

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**CAMILA DE PAULA**

**A COMPATIBILIDADE DOS ACORDOS DE  
COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE ÀS TEORIAS DA PENA**

**CURITIBA  
2018**

**CAMILA DE PAULA**

**A COMPATIBILIDADE DOS ACORDOS DE  
COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE ÀS TEORIAS DA PENA**

**Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do  
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemim  
Guimarães**

**CURITIBA**

**2018**

**CAMILA DE PAULA**

**A COMPATIBILIDADE DOS ACORDOS DE  
COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE ÀS TEORIAS DA PENA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Rodrigo Régner Chemim Guimarães

\_\_\_\_\_  
Prof. Membro da Banca

Curitiba, de \_\_\_\_\_ de 2018

## DEDICATÓRIA

*A minha mãe, Jociane de Paula, por todo amor, carinho, atenção, e todos os esforços dependidos em prol da minha formação acadêmica.*

*A minha família, por todo apoio e incentivo.*

*“É melhor prevenir os crimes do que puni-los”.*

*(Dos Delitos e Das Penas – CesareBeccaria)*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da colaboração premiada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, considerando os diversos acordos de colaboração premiada que estão sendo celebrados, e suas cláusulas nas quais há a concessão, às pessoas investigadas e/ou acusadas de delitos, de benefícios exorbitantes e por vezes não previstos em lei. Deste modo, a pesquisa abordará problemáticas como aplicação concessão de regimes diversos dos previsto na legislação, a execução da pena notadamente diante de possíveis faltas graves cometidas quando o regime de execução da pena é “diferenciado”, bem como desenvolverá uma análise da compatibilidade e dos limites dos acordos frente às teorias da pena. Por fim, serão analisados acordos de colaboração premiadas reais celebrados no âmbito da Operação Lava Jato, apresentando-se o posicionamento divergente de juristas atuantes na esfera penal em relação às cláusulas dos acordos, além da exposição de argumentos favoráveis e contrários em se tratando da celebração de acordos no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** colaboração premiada, teorias da pena, compatibilidade, regimes diferenciados, prisão domiciliar.

## **LISTA DE SIGLAS**

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

MP – Ministério Público

CP – Código Penal

LEP – Lei de Execução Penal

CF – Constituição Federal

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>5</b>
<b>LISTA DE SIGLAS</b> .....	<b>6</b>
<b>1INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO</b> .9	
2.1 CONCEITO .....	9
2.2 NATUREZA JURÍDICA.....	132
2.3 DISTINÇÃO ENTRE COLABORAÇÃO E DELAÇÃO PREMIADA .....	165
2.4 PROCEDIMENTO .....	187
2.4.1 Momento .....	187
2.4.2 Legitimidade .....	198
2.4.3 Valor Probatório .....	19
2.4.4 Requisitos/Características .....	221
<b>3TEORIAS DA PENA</b> .....	<b>254</b>
3.1 FUNDAMENTOS.....	254
3.1.1 Teorias Absolutas ou Retributivas.....	298
3.1.2 Teorias Preventivas – Relativas .....	321
3.1.3 Teorias Mistas .....	376
3.2 DAS PENAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	39
3.2.1 Das Fases Da Fixação Concreta Da Pena.....	421
3.2.2 Dos Regimes Prisionais .....	443
3.2.3 Progressão De Regime .....	476
3.2.4. Substitutiva Da Privativa De Liberdade .....	487
<b>4 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA REALIZADOS NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO</b> .....	<b>49</b>
4.1 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA CONCRETOS .....	49
4.1.1 Acordo de Colaboração Premiada: Paulo Roberto Costa .....	49
4.1.2 Acordo de Colaboração Premiada: Senador Delcídio do Amaral.....	510
4.2. DO EVENTUAL COMETIMENTO DE FALTA GRAVE.....	554
<b>5CONCLUSÃO</b> .....	<b>587</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>59</b>
<b>APÊNDICE A – Entrevista realizada com Diogo Castor Mattos no dia 15 de dezembro de 2017.</b> .....	<b>631</b>
<b>APÊNDICE B – Entrevista realizada com Danilo Pereira Junior no dia 27/11/2017</b> .....	<b>654</b>
<b>APÊNDICE C – Entrevista realizada com Marlus Arns Oliveira em 09/11/2017</b> 721	

## 1 INTRODUÇÃO

A Lava Jato, operação que se desencadeou no ano de 2014, pela Polícia Federal, tinha como objetivo inicial realizar a investigação de desvios de verbas realizados em postos de combustíveis e lava-jato de veículos, mas assumiu patamares maiores quando passou a investigar crimes econômicos envolvendo políticos, agentes públicos, grandes empreiteiras e empresas públicas e de economia mista.

Conforme as investigações avançavam, o número de crimes e de envolvidos aumentava. No entanto, haviam informações que o Estado não possuía e que as investigações convencionais não eram capazes de obter (ou era praticamente impossível). Deste modo, a forma que o Estado encontrou para atender o interesse público e conferir efetividade às investigações, de modo a responsabilizar os agentes envolvidos nos crimes e proporcionar a recuperação dos proventos dos crimes, foi através da celebração de acordos de colaboração premiada.

Por meio deste instituto, o Estado, objetivando o combate à criminalidade dentro do ordenamento jurídico, concede às pessoas investigadas e/ou acusadas de delitos a oportunidade de contribuir com a investigação ou com o processo, permitindo-lhes delatar a atividade de seus comparsas na ação criminosa ou fornecer outras informações de primordial importância às investigações em troca de benefícios inúmeros que variam de acordo com o grau de eficácia da colaboração. Dentre as benesses possíveis está a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, redução de pena e, ainda, em casos extremos, o perdão judicial.

