ Ibidem, p. 34.

³⁴ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, op. cit., p. 180.

³⁵ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin.**, op. cit., p. 31.

³⁶ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 34.

³⁷ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 34.

³⁸ Ibidem, p. 37.

Se, por um lado, o Estado pode punir sob tal justificativa, por outro, devem haver limitações ao *jus puniendi* estatal, no sentido de se proibir que ilegalidades sejam cometidas no curso do processo penal e no momento de aplicação da pena. Uma das limitações é o que o autor denomina de “medida de culpa”, ou de “culpabilidade”³⁹.

Apesar da renúncia à teoria retributiva, Roxin entende que a culpabilidade é um elemento decisivo de tal concepção que deve passar a formar também as teorias preventivas; propõe o autor, assim, que se deve reconhecer o princípio da culpabilidade como um meio de limitação da pena, ao invés de reconhecê-lo como um elemento fundamentador da punição, como feito na teoria retributiva⁴⁰.

Pondera que o particular deve ser punido na medida de sua culpabilidade, ou seja, somente por aquele delito que efetivamente praticou, nunca a mais. Ultrapassada a culpa individual, estar-se-ia, de fato, pretendendo-se que o infrator expie as tendências criminosas alheias, o que atenta contra a dignidade humana⁴¹. Em contrapartida, afirma que é possível que se aplique uma pena inferior à culpa, sendo inclusivamente necessário, segundo o princípio da solidariedade, se, no caso concreto, se restaurar a paz jurídica com sanções menos graves⁴², desde que preenchidos os fins de prevenção geral e especial⁴³.

Afirma o autor que a pena pode ser inclusive renunciada quando for preventivamente desnecessária⁴⁴, de forma a atender à tarefa político criminal de responder à pergunta sobre se o autor deve ser punido no caso concreto⁴⁵.

Cite-se o perdão judicial, que pode ser aplicado aos casos de homicídio culposo, “em que o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”⁴⁶. O legislador escora-se, ante critérios de política-criminal, na ideia de carência de sentido da aplicação da pena em tal

³⁹ Ibidem, p. 37.

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.**, op. cit., p. 99.

⁴¹ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 39.

⁴² Ibidem, p. 39.

⁴³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general.**, op. cit., p. 101.

⁴⁴ ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 46, jan./fev, p. 46-72, 2004, p. 66.

⁴⁵ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 112, p. 33-40, 2015, p. 38.

⁴⁶ Artigo 121, §5º do Código Penal. BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

situação, da qual cita-se o conhecido exemplo daquele que culposamente causa a morte do próprio filho⁴⁷.

Assim, não tendo agido o agente por impulsos criminais; não havendo o risco de repetição do fato em condições normais; e, a generalidade das pessoas manifestando compreensão face à uma renúncia da pena em tal caso, a punição torna-se preventivamente desnecessária no caso concreto⁴⁸; se fosse aplicada, assim o seria de forma meramente retributiva.

Outra limitação à prevenção geral exposta por Roxin é a observância às garantias processuais do acusado⁴⁹. Durante o processo penal o réu não pode ser submetido a nenhum tratamento que o prive da livre determinação de suas declarações, tais como detector de mentiras, hipnose, torturas e ameaças, sendo tais mecanismos inadmissíveis para obter confissões, já que as reações provocadas através de tais meios não são manifestações livres de sua personalidade⁵⁰.

Por fim, apresenta-se o terceiro estágio de realização do direito penal, a execução. Nessa etapa, a pena continuaria com o propósito de prevenção geral, porém voltada à ressocialização do infrator (prevenção especial)⁵¹. Tal ressocialização somente é legítima, todavia, quando seus meios não interferem na estrutura da personalidade do agente, mesmo que possua eficácia ressocializante⁵².

A finalidade da pena na etapa da execução é restabelecer no agente o respeito externo pelas normas, tornando-o capaz de corresponder, no futuro, às expectativas nelas contidas, facultando-lhe para isso os meios necessários e adequados; todavia, é internamente inacessível, e até mesmo inadequado, querer que o indivíduo assuma valores morais e sociais⁵³.

Considerando a fundamentação ora exposta, será analisado se a colaboração premiada prevista na Lei nº 12.850/2013 cumpre com as finalidades e limites da pena nos termos da teoria

⁴⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 612.

⁴⁸ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 39.