No entanto, como o instituto ainda é relativamente novo, não havendo posicionamento doutrinário e jurisprudencial pacíficos no que diz respeito aos limites dos acordos de colaboração premiada, bem como sobre as formas de execução da pena, vez que em diversos casos constata-se que benefícios exorbitantes têm sido concedidos, e penas incompatíveis com as previsões expressas no Código Penal e na Lei de Execuções Penais têm sido combinadas e aplicadas, o presente trabalho objetiva analisar as teorias das penas, o instituto da colaboração premiada e, posteriormente, os acordos até então celebrados para verificar qual a

compatibilidade entre a teoria e prática.

O presente estudo adotará como metodologia a pesquisa bibliográfica, com base na análise de artigos, leis, notícias, jurisprudência recente doutrinas e demais matérias pertinentes, e uma pesquisa de campo através de entrevistas com advogado de defesa, Ministério Público e juiz.

## 2 A COLABORAÇÃO PREMIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diariamente os meios de comunicações têm sido “bombardeados” com notícias e informações acerca da operação Lava Jato e dos acordos de colaboração premiada celebrados com os investigados e/ou acusados de cometer crimes “do colarinho branco”.

A Lava Jato é uma operação que surgiu no ano de 2014, com o objetivo inicial de investigar os esquemas de desvios ilícitos de dinheiro em uma rede de postos de combustíveis e lava-jato de veículos, mas assumiu patamares muito maiores quando se passou a investigar os esquemas de desvios e lavagem de dinheiro da Petrobrás, de políticos e agentes públicos, e de grandes empreiteiras do país.

Conforme as investigações foram avançando, uma série de irregularidades foram descobertas, e, como isso, diversas pessoas foram presas. Com as prisões, os acusados e/ou investigados passaram a fornecer informações e detalhes acerca das organizações criminosas e dos demais sujeitos envolvidos em troca de obter benefícios capazes de abrandar suas penas.

Diante deste cenário de negociações, verifica-se que houve a celebração de diversos acordos de colaboração premiada.

Assim, será necessário, antes de ingressar diretamente no estudo acerca da (in)compatibilidade dos acordos de colaboração premiada frente às teorias da pena, analisar e entender o instituto da colaboração premiada, abordando-se, fundamentalmente, o conceito, a natureza jurídica, valor probatório e demais elementos pertinentes para atingir o objetivo da pesquisa.

### 2.1 CONCEITO

A Colaboração Premiada, instituto de direito processual penal que está em evidência atualmente, não é uma novidade no sistema brasileiro, vez que várias leis já tratavam do assunto desde, pelo menos, a década de 1990. No entanto, passou a

ser aplicada com maior ênfase a partir da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, a qual define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

O instituto é autorizado através das leis nº 8.072/90 (Crimes hediondos e equiparados), 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro nacional), 8.137/90 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), 9.613/98 (Lavagem de dinheiro), 9.807/99 (Proteção a vítimas e testemunhas), 8.884/94 (Infrações contra a ordem econômica) e 11.343/06 (Drogas e afins) que embora possibilitem a celebração de acordos, não especificam exatamente quais são os limites a serem observados.

A Lei 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), por exemplo, que foi a primeira a tratar do instituto após a promulgação da Constituição da República de 1988, prevê apenas a possibilidade de redução de pena ao agente integrante ou participante da associação criminosa<sup>1</sup> que realizar a denúncia do grupo ou bando, veja-se:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no [art. 288 do Código Penal](#), quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

**Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.**<sup>2</sup>(grifo meu)

De igual modo, a Lei 7.492/86 também prevê apenas a possibilidade de redução de pena ao agente colaborador, *in verbis*:

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

§ 2º **Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.** (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) (grifo meu)

---

<sup>1</sup> Frisa-se que no texto da lei ainda há a denominação “quadrilha”, que atualmente está em desuso, vez que na legislação brasileira já não há mais o crime de quadrilha, mas de associação criminosa.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Lei dos Crimes Hediondos

Assim como nas referidas leis colacionadas, a maioria das previsões legislativas(mais antigas) e doutrinárias é no mesmo sentido, isto é, limita a colaboração premiada apenas à indicação de coautores ou partícipes do crime. Nas palavras de José Adalberto Aranha a colaboração “consiste na afirmativa feita por um acusado[...] pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa”.<sup>3</sup>

De modo convergente,Guilherme de Souza Nucci apresenta o seguinte:

“Delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em colaboração quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado. Naturalmente, tem valor probatório, especialmente porque houve admissão de culpa pelo delator. (...)”<sup>4</sup>

Muito embora alguns doutrinadores e as legislações mais remotas (como as citadas Leis 7.492/86 e 8.072/90)apresentem um conceito mais restrito acerca do instituto,atualmente, com a institucionalização da lei das organizações criminosas em agosto de 2013, houve ampliação dessa compreensão, abordando-se questões mais abrangentes.

A lei 12850/2013, mais detalhada que todas as anteriores, estipula que além de identificar coautores e/ou partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas, o acusado e/ou investigado também poderá colaborar fornecendo outras informações ao Estado, quais sejam:a revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa, bem como a descrição de como é (ou era) realizada a divisão de tarefas dentro do“sistema”; também poderá propiciar a recuperação total ou mesmo parcial de produtos ou proveitos recebidos em decorrência das infrações penais praticadas; viabilizar a identificação de eventual vítima, com sua integridade física preservada, e, ainda, poderá prevenir que futuras infrações penais sejam praticadas pela organização criminosa.

---

<sup>3</sup> ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 132.

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal. 7ª ed., . Revistas dos Tribunais. São Paulo, 2011, p.447

Obtendo-se um ou mais resultados descritos anteriormente, o art. 4<sup>o</sup> da referida lei preconiza que o juiz poderá reduzir a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos e, ainda, em casos extremos e excepcionais, poderá conceder o perdão judicial àquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação ou com o processo criminal, de modo que seria impossível a obtenção de tais informações por outro meio que não a colaboração.

Frisa-se que para a obtenção de qualquer dos benefícios supracitados, alguns itens previstos no art. 4<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup><sup>6</sup> deverão ser considerados, a saber: a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, além da eficácia da colaboração prestada.

Verifica-se, portanto, que através da colaboração premiada o Estado, objetivando o combate à criminalidade dentro do ordenamento jurídico, concede às pessoas investigadas e/ou acusadas de delitos a oportunidade de contribuir efetivamente com a investigação ou com o processo em troca de benefícios inúmeros que variam de acordo com o grau de eficácia da colaboração.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica constitui a essência de qualquer instituto, pautando-se nas principais características (elementos intrínsecos) inerentes a ele. Em se tratando do instituto da Colaboração Premiada, não há uma definição exata, tendo em vista que há divergência no intuito de classificá-la como um meio de prova ou meio de obtenção de prova.

Apenas a delação realizada por um sujeito, sem que seja acompanhada de alguma prova concreta em si, não possui lastro probatório suficiente para constituir um meio de prova, ou seja, carece de evidências e comprovações hábeis, não se prestando por si só para embasar uma decisão judicial condenatória em face de um terceiro.

Nesse sentido, posiciona-se Frederico Valdez Pereira:

---

<sup>5</sup>BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações Criminosas

<sup>6</sup>BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações Criminosas

Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova, e que será aprofundada mais adiante, é a **necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos** objetivos e externos ao instituto. Significa que, **como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só**<sup>7</sup>(grifo meu)

Assim, reforçando o posicionado colacionado, o art. 4º, §16 da Lei 12.850/2013 enfatiza que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”<sup>8</sup>, isso significa que a declaração do colaborador por si só não é apta para embasar uma decisão judicial. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483, estabeleceu que a colaboração premiada não constitui na um meio de prova, mas um **meio de obtenção de prova**, uma vez que está expressamente previsto no art. 3º, I da Lei nº 12.850/13<sup>9</sup>, e destina-se à obtenção de materiais dotados de força probatória.

Acerca do tema, leciona Mario Chiavario:

[...] com base na tipologia adotada pelo Código de Processo Penal italiano, distingue meios de prova (mezzidi prova) dos meios de pesquisa de prova (mezzidiricercadella prova): os primeiros definem-se oficialmente como os meios por si sós idôneos a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões; os segundos, ao revés, não constituem, per se, fonte de convencimento judicial, destinando-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo<sup>10</sup>

De acordo com Rodrigo Chemim<sup>11</sup>, em contrapartida, a colaboração premiada não é simplesmente um meio para se obter provas, mas também é utilizada como

<sup>7</sup>REVISTA DE DOCTRINA TRF4. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/frederico\\_pereira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/frederico_pereira.html)>. Acesso em: 22 ago. 2017.

<sup>8</sup>BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações Criminosas

<sup>9</sup>BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações Criminosas

<sup>10</sup>Dirittoprocessoalepenale – profiloistituzionale. 5. ed. Torino: UtetGiuridica, 2012. p. 353.

<sup>11</sup>GUIMARÃES, R. R. C. Proibir a colaboração premiada para presos é desconsiderar sua dupla funcionalidade. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/proibir-a-colaboracao-premiada-para-presos-e-desconsiderar-sua-dupla-funcionalidade-azc4q5u6x3llx8gw15ameu1r0>>. Acesso em: 02 out. 2017.

um instrumento de defesa para o réu, caracterizando, assim, sua dupla funcionalidade.

É considerada, principalmente, meio de defesa, primeiramente porque a colaboração depende da voluntariedade do acusado e/ou investigado, ou seja, só será possível a celebração de um acordo se o sujeito estiver disposto a colaborar com a investigação ou denúncia. Caso contrário, não é possível obrigá-lo a firmar o acordo. Até porque, havendo comprovação de que o sujeito foi coagido na celebração do contrato, o juiz não fará a homologação do instrumento.

E depois que o acusado e/ou investigado somente contribuirá com o Estado quando julgar que lhe é benéfico e necessário, isto é, quando todos os outros meios tradicionais de defesa não surtirem mais efeitos, pois o Estado já possui provas robustas contra ele, as quais não são mais passíveis de ataques diretos, uma vez que são muito claras. Ou quando o sujeito não consegue mais realizar “ataques laterais” ao processo, que seria o caso de alegar prescrição ou eventuais nulidades, por exemplo.

Nesse caso, como todos os outros meios de defesa já se esvaíram, a alternativa que resta ao acusado e/ou investigado é a celebração do acordo de colaboração premiada. E assim, esse instrumento de defesa para o réu, passa, também, a ser uma ferramenta de ampliação do quadro cognitivo do plano probatório para o Estado.

Em se tratando da ampliação do quadro probatório, Danilo Pereira Junior<sup>12</sup> enfatiza que muitos dos fatos e das provas que se conseguiram obter no âmbito da Operação Lava Jato não seriam adquiridas com tanta rapidez e agilidade pela metodologia tradicional do processo, pois o aparato brasileiro de investigação estava voltado para a pequena criminalidade, mas o cenário político/jurídico atual tem combatido a macrocriminalidade, com transnacionalidade da prática delitiva, o que torna cada vez mais difícil.

Deste modo, tem-se que a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova para o Estado e um instrumento de defesa para o réu.

---

<sup>12</sup> JUNIOR, Danilo Pereira. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 27 nov. 2017.

### 2.3 DISTINÇÃO ENTRE COLABORAÇÃO E DELAÇÃO PREMIADA

Existe uma divergência doutrinária atinente ao *nomen iuris* do instituto, então alguns doutrinadores como Vladimir Aras e Renato Brasileiro realizam distinção entre os termos “colaboração” e “delação”, fundamentando que ambos os vocábulos não são sinônimos, vez que a colaboração premiada é gênero do qual a delação premiada, também conhecida como chamamento de corrêu, é apenas uma espécie. Tal classificação é defendida por diversos juristas<sup>13</sup>, os quais explicam que na colaboração o sujeito estará apenas colaborando com a investigação ou com o processo criminal de modo a fornecer fatos que possibilitem a evolução da investigação ou do processo, indicando, por exemplo, a(s) sua(s) conduta(s) criminosas, informações quanto à localização de eventual vítima com sua integridade física preservada<sup>14</sup>, ou ainda, a localização e possibilidade de recuperação de eventual produto ou proveito do crime<sup>15</sup>, de modo a receber um benefício legal como forma de recompensa proporcional à sua contribuição.