⁴⁹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin.**, op. cit., p. 78.

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 35.

⁵¹ HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin.**, op. cit., p. 82.

⁵² ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 41.

⁵³ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade**: seu fundamento e âmbito. São Paulo: Ibccrim, 2000, p. 121.

de Roxin, bem como com as finalidades do processo penal, as quais também se destinam ao estabelecimento da paz jurídica e da realização da justiça⁵⁴.

3. A verificação das finalidades preventivas da pena no acordo de colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013

A colaboração premiada é definida pela Lei nº 12.850/2013 como “meio de obtenção de prova” e “negócio jurídico processual” (artigo 3º-A⁵⁵), em afinidade à concepção reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483/PR, ocorrido em 25/08/2015⁵⁶.

Em uma primeira análise, denota-se que a colaboração premiada é inculpada como um instituto meramente processual. Apesar do veredito jurisprudencial e legislativo nesse sentido, parte da doutrina se propõe a analisar sua natureza jurídica sob três vertentes, quais sejam, i) predominantemente penal; ii) mista, material e processual; ou, ainda, iii) processual, com efeitos materiais.

Quanto ao i), tem-se a posição de Víctor Gabriel Rodríguez, cujo entendimento é de que “a natureza da norma que introduz a delação premiada não é a de uma lei processual, adjetiva, sobre modo de obtenção de prova. É de lei de conteúdo material, que interfere em pena e punibilidade [...]”⁵⁷.

O entendimento ii) parte da premissa que a colaboração premiada tem por objeto convenções tanto de natureza processual quanto material. Adepto a tal concepção tem-se Andrey Borges de Mendonça, que entende que os dois conteúdos (processual e penal), estão presentes, “pois o colaborador se compromete a não exercer determinadas garantias (como a

⁵⁴ ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 14.

⁵⁵ “Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.” BRASIL, **Lei nº 12.850/2013**, de 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

⁵⁶ “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483/PR**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2015.

⁵⁷ RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 194.

garantia contra a autoincriminação, o direito a recorrer, o direito ao contraditório etc.), para receber benefícios penais acordados com a acusação”⁵⁸.

Felipe De-Lorenzi afirma, nesse sentido, que a colaboração premiada trata-se de um instituto surgido ante a busca pela efetividade e eficiência na “descoberta” e “punição” de crimes cuja produção de prova é de alta complexidade, ou seja, de um lado, tem-se a colaboração premiada como meio de obtenção de prova na descoberta de crimes, o que denota um caráter processual, e, de outro, como causa material de diminuição ou extinção da punição a ser aplicada pelo juiz na sentença, que atina ao direito material⁵⁹.

Gustavo Badaró reconhece a colaboração premiada como um meio de obtenção de prova, isto é, instituto de natureza processual, porém com efeitos de ordem material, já que tais efeitos recaem diretamente sobre a pena do colaborador, sendo eles: i) a extinção da punibilidade pelo perdão judicial; ii) a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3; e iii) a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos⁶⁰ (artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013).

Um último posicionamento, a par dos três ora expostos, não se limita à uma dicotomia material/processual. Busca entender, acima de tudo, a colaboração premiada ante uma perspectiva complementar entre as duas matérias, destinada à uma maior eficiência no cumprimento das funções político criminais⁶¹.

Tal entendimento, delineado por Fernando Andrade Fernandes e Murilo Thomas Aires, juntamente à concepção da colaboração em seu caráter misto/híbrido (entendimento “ii” ora exposto), é o que mais se adequa à lógica funcionalista insculpida na teoria adotada como premissa neste trabalho.

Roxin afirma que ambos, direito penal e processual, ante os aspectos condutores da política criminal, devem se relacionar de uma forma complementar, pois, na prática, uma ordem jurídico penal somente funciona quando há um procedimento que assim permite, e, de forma

⁵⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada**: entre a legalidade e a autonomia da vontade, op. cit., p. 54-55.

⁵⁹ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, n. 27, p. 293-337, maio 2019, p. 294-297.

⁶⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 461.

⁶¹ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr., 2017, p. 262.

inversa, uma relação processual satisfatória não é possível quando não está voltada para a realização do direito material⁶².