Já na delação ou chamamento de corrêu, o investigado ou acusado além de confessar a autoria do delito também delata/acusa outras pessoas, imputando-lhes a participação no crime como coautores, partícipes ou comparsas; e a título de recompensa, assim como no caso da “simples” colaboração, o Estado também concede um “prêmio” condizente à contribuição do delator.

Nesse sentido, veja-se o posicionamento de Luiz Flávio Gomes:

**Não se pode confundir delação premiada com colaboração premiada.** Esta é mais abrangente. O colaborador da Justiça pode assumir culpa e não incriminar outras pessoas (nesse caso, é só colaborador). Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas (nessa hipótese é que se fala em delação premiada).<sup>16</sup> (Grifo nosso)

De igual modo posiciona-se Renato Brasileiro, *in verbis*:

13 Vladimir Aras, Renato Brasileiro, Luiz Flávio Gomes, Marcelo Rodrigues da Silva e outros

14 BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. Proteção a Vítimas e Testemunhas.

15 BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações Criminosas

16 GOMES, Flávio Luiz. Corrupção Política e Delação Premiada. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12208-12208-1-PB.pdf>> Acesso em: 04 set. 2017

A nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros [...] Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas - nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corréu). [...] **A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie.**<sup>17</sup>(Grifo meu)

Seguindo o mesmo entendimento doutrinário, Vladimir Aras<sup>18</sup> sustenta que a colaboração premiada é um gênero que abrange quatro espécies, a saber:

a) a **delação premiada**, na qual o sujeito imputa a prática criminosa a terceira pessoa, relata que há outros envolvidos no crime e descreve as atividades desenvolvidas e as infrações praticadas pela organização criminosa;

b) a **colaboração para libertação** que objetiva, especificamente, identificar o local onde está localizada a vítima de um sequestro, por exemplo, bem como facilitar os meios para sua libertação;

c) **colaboração para localização e recuperação de ativos**: é a modalidade que tem por objetivo a identificação e recuperação total ou parcial dos produtos ou proveitos do crime. Essa espécie também visa localizar eventuais bens submetidos à lavagem de dinheiro; e por fim,

d) a **colaboração preventiva** é utilizada no intuito de evitar a consumação de eventual crime futuro. O propósito é impedir que novas condutas ilícitas se propaguem, e que a continuidade de atos praticados por uma associação criminosa seja interrompida.

Não obstante exista esta divisão classificatória da doutrina, há autores que não fazem essa distinção, assim como a lei também não faz. Então, como a lei trata do instituto de uma forma abrangente, referindo-se somente a colaboração premiada de modo amplo, adotar-se-á apenas essa terminologia, sem a tipologia distintiva da doutrina.

---

17 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 5. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 783  
18BLOG DO VLAD. A técnica de colaboração premiada. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

## 2.4 PROCEDIMENTO

Verifica-se que, inicialmente, a colaboração foi instituída simplesmente como um direito de redução de pena ao acusado e/ou investigado que contribuísse com as investigações do Estado. Todavia, não existia previsão alguma do procedimento a ser adotado nesses casos.

Atualmente, mesmo que ainda não haja uma regulamentação geral e completa, com entrada em vigor da Lei 12.850/2013, o instituto passou a ser procedimentalizado de maneira mais detalhada, estabelecendo-se (de forma genérica) o momento em que os acordos podem ser celebrados, quem detém legitimidade ativa para propor o acordo, e demais requisitos e características que serão analisados individualmente nos subtópicos seguinte.

### 2.4.1 Momento

Através da análise da legislação atual que dispõe sobre a possibilidade de celebração de acordos de colaboração premiada, constata-se que não há determinação específica, em qualquer das leis, limitando o momento de ocorrência. Ao contrário, as disposições estabelecem que a colaboração premiada possa ser admitida em qualquer fase da persecução penal.<sup>19</sup>

Na Lei 12.850/2012, por exemplo, há a previsão de que a colaboração poderá ser realizada em qualquer tempo. Já a Lei de crimes hediondos (8.072/90) e a Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional são omissos em se tratando do momento.

Nesse diapasão, como a maioria das leis não estabelece o momento específico, mas apenas prevê que o participante do crime que delatar à autoridade policial ou judicial fará jus a redução de pena, somando-se, ainda, a já citada Lei que define organizações criminosas, tem-se que o colaborador poderá realizar a colaboração em qualquer tempo, até mesmo após a publicação da sentença.

---

<sup>19</sup>BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações Criminosas

## 2.4.2 Legitimidade

Conforme analisado no tópico anterior, o acordo de colaboração premiada poderá ser realizado em qualquer tempo (durante o inquérito ou processo e após a sentença condenatória).

Segundo a previsão legislativa<sup>20</sup>, o autor, coautor ou partícipe de um crime poderá requerer a celebração de um acordo de colaboração premiada, delatando os fatos que tem conhecimento à autoridade policial ou judicial. Caso os fatos sejam pertinentes para o prosseguimento do feito (processo ou inquérito), o Ministério Público poderá concordar com a celebração do acordo e requerer a homologação perante a autoridade judicial.

Frisa-se que em qualquer tempo o Ministério Público poderá propor o acordo; e em todos os casos, sempre que a colaboração for realizada, deverão estar presentes o representante do Ministério Público, o colaborador e seu defensor.

Já em se tratando proposta de celebração de colaboração premiada advinda da autoridade policial, muito se discute a respeito da autonomia e legitimidade do delegado de polícia para propor o acordo, uma vez que a titularidade da Ação Penal (salvo nos casos expressamente previstos em lei) pertence ao Ministério Público, de acordo com a disposição do Art. 100, § 1º do Código Penal<sup>21</sup> somado com a previsão do Art. 129, I da Constituição Federal, que dispõem que compete ao MP “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Para Marlus Arns<sup>22</sup> tanto o membro do Ministério Público quanto a autoridade policial possuem legitimidade para a propositura do acordo:

A lei é clara e concede poderes tanto para a polícia quanto para o Ministério Público. Em que pese o Ministério Público, hoje, entender que a polícia não pode fazer o acordo, e, inclusive ter promovido uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508) em face de dispositivos da Lei 12.850/2013 para que só ele (MP) possa fazer os acordos, a meu ver, há duas soluções: a) uma modificação da lei, ou b) a polícia pode fazer os acordos, sim.

---

<sup>20</sup> A maioria das leis (Lei 7.492/86; 8.137/90; 9.807/99; 11.343/06) preveem que o acusado e/ou investigado poderá delatar tanto à autoridade policial quanto à judicial.

<sup>21</sup> BRASIL. Código Penal. Artigo 100.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Marlus Arns. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 09 nov. 2017

Diogo Mattos<sup>23</sup>, adepto do mesmo posicionamento defendido por Marlus, complementa que ele é favorável a possibilidade de a autoridade policial propor o acordo desde que haja concordância do MP, pois “não há como um acordo, que é meio de prova, ser celebrado com discordância do titular da ação penal”.

Tendo em vista os posicionamentos abordados e disposição das leis que preveem, expressamente, que o sujeito poderá revelar as informações que possui tanto a autoridade judicial quanto a policial, no intuito de celebrar um acordo, não há que se falar em ilegitimidade ou inconstitucionalidade em se tratando da autoridade policial. Até porque, mesmo que o acordo tenha sido celebrado entre o colaborador (juntamente com seu defensor) e delegado de polícia, o Ministério Público deverá manifestar se está de acordo ou não com as cláusulas.

Pelo exposto, tem-se que o colaborador, o representante do Ministério Público e ainda a autoridade policial (juntamente com o MP) gozam de autonomia para propor a realização de acordo de colaboração premiada.

#### 2.4.3 Valor Probatório

Um dos princípios basilares do sistema processual brasileiro é do livre convencimento motivado do juiz, segundo o qual o magistrado possui amplaliberdade de avaliar todo o conjunto probatório produzido nos autos para, na sequência, extrair da prova seus aspectos fundamentais.

No modelo inquisitorial, por exemplo, que vigorou no Brasil durante dos séculos XVII e XVIII, as provas eram tarifadas por lei, de modo que cada prova possuía um valor específico e diverso. Assim, o magistrado deveria proferir sentença embasando-se apenas no conjunto probatório produzido, de modo a atribuir a cada prova o valor já estipulado pelo legislador, sem a possibilidade de analisar o caso concreto.

Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século

---

<sup>23</sup>MATTOS, Diogo Castor. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 15 dez. 2017

XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam *certos meios de prova* para determinados delitos, como também se valorava cada prova *antes do julgamento*. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.<sup>24</sup>

Em contrapartida, partindo-se de um modelo estritamente legalista para um modelo liberal que permitisse ao juiz o julgamento de um caso penal apenas com base em seu livre convencimento, as consequências poderiam ser negativas, acarretando, por vezes, em decisões injustas ou imparciais, uma vez que o magistrado estaria julgando apenas de acordo com suas experiências e convicção próprias.

Assim, o princípio do livre convencimento motivado surgiu com o intuito de evitar os extremos e assegurar que as decisões judiciais sejam proferidas de forma equilibrada, uma vez que o juiz poderá julgar de acordo com suas experiências, mas deverá fundamentar sua decisão embasando-se nas previsões legais.

De acordo com Pacelli:

[...] o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente.  
[...]A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.<sup>25</sup>

Por todo o exposto, tem-se que a palavra do colaborador, por si só, não possui lastro probante. No entanto, se estiver acompanhada de provas, como uma gravação, ou algum documento, por exemplo, ela possuirá força probatória, sim. Isso porque, quando o sujeito optar por celebrar o acordo, poderá não apenas elencar o rol de provas que fornecerá ao Ministério Público, mas já trazê-las de imediato.

---

<sup>24</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2017, p. 180.

<sup>25</sup> PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. Ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2017, p. 180.

Destarte, a colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, mas não só isso, uma vez que será considerada prova em sentido estrito nos casos em que o sujeito (colaborador) já trazer prova material das alegações efetuadas – gravações telefônicas, documentos, mensagens de email e outros, corroborado com as demais provas a serem produzidas para confirmar a veracidade ou não das informações prestadas.

#### 2.4.4 Requisitos/Características

Conforme já analisado em subtópico anterior, o acusado e/ou investigado poderá realizar a colaboração e, em contrapartida, receber um prêmio, desde que preencha alguns requisitos.

Ressalta-se que o instituto não possui um regramento único e específico, posto que se encontra disposto em diversas leis esparsas.<sup>26</sup> Para tanto, serão analisados apenas os requisitos gerais e comuns à maioria das leis, veja-se:

a) **Voluntariedade e Espontaneidade:** algumas leis preveem que a colaboração deverá ser voluntária e outras exigem que seja espontânea. Isso significa que o sujeito, voluntariamente, por iniciativa própria, naturalmente decidiu contribuir com a justiça, de forma a delatar algum aspecto relevante do crime. Importante salientar que a colaboração só será espontânea e voluntária quando o sujeito, por um desejo pessoal resolver colaborar com o Estado, sem que haja a interferência de um terceiro lhe coagindo moral ou fisicamente.