Uma reserva de espaço para consideração de prognósticos de valores político criminais na atuação concreta do processo penal é necessária, pois evita que esse assuma um automatismo e leve em conta somente critérios limitados aos elementos constitutivos da infração⁶³. Da mesma forma, um programa político-criminal, fundado no mandamento da necessidade de tutela de bens jurídicos e da reintegração do agente na sociedade, reclama que o processo penal se desenrole de forma célere, bem como que seja dado relevo adequado à determinação da sanção⁶⁴.

Tendo-se em vista tais premissas, é possível, então, ultrapassar o limite meramente negocial/processual ditados pela lei e jurisprudência, permitindo se olhar para, além de tal característica, os aspectos de punibilidade e político criminais da colaboração premiada. É o que se fará a partir deste momento.

Reconhecendo-se, então, a colaboração como um “negócio jurídico”, o STF no julgado mencionado sistematizou os requisitos para realização do acordo, quais sejam, a existência, validade e eficácia⁶⁵, requisitos esses transportados do direito civil.

É importante apresentar, de antemão, as recorrentes críticas aduzidas com relação ao caráter negocial atribuído ao acordo de colaboração premiada. A primeira exara-se do fato de que o poder de pressão que a acusação dispõe pode destruir o equilíbrio e igualdade que deveria haver entre as partes em um acordo, pois é capaz de submeter, por completo, a defesa pessoal⁶⁶. Assim, “a suposta voluntariedade do acusado para aceitar o acordo é falaciosa, pois o funcionamento do instituto se dá por ameaças e coerções, que inviabilizam qualquer escolha livre da defesa”⁶⁷.

Neste cenário, não é inimaginável pensar que, na esperança de receber concessões por parte dos órgãos de persecução do Estado, o que conduziria a uma pena mais branda, reside o

⁶² ROXIN. Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000, p. 06.

⁶³ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, op. cit., p. 260.

⁶⁴ ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**, op. cit., p. 12.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 127.483/PR., op. cit.

⁶⁶ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, [s. l], v. 18, n. 3, p. 213-231, dez. 2016, p. 226.

⁶⁷ VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2018, p. 40.

perigo de o colaborador revelar conhecimentos de atos culpáveis de terceiros mesmo que tais declarações não correspondam à verdade, havendo a possibilidade de darem causa a eventuais erros judiciários⁶⁸.

O fato de a concessão do benefício penal estar condicionada à “eficácia” da colaboração fragiliza a posição do colaborador que estará praticamente de joelhos ante a autoridade; dessa maneira, as exigências que poderão ser colocadas são um incentivo para que esse tente estabelecer uma responsabilização bem mais ampla dos demais suspeitos⁶⁹.

Segundamente, a qualificação como negócio jurídico esvai a natureza pública das normas do direito penal, remetendo aos ideários do direito privado de que as convenções do acordo podem ser incluídas e afastadas a qualquer momento pelas simples vontades das partes; tanto é fato que, em acordos de colaboração premiada realizados na “Operação Lava Jato” houve a fixação de benefícios diversos daqueles previstos no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013, como por exemplo a substituição da prisão cautelar pela domiciliar somada ao uso de tornozeleira eletrônica e a fixação do tempo máximo de duração de pena privativa de liberdade no máximo de dois anos, independentemente da quantidade de pena fixada na sentença⁷⁰, sendo a redução muito inferior à fração máxima de 2/3 prevista pela legislação.

Haja vista que é questão de ordem concreta observada na aplicação da colaboração premiada no Brasil, questiona-se se a concessão de benefícios não determinados em lei atenderia às exigências preventivas da punição abordadas. A resposta é negativa, tanto para prevenção geral quanto para prevenção especial, em todos os estágios de realização do direito penal.

Com relação à prevenção geral positiva, se a pena prevista no tipo penal incriminador é ignorada pela concessão de um benefício que sequer é aplicável ao referido tipo, tem-se que o sistema jurídico penal não respeita uma cominação entabulada por ele mesmo, em auto descrédito, já que a reduz fora dos parâmetros legais. Assim, um sistema que desprestigia a si próprio, descartando suas próprias regras, não contribui para que a comunidade jurídica o respeite e confie nas penas por ele cominadas.

⁶⁸ PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 30-51, mar./abr. 2017. Tradução: Luís Henrique Machado, p. 34.

⁶⁹ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, op. cit., p. 222.

⁷⁰ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 316.

É de se notar que aqui há, em verdade, um problema preliminar à verificação das finalidades preventivas da pena, que é a inobservância do princípio da legalidade, o que deslegitima *ab initio* qualquer tipo de punição.