Nesse sentido, o entendimento do Superior tribunal de Justiça, *in verbis*:

1. O instituto da colaboração espontânea, na forma delineada nas Leis nº 9.034/95, 9.807/99 e 11.343/2006, consiste na iniciativa do réu de colaborar, espontaneamente, fornecendo, a qualquer tempo, elementos concretos que levem ao esclarecimento de infrações penais ou sua autoria, à recuperação

---

<sup>26</sup>leis nº 8.072/90 (Crimes hediondos e equiparados), 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro nacional), 8.137/90 (Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), 9.613/98 (Lavagem de dinheiro), 9.807/99 (Proteção a vítimas e testemunhas) e 11.343/06 (Drogas e afins)

da vítima com vida, conforme o tipo do delito, e à recuperação total ou parcial do produto do crime.<sup>27</sup>

Além disso, a voluntariedade e/ou espontaneidade também pressupõe que o sujeito, por livre vontade, ainda que motivada<sup>28</sup> por um terceiro, julga conveniente colaborar com o Estado, e o faz porque lhe é favorável;

b) Confissão: a confissão consiste no reconhecimento da autoria do delito por parte do réu. Assim, na colaboração premiada o réu, além de apontar coautores ou partícipes do crime ou indicar demais informações pertinente ao fato, revela sua participação na prática do delito.

Frisa-se que de acordo com o artigo 65, III, a, do Código Penal, a confissão é apenas uma atenuante genérica da pena, não sendo capaz de reduzi-la abaixo do mínimo legal;

c) Eficácia: a eficácia é o poder de produção de efeitos decorrente do acordo de colaboração premiada, pois está ligada ao objetivo do contrato em si. A eficácia da colaboração seria a relação existente entre os resultados almejados e os previstos no contrato, e também o processo de atingimento das metas propostas, aproveitando-se todas as informações reveladas.

Assim, para que as benesses do acordo de colaboração premiada sejam concedidas é essencial que seja eficaz, isto é, que as informações prestadas pelo colaborador surtam os efeitos almejados.

A lei 12.850/13 descreve alguns dos resultados que devem advir da colaboração, *in verbis*:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup>STJ - HC: 91692 SP 2007/0233084-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/10/2009, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJe 09/11/2009

<sup>28</sup> Nesse aspecto, um terceiro (que poderá até mesmo ser o Ministério Público) apenas motiva o sujeito a colaborar com a justiça, sem que haja qualquer coação ou imposição.

Deste modo, tem-se que o prêmio concedido ao sujeito será sempre condicionado ao resultado positivo que sua contribuição trará para o Estado e para o desenvolvimento das investigações e/ou do processo.

---

<sup>29</sup>BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Organizações Criminosas

### 3 TEORIAS DA PENA

#### 3.1 FUNDAMENTOS

Expostas as principais características necessárias para a celebração de acordos de colaboração premiada, passa-se à análise das teorias da pena para entender os fundamentos da punição estatal, e, na sequência, examinar a compatibilidade dos acordos frente às teorias.

As penas são respostas aplicadas como forma de retribuição aos delitos cometidos. De acordo com Cesare Beccaria:

É MELHOR prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.<sup>30</sup>

No intuito de evitar a desordem social e proporcionar segurança jurídica para toda a população, as penas foram criadas como forma de sanção caso algum crime seja cometido. Assim, essa medida é aplicada não só como consequência jurídica em decorrência da violação de uma norma, mas principalmente no intuito de evitar o cometimento de crimes.

Deste modo, as sanções penais são criadas, primeiramente, como forma de evitar o cometimento de crimes, mas, não sendo possível, elas são aplicadas, pois é preciso punir o autor do delito.

A aplicação de uma pena é uma medida excepcional que se faz necessária para assegurar que o direito fundamental violado não o seja novamente. Mas para a sua aplicação faz-se necessário que ela apresente três características: necessidade, proporcionalidade e idoneidade.

---

<sup>30</sup>BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica. Editora RidendoCastigat Mores. P. 10

A pena será necessária quando houver crime (conduta típica, antijurídica e culpável) e violação a um bem juridicamente protegido. Tendo ocorrido o crime, a pena deverá ser aplicada de forma equilibrada, proibindo-se os excessos e evitando-se punição insuficiente. Por fim, segundo Luiz Flavio Gomes<sup>31</sup>, a idoneidade manifesta-se através dos princípios da individualização e da personalidade da pena.

Assim, no intuito de compreender como as penas atuais são aplicadas e se as penas previstas no Código Penal, Lei de Execuções penais e demais leis que autorizam a colaboração premiada são compatíveis com aquelas previstas nos acordos celebrados, passar-se-á à análise do desenvolvimento e dos fundamentos das punições ao longo dos anos.

Na antiguidade o soberano usufruía de prerrogativa absoluta em se tratando de aplicação da pena aos membros de uma sociedade. As sanções não possuíam limites e se justificavam pura e simplesmente na vontade do soberano, uma vez que a autoridade terrena era considerada um representante do próprio Deus na terra. Assim, a lei era inquestionável, pois advinha de uma autoridade superior, de modo que poderia ser aplicada sem que houvesse qualquer fundamentação acerca do castigo aplicado. Até porque, os indivíduos ‘não possuíam autonomia para questionar uma ordem suprema.

Durante esse período, como o poder era absoluto e centralizado nas mãos dos soberano, uma vez que não havia separação entre igreja e Estado, ambas as matérias (de cunho social e religioso) eram de competência da autoridade soberana estatal<sup>32</sup>. Devido a isso, havia uma confusão entre crime e pecado, e as penas acabavam sendo aplicadas como forma de castigo, tendo como fim a expiação do pecado dos seres humanos. Neste contexto histórico não havia pena de prisão, e o cárcere era utilizado apenas como uma “sala de espera” para penas mais severas como a execução, o açoite e outras sanções corporais que representavam o descontentamento dos deuses em relação às transgressões praticadas pelos sujeitos<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup>JUSBRASIL. Idoneidade ou adequação da pena. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121823406/idoneidade-ou-adequacao-da-pena>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

<sup>32</sup>MALMESBURY, Thomas Hobbes De. *Leviatã: MATÉRIA, FORMA E PODER DE UM ESTADO ECLESIASTICO E CIVIL*. Ed. Online. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-leviata-thomas-hobbes-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/> Acesso em: 11 jan 2018.

<sup>33</sup>BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral*, 3ª edição. Atlas, 01/2017. p. 716.

Posteriormente, com o desenvolvimento de ideais iluministas, na França, principalmente através da influência de Montesquieu<sup>34</sup>, passou-se a moldar um direito penal voltado para a razão, limitando-se a arbitrariedade até então concedida aos soberanos. O direito penal surgia como um sistema limitador da punição estatal, regulando e delimitando como o Estado deveria atuar. As penas passaram a ser humanizadas e aplicadas de forma racional, observando-se a proporcionalidade entre o delito e a pena, além da finalidade e utilidade da sanção. Constatam-se, assim, os primeiros indícios do princípio da legalidade.

Para Montesquieu<sup>35</sup>, realizar a limitação da pena através da razão era essencial, pois a concentração de poderes nas mãos do soberano estava sujeita a erros e a punições não justas, vez que os seres particulares tendem a governar para si mesmos.

Embasando seus ensinamentos no movimento iluminista, Beccaria e Carrara foram os primeiros precursores da Escola (penal) Clássica na Itália, e fundamentaram a necessidade de retribuição das condutas praticadas pelos indivíduos.

Para Beccaria<sup>36</sup> o fundamento do direito de punir deriva do poder concedido aos soberanos. Poder esse que surgiu quando os primeiros homens, ainda selvagens, abriam mão de parte de sua liberdade, visando o interesse comum, e principalmente o individual, pois viver só e isolado acabava sendo muito mais difícil e inseguro. Assim, cada indivíduo cedia parte de sua liberdade e conferia a um soberano o poder de gerir essas liberdades através de leis (que representavam a vontade geral da sociedade).

Mas não bastava, simplesmente, ceder parte da liberdade que possuía, era necessário supervisionar o soberano, vez que o ser humano possui uma tendência de abusar do poder, de modo a tentar recuperar o quinhão da liberdade que cedeu, além de ultrapassar os limites do outro.

---

<sup>34</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito Das Leis**. Tradução por Cristina Murachco. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12

<sup>35</sup> A razão disto é que os seres particulares inteligentes são limitados por sua natureza e, portanto, sujeitos ao erro; e, por outro lado, é de sua natureza que eles atuem por si mesmos. Eles não obedecem, portanto, constantemente às suas leis primitivas; e aquelas mesmas leis que dão a si mesmos, não obedecem a elas sempre [...] - MONTESQUIEU. **O Espírito Das Leis**. Tradução por Cristina Murachco. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12

<sup>36</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica. Editora RidendoCastigat Mores. P. 11 e 12.

Nesse sentido, surgiu a necessidade da criação de penas para esses infratores das leis, pois para Cesare Beccaria<sup>37</sup>, o fundamento da pena se encontra, justamente, na união das porções das liberdades individuais, veja-se:

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

De igual modo, Carrara sustentava que cada sujeito possui direitos e deveres para assegurar o bem viver em sociedade, mas quando os limites individuais eram excedidos, o Estado deveria intervir para garantir e retornar o equilíbrio social.

Para a Escola clássica, o sujeito possuía livre arbítrio para agir, então a pena não possuía outra função senão a realização de justiça e a retribuição aos atos praticados em desacordo com as regras estabelecidas. Deste modo, as sanções deveriam ser aplicadas como forma de retribuição, e nos exatos limites da culpabilidade do sujeito.

Nesse período emergiram as teorias absolutas da pena, sustentadas principalmente por Kant e Hegel. Para esses autores, era necessário observar os limites e critérios materiais para a aplicação de um direito mais justo.

Diante das transformações históricas e sociais que estavam ocorrendo, surgiu a escola positiva em contraposição à Clássica. Para os positivistas as ações dos indivíduos eram pautadas pelo determinismo, não mais pelo livre arbítrio. Sendo assim, a pena deixou de ter um caráter retributivo, fundamentando-se na personalidade e grau de periculosidade do indivíduo, almejando a ressocialização e reeducação do sujeito.

Além da pena, há a medida de segurança<sup>38</sup> que também é aplicada de acordo com o grau de periculosidade do agente. O objetivo é reabilitar o sujeito para que ele não volte a cometer novos delitos. Ocorre que a medida de segurança acabava

---

<sup>37</sup>BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição Eletrônica. Editora RidendoCastigat Mores. P. 11

<sup>38</sup> A medida de segurança representa uma modalidade de sanção penal que tem um objetivo unicamente preventivo, com a finalidade de evitar a prática de novos delitos; e de caráter curativo (ou terapêutico), pois se destina ao tratamento de inimputáveis e semi-imputáveis que apresentam periculosidade.

sendo desproporcional e, por vezes, eterna, pois não é aplicada de forma proporcional à gravidade do fato cometido.

Enquanto a pena pautada por um ideal retributivo era limitada e se fundamentava na realização de uma justiça, o caráter preventivo era ilimitado, e se justificava, sempre, na necessidade de evitar o cometimento de novos delitos. No intuito de alcançar tal objetivo essa teoria passou a ser analisada a partir de duas grandes categorias: a prevenção geral e a especial.

Diante deste panorama explicando os fundamentos do castigo, serão abordados, na sequência, os principais elementos de cada teoria, já os relacionando com os aspectos da colaboração premiada, de modo a explicar os fundamentos da pena, e analisar a compatibilidade entre os acordos e as respectivas teorias.

### 3.1.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

Partindo-se do pressuposto de que o homem possui o livre arbítrio para escolher praticar o bem ou mal, se o indivíduo escolheu praticar o mal, deverá arcar com as consequências da conduta escolhida. E essa consequência é, justamente, uma pena que se destina, exclusivamente, a retribuir o mal praticado.<sup>39</sup>

Para as teorias absolutas a pena é aplicada de acordo com o grau de culpabilidade do sujeito, sendo uma forma de retribuir um mal praticado. Diante deste viés, a pena é considerada um mal necessário (retribuição) em face de um mal injusto cometido (o crime).<sup>40</sup>

Immanuel Kant<sup>41</sup>, um dos grandes representantes desta teoria, sustentava a pena como um imperativo categórico<sup>42</sup>, fundamentando que a pena deveria ser utilizada como fim em si mesma, não como meio para atingir algum fim qualquer. Deste modo, se a sanção fosse aplicada simplesmente para servir de exemplo para

---

<sup>39</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 19. Ed. Niterói: Impetus, 2017. p. 76.