Um de seus fundamentos deriva da prevenção geral positiva. A cominação e imposição de penas contribui para estabilizar a fidelidade ao direito, de modo a construir uma predisposição nos cidadãos de comportar-se conforme as normas, o que só é possível com uma clara fixação da conduta punível e sua conseqüente punição⁷¹.

Nesse sentido, leis penais e penas indeterminadas não implantam qualquer eficácia preventiva geral, pois o indivíduo não pode reconhecer o que se quer proibir e como⁷². Assim, o desrespeito ao princípio da legalidade, em razão da concessão de benefícios penais inexistentes na legislação, inviabiliza, de antemão, a realização da prevenção geral positiva.

Poder-se-ia argumentar que a concessão de benefícios não previstos na legislação, ainda que favoráveis ao réu, se justificaria ante a analogia *in bonam partem*⁷³, porém, tal não é o caso. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, ou seja, não se trata de meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico; não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer, e sim a ausência de lei que discipline especificamente essa situação⁷⁴.

Cite-se o exemplo em que o colaborador teve, diante da colaboração que prestou, a aplicação de uma pena cuja redução ultrapassou o limite fracionário previsto legalmente. Nesse caso, não se deve falar em uma lacuna legislativa; há, de forma expressa na lei, a previsão da concessão de um benefício cujo patamar máximo de redução da pena é de 2/3, prevista no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013.

As normas de direito penal têm como função proteger bens jurídicos em *ultima ratio*, no sentido de preservar a paz jurídica e social da comunidade. São, portanto, de natureza pública⁷⁵, razão pela qual, se afastadas pela simples vontade das partes, irá se criar um cenário

⁷¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general., op., cit. p. 146.

⁷² Ibidem, p. 169.

⁷³ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 316.

⁷⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 445.

⁷⁵ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 318.

de insegurança jurídica, o qual é incompatível com o que propõe a prevenção geral positiva, que é justamente de introduzir na comunidade o sentimento de confiança com relação ao funcionamento do sistema jurídico penal.

Nesse caso, os estágios de realização do direito penal se sobrepõem, de modo que a etapa seguinte não se condiciona aos princípios da precedente. A aplicação/graduação da pena atua de forma independente e isolada de seu estágio anterior, qual seja, a cominação, como se tal não existisse, ignorando, portanto, por completo, seus fins de prevenção geral, que é o que aquela etapa se destina de forma imediata.

De todo modo, ainda que se entenda pela analogia *in bonam partem* e se ignore os preceitos da legalidade, é certo que, consoante preceitua a teoria dialética unificadora, a renúncia à pena ou sua redução aquém da medida de culpa são bem vindas desde que cumpram com as necessidades preventivas da punição, o que no caso, consoante delineado, não se observa, ao menos do aspecto preventivo geral.

Roxin aduz que a prevenção geral deve ser limitada na medida de culpabilidade do agente, devendo a pena ser na medida exata do delito efetivamente praticado, nunca a mais, sendo possível admitir, por outro lado, uma pena cuja quantia seja abaixo da medida de culpabilidade, se a tal não se opõe às finalidades preventivas.

Assim, em não se restaurando a tranquilidade na consciência jurídica geral com a imposição de pena inferior a medida da culpabilidade, referida aplicação não atenderia à prevenção geral positiva, em que um dos efeitos é, justamente, em virtude da sanção sobre a violação da lei, resolver o conflito com o autor do delito para gerar aludido efeito pacificador na comunidade.

Tal se comprova pelo exato exemplo disposto por Roxin “Se a comunidade jurídica ignorasse um roubo [...], qualquer futuro ladrão [...] poderia alegar a seu favor que também ele poderia cometer, pelo menos uma vez, um facto desse tipo sem castigo”⁷⁶. No presente caso, a concessão de benefícios atípicos seria a forma da comunidade jurídica “ignorar” o crime, não comportando tal prática, portanto, o fim de prevenção geral positiva, permitindo demais colaboradores invocar também em suas respectivas colaborações a concessão de um benefício não previsto legalmente.

⁷⁶ ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal.**, op. cit., p. 33.

Da mesma maneira, a prevenção geral negativa se esvai, pois é questionável se os cidadãos irão se sentir intimidados com relação à uma punição que é intencionalmente desconsiderada pelas autoridades. Neste cenário, as exigências político criminais que se projetam no processo penal também não se concretizam, considerando que o efeito pacificador, atinente à prevenção geral positiva, também é um dos objetivos do processo penal⁷⁷.

Outro benefício não previsto em lei cuja aplicação se operou concretamente no Brasil nos acordos de colaboração premiada foi o início do regime inicial semiaberto ou aberto independentemente da quantidade de pena fixada na sentença⁷⁸. Se inserindo na fase de execução da pena, tem-se que a não reclusão do agente cuja quantidade de pena deveria se operar de tal forma não cumpre com finalidade da prevenção especial negativa.

De outro ponto, deve-se observar se a concessão dos benefícios devidamente previstos na legislação, tais como a redução da pena em até 2/3 e o perdão judicial, atenderiam com as finalidades de prevenção. A conclusão, em um primeiro momento, indica ser pela verificação da finalidade preventiva, ao menos geral positiva, quando da concessão de benefícios penais ao réu colaborador.

Se considerar-se que colaboração premiada auxilia na identificação e comprovação de crimes, a sensação de impunidade que poderia recair sobre as infrações que sem ela não seriam descobertas é evitada, o que cumpre com a finalidade geral positiva, que é justamente incutir a sensação de seriedade do sistema penal aos cidadãos⁷⁹. Nesse sentido, “ninguém questiona, nos países em que a legislação antiterror adotou a delação premiada, sua eficácia na redução de ações terroristas”⁸⁰.

Assim, o instituto cumpre com a finalidades preventiva geral se considerar que rompe com o espiral do silêncio que sempre caracterizou os grupos coesos à margem do Estado⁸¹. Porém, tais argumentos indicam que, na verdade, não é a punição dos autores dos delitos que se faz eficaz por meio da colaboração premiada, e sim sua persecução⁸².

⁷⁷ ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**, op. cit., p. 14.

⁷⁸ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 310.

⁷⁹ Ibidem, p. 316.

⁸⁰ FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 336 apud WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, op. cit., p. 226.

⁸¹ RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado.**, op. cit., p. 176.

⁸² “O Estado pode abrir mão da pena, em nome de persecução mais eficaz?” Ibidem, p. 32.

Victor Gabriel Rodríguez aduz que, apesar de nos países como o Brasil, em que jamais se haviam visto grandes empresários ou políticos no cárcere, tal fato denuncia um problema que é o Estado totalitário, no qual a eficácia nesse caso é do instrumento de perseguir⁸³. Nesse cenário, é certo que a colaboração premiada não ultrapassa o limite do *jus puniendi* estatal delineado pela culpabilidade, já que os benefícios reduzem ou isentam de pena do colaborador; o que pode configurar, na verdade, um abuso estatal na colaboração premiada não é necessariamente a determinação da pena, e sim a utilização de ameaças ou de prisão processual como meio de coação a colaboração⁸⁴.

Além da culpabilidade, uma das limitações à prevenção geral preconizada por Roxin é o conjunto de garantias processuais que faz jus o acusado. A utilização da ameaça de prisão processual pelas autoridades não constitui uma transgressão à medida da culpabilidade, mas, mesmo assim, viola as limitações da prevenção geral, e, ainda, da especial, quando tenta atingir, na etapa de execução, o âmbito interno do agente.

O fato de se intentar extrair informações do acusado sob a ameaça da prisão processual ou da prisão penal, haja vista o argumento coercitivo de que se não colaborar receberá uma elevada pena punida com reclusão, não cumpre com a prevenção especial, pois extrai do colaborador um arrependimento forçoso a título de diminuição ou isenção da punição, arrependimento esse que não se pode objetivar internamente.

Mas, a inobservância de tal finalidade se sucede ainda em caráter imediato, isto é, nas próprias manifestações externas do agente, as quais são obtidas por meio de constrangimento, o que, além de ser inadmissível em termos de prevenção especial, também compromete o ideário de voluntariedade da colaboração.

Ainda há outras objeções quanto à concepção da colaboração premiada como meio eficaz à investigação dos crimes perpetrados em uma organização criminosa. Isso porque a dependência pelo Estado da colaboração premiada para quebrar impenetráveis círculos delitivos de alta complexidade revelaria, ao inverso, uma ineficiência procedimental⁸⁵.

⁸³ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado.**, op. cit., p. 32.

⁸⁴ DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, op. cit., p. 312.

⁸⁵ A colaboração premiada “apenas justifica investigações deficientes, sendo um paliativo à parca atuação do Estado”. LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O acordo de leniência e sua (in)compatibilidade com o devido processo legal substantivo**. 2014. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

Dessa forma, não há que se falar em cumprimento da finalidade preventiva especial e geral ante o argumento de que a colaboração seria eficaz na descoberta de delitos, pois tal “efetividade” é custosa ao acusado e à credibilidade do Estado.

No que tange essencialmente à concessão de benefícios previstos em lei ao colaborador, no âmbito da prevenção geral, aduz Miguel Wedy que a colaboração premiada sinaliza para os cidadãos que a gravidade do delito pode ser minorada em virtude de “acordos com as autoridades”⁸⁶, em violação à prevenção geral negativa.

Isso porque a barganha dos órgãos de persecução estatal com o agente criminoso pode vir a ser considerada como sendo algo indigno de um Estado de Direito, cuja principiologia constitucional consagrada é pela aplicação de penas justas e adequadas, as quais, quando comercializadas, assim não se impõem⁸⁷.

Nesses termos, a colaboração premiada pode gerar a real possibilidade de não alcance de justas medidas de punição aos acusados integrantes da organização criminosa, de modo que o fundamento referente à coercitividade da norma penal restaria afetado⁸⁸.

A pena fixada muito abaixo da medida de culpa do colaborador, cuja aplicação não atenda com as finalidades preventivas, não cumpre com os fins do direito penal, voltado à pacificação social, e, assim, com o que se propõe o Estado de Direito.

Por isso, resta prejudicada a verificação da prevenção geral positiva no acordo de colaboração premiada também porque a própria sistemática do instituto corrompe, não apenas com a finalidade preventiva da norma em si, mas sim, e em decorrência da aludida corrupção, com as finalidades do próprio Estado.

Mais do que não cumprir com as finalidades de prevenção geral, a colaboração premiada inverte referida lógica preventiva, tendo em vista a possibilidade de oferecimento de benefícios a um acusado em oposição aos demais, o que pode ocasionar a imposição de sanções distintas para pessoas que cometerem o mesmo delito, em evidente violação ao princípio da culpabilidade⁸⁹.

Isso porque a concessão de benefícios penais é atribuída em contraparte às informações prestadas pelo colaborador auxiliaadoras da investigação criminal, conforme a eficácia da

⁸⁶ WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, op. cit., p. 227.

⁸⁷ PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, op. cit., p. 32-33.

⁸⁸ Ibidem, p. 32-33.

⁸⁹ VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal.**, op. cit., p. 37.

colaboração, ou seja, quanto mais informações o colaborador prestar, mais benefícios terá, fazendo com que a pena seja atribuída, não em razão de sua culpabilidade, mas sim em razão das informações que traz ao processo.

O Estado persecutor não está disposto a barganhar com qualquer um, pois tem poder de fala e de negociação com o ente público somente o particular que detém provas e, principalmente, as informações que a elas concedem sentido; e, em uma organização, a posse das informações é o que dá a condição de líder⁹⁰.

Assim, supondo que o colaborador que mais possui informações é aquele inserido no topo da estrutura criminosa, motivo pelo qual teria um alto potencial de informar acerca de provas mais relevantes, a colaboração premiada estaria invertendo a lógica da prevenção geral, a medida que estar-se-ia apenando com menos gravidade o indivíduo que mais esteve envolvido na prática de crimes no contexto da organização.

Robert Pest afirma, por exemplo, que o “Regulamento de Colaboração” na Alemanha, abriria margem para que somente aqueles que estivessem envolvidos no âmbito de uma estrutura criminosa impenetrável, acusados de crimes mais graves, fizessem uso das vantagens de tal regulamentação, de forma que os demais infratores que não fizessem parte dessa estrutura e que viessem a cometer um delito pela primeira vez sofreriam todo rigor da lei penal, pois não gozariam dos mesmos benefícios⁹¹.

O fato de ser esse sujeito comandante quem tem o produto que o autoriza barganhar com o Estado, o que lhe propicia o perdão, revela uma democracia muito oligárquica, pois somente quem tem poder de barganha pode aceder à rediscussão dos efeitos da lei penal para seu próprio delito⁹².

Com relação aos líderes de estruturas criminosas, no sentido de evitar-se que se inverta por completo a lógica preventiva da punição, o Estado não deve aceitar a colaboração premiada daquele que comanda a organização, não apenas porque é eticamente mais criticável, mas porque o propósito utilitarista da colaboração se corrói, já que seu objetivo deveria ser alcançar provas contra o líder, e não de absolvê-lo à custa do castigo daqueles a quem o próprio líder motivara o delito⁹³.

⁹⁰ RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado.**, op. cit., p. 127.

⁹¹ PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, op. cit., p. 33.

⁹² RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado.**, op. cit., p. 127.

⁹³ Ibidem, p. 200-201.

Pontue-se que a Lei nº 12.850/2013 confere a possibilidade de não se ver denunciado pelo Ministério Público somente o colaborador que não for o líder da organização criminosa, ante as demais condições previstas no §4º do artigo 4ª do referido diploma legal⁹⁴, porém, os demais benefícios, tais como o perdão judicial e a redução da pena, podem ser aplicados àqueles que forem os sujeitos comandantes.

Por fim, também para fins de prevenção especial, questiona-se como tal fato irá repercutir na respeitabilidade externa do agente infrator que não colaborou, ou que não prestou uma colaboração tão efetiva, perante a norma penal, já que ele, que não era o líder da estrutura criminosa, teve uma punição mais severa do que aquele que o era e efetivamente praticou mais crimes. É improvável que a aludida respeitabilidade seja conferida, pois é ilógico desejar que o agente que praticou menos delitos respeite e compreenda um sistema jurídico que é mais rigoroso com ele do que com o líder da organização criminosa.

4. Conclusão

O direito penal é o mecanismo estatal mais invasivo na vida do indivíduo, tendo em vista que pode privá-lo de sua liberdade. Dessa forma, sua incidência deve estar devidamente legitimada perante o Estado democrático de Direito, o que assim se faz somente precisando as finalidades e limites da punição.

As finalidades preventivas, geral e especial, na concepção dada por Roxin, não se excluem, porém não devem se acumular, pois tal movimento aumenta o âmbito da punição, indo em contramão ao que se busca à legitimação da pena: suas limitações. Essas advêm i) da funcionalização do bem jurídico penal, que revela o princípio da subsidiariedade; ii) da percepção da medida de culpabilidade do agente transgressor; e iii) das garantias a serem asseguradas ao acusado no curso do processo penal.

Propõe o autor, diante disso, que somente a atenção às finalidades de prevenção conforme o estágio de realização do direito penal e às suas delimitações é que se pode verificar a concretização de efeitos político criminais acertados por meio do direito e processo penal, integrados e voltados a tal fim.

⁹⁴ “Nas mesmas hipóteses do **caput** deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.” (grifos originais). BRASIL, **Lei nº 12.850/2013**, de 02 de agosto de 2013, op. cit.

Tomando por base tais premissas, no que concerne ao acordo de colaboração premiada, i) a concessão de benefícios penais não previstos na legislação comprometem o fim da prevenção geral, pois se nem o próprio sistema jurídico penal respeita uma a pena prevista pelo próprio mediante tal concessão, quiçá a sociedade na qual tal norma penal projeta-se, o que não se coaduna, ainda, com o princípio da legalidade, cujo fundamento é, entre outros, a própria prevenção geral positiva; ii) tal prática também não atinge o fim de prevenção geral negativa, pois um cidadão não irá se sentir intimidado com relação por uma pena que pode ser intencionalmente descartada pelo Estado; iii) ainda que se admita a concessão benefícios atípicos ante o argumento de que é possível a determinação da pena aquém da culpabilidade do agente, ou sua renúncia, é necessário verificar se tal aplicação atinge as finalidades de prevenção geral; nesse caso, também não se verifica o cumprimento do aludido fim, tendo em vista que pode gerar na sociedade uma sensação de impunidade com relação a determinados infratores, não atendendo ao fim de tranquilizar a consciência das pessoas de que o conflito com o autor do delito estaria resolvido; iv) a conclusão no que concerne à concessão de benefícios penais previstos em lei também é pelo não cumprimento da prevenção geral. O fato de o Estado poder barganhar as penas por ele impostas compromete a validade da norma que as prevê (prevenção geral positiva) e desvirtua seu fator intimidatório (prevenção geral negativa).

Não há que se falar, ainda, v) no alcance da finalidade preventiva geral ante o argumento de que, com as informações obtidas por meio da colaboração premiada, possibilita-se a descoberta de crimes perpetrados em estruturas criminosas impenetráveis. Por ser instrumento passível de erros judiciários, consistentes na revelação de informações inverídicas por parte do colaborador que deseja ser agraciado com mais benefícios possíveis, também se compromete a credibilidade do Estado, em desacordo com o fim de prevenção geral positiva. Ademais, se estaria tornando eficaz o instrumento processual de obtenção de provas, o que também é questionável, tendo em vista que tal prática, além de revelar uma ineficiência procedimental, pode tender para um terror estatal, o qual põe em xeque as garantias processuais do acusado.

Aludido abuso estatal, consistente na tentativa de intimidar o colaborador a prestar informações sob a pena da ameaça da prisão penal ou processual, vi) compromete a finalidade preventiva especial positiva, pois não se pode, por meio desta, tentar-se obter manifestações externas com relação à respeitabilidade do agente pelo ordenamento jurídico forçosamente. Com relação, ainda, à prevenção especial, tem-se que vii) seu aspecto negativo, na fase de

execução da pena, não é atingido quando a pena do agente deveria ser pela reclusão e assim não o é diante da concessão de um benefício penal desproporcionado.

Tem-se que, mais do que não cumprir com as finalidades preventivas da pena e suas limitações, viii) a colaboração premiada inverteria a lógica da prevenção geral, pois beneficiaria o líder da organização criminosa, ou seja, quem praticou mais delitos, mas que, até mesmo diante disso, sabe de mais informações, em detrimento de uma punição elevada daquele que praticou menos crimes. Ante o mesmo argumento, ix) não cumpre com a prevenção especial positiva, pois não há como o infrator menos beneficiado ter reestabelecido seu respeito externo pela norma quando quem praticou mais delitos que ele não está sofrendo com o rigor da norma penal.

Por fim, do modo como a colaboração premiada, prevista na Lei nº 12.850/2013, é colocada e aplicada atualmente, não há como se dizer que tal instituto atinja a finalidade político criminal do processo penal, pois se utiliza de um meio de persecução que tende ao abuso do poder estatal, o que, de maneira alguma, se configura como a realização da justiça e da paz jurídica, que é ao aquele se destina. E ainda o faz em desatenção à lógica da prevenção da pena, invertendo-a, não concretizando também os fins político criminais do direito penal.

A teoria dialética unificadora não afasta a necessidade do *jus puniendi*, porém só o legitima perante a demonstração exata de suas finalidades e limitações, as quais, de um lado, a colaboração premiada se encontra aquém do limite (no caso, a medida de culpa, o que não seria um problema caso atendidas as finalidades preventivas), e, além, quando observadas as garantias processuais do acusado. Por um lado, a colaboração premiada o beneficia demais; por outro, o constrange demais. Não é um justo equilíbrio e a falta de um não pode compensar ou justificar o excesso do outro e vice versa.

5. Referências Bibliográficas

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr., 2017.

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Almedina, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

_____. **Lei nº 12.850/2013**, de 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em 29 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 127.483/PR**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, n. 27, p. 293-337, maio 2019.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de Política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l], n. 3, p. 120-163, 2000.

HIRECHE, Gamil Föppel El. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **O acordo de leniência e sua (in)compatibilidade com o devido processo legal substantivo**. 2014. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Colaboração Premiada. Coordenadores: Pierpaolo Cruz Bottini e Maria Thereza de Assis Moura.

PEST, Robert. A colaboração premiada no processo penal alemão. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 30-51, mar./abr. 2017. Tradução: Luís Henrique Machado.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. **A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa de liberdade: seu fundamento e âmbito**. São Paulo: Ibccrim, 2000.

_____. O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 12, n. 2, p. 147-182, abr./jun. 2002.

RODRÍGUEZ. Víctor Gabriel. **Delação Premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 12, n. 46, jan./fev, p. 46-72, 2004, p. 65.

_____. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, 2. ed. et. al. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2000.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 23, n. 112, p. 33-40, 2015.

_____. **Novos estudos de direito penal**. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. Organização: Alaor Leite. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2018.

WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, [s. l], v. 18, n. 3, p. 213-231, dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.