<sup>40</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral**, 3ª edição. Atlas, 01/2017. p. 716.

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**: a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução de Edson Bini. 1. Ed. Bauru, SP:Edipro, 2003 p. 107 e 108.

<sup>42</sup> Para Kant, um imperativo categórico é o dever que as pessoas possuem de agir segundo princípios que desejariam que fossem aplicados universalmente. Veja-se: "Age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal".

os demais membros da coletividade, o ser humano estaria sendo tratado como um objeto, e o ideal de justiça da pena não seria alcançado.

O imperativo categórico está atrelado ao fim daquele que age, de modo que as pessoas deveriam agir segundo princípios que gostariam que fossem aplicados universalmente, ou seja, a pena surge unicamente porque houve infringência da lei, devendo ser aplicada como uma forma de assegurar e prevenir que esses princípios morais (universais) não sejam suprimidos. Assim, tem-se que, de acordo com o ideal kantiano, a punição era uma obrigação moral para compensar a culpabilidade do sujeito, e, sobretudo, caracterizava uma necessidade ética de justiça.

Segundo Kant<sup>43</sup>, em seu livro *A Metafísica dos Costumes*, antes que toda a sociedade se dissolva e todos os seus membros se espalhem pelo mundo, é necessário executar o último assassino que ainda se encontra preso<sup>44</sup>. Mas não porque ele ainda poderia ser perigoso para a sociedade ou por que para o interesse de todos os membros da coletividade fosse necessário ressocializá-lo (até porque com a dissolução da sociedade não faria mais sentido a ressocialização), mas para que todos os membros daquela sociedade se espalhem pelo mundo com a consciência do valor de seus atos, e com isso seja restaurada a justiça. Afinal, o especial fim do direito penal é realização da justiça.

Verifica-se, portanto, que a pena era fundamentada em um princípio de retribuição da culpabilidade, assim, partindo-se de uma ideia de que o crime pressupõe culpabilidade, é possível concluir que o crime é algo pessoal, e, conseqüentemente, sua pena também o será. Até porque, a pena é realização e concretização da justiça.

Outro expoente do pensamento retributivo foi Georg Hegel, que defendia que a pena é uma negação da negação do direito. Isso significa que o delito é uma negação do direito, visto que ao cometer um crime o sujeito está contrariando as leis e violando direitos, e a pena, por conseguinte, é a reprovabilidade em relação à conduta cometida. Partindo-se desse binômio, para Hegel a pena possui uma dupla função: reestabelecer (ou restaurar) a norma jurídica violada e retribuir o mal de acordo com a intensidade em que a norma foi violada.

---

<sup>43</sup> KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**: a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução de Edson Bini. 1. Ed. Bauru, SP:Edipro, 2003 p. 107 e 108.

<sup>44</sup> Na cadeia, no cárcere, penitenciária

Na concepção hegeliana, a pena não deveria ter qualquer sentido preventivo, mas unicamente retributivo, veja-se:

“Somente através da aplicação da pena trata-se o delinqüente como um ser ‘racional’ e ‘livre’. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu *Direito*: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça o homem como *quando se mostra um pau a um cachorro*, e o homem, por sua honra e liberdade, não deve ser tratado como um cachorro”<sup>45</sup>

Muito embora os dois<sup>46</sup> defensores das teorias absolutas sustentem que a pena é uma retribuição proporcional ao mal causado, semelhante ao que previa a Lei de Talião<sup>47</sup>, ambos divergem em relação ao seu fundamento, visto que Kant defende um aspecto ético da pena enquanto que Hegel apresenta uma fundamentação jurídica.

### 3.1.1.1 Críticas ao Retribucionismo

Claus Roxin<sup>48</sup> questiona a aplicação da pena como retribuição pelo mal causado, sob o argumento de que como direito penal possui a finalidade de tutelar bens jurídicos, esse também deve ser o fundamento da própria pena.

Além do mais, muitas vezes há um mal causado em decorrência de uma conduta, mas o sujeito está acobertado por alguma excludente de antijuridicidade, por exemplo. Nesse caso, atribuir ao sujeito uma pena proporcional ao mal causado não seria sinônimo de justiça, mas de injustiça, tendo em vista que, de fato, houve um mal, mas o indivíduo não objetivava aquele fim; apenas agiu em legítima defesa,

<sup>45</sup> BUSATO, Paulo César. Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição. Atlas, 01/2017. p. 716.

<sup>46</sup> Kant e Hegel

<sup>47</sup> A expressão “Lei de Talião” descende do latim: Lex Talionis (lex = “lei” e talis = “tal, de tal tipo”) e consiste na justa reciprocidade do crime e da pena. o princípio por trás da lei é o de trazer equilíbrio entre crime e penalidade.

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La estructura de lateoriadel delito. 2. ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. P. 95

estava em estado de necessidade ou, ainda, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Outra crítica direciona-se ao fato de que retribuir o mal (delito) com outro mal (pena) possui um caráter medieval, com um propósito único de vingança e não de justiça, efetivamente. E uma pena injusta não cumprirá sua função.

A pena se orienta para o passado, valorando de forma negativa delitos cometidos no passado, mas não se projeta para o futuro, no intuito de inibir condutas contrárias ao direito.

Muito embora essas teorias recebam as críticas citadas, o Código Penal brasileiro adota o retribucionismo no ordenamento jurídico, em seu art. 59. Frisa-se, no entanto, que a teoria retributiva não é adotada no sentido clássico e absoluto.

### 3.1.2 Teorias Preventivas – Relativas

Retribuir um mal com outro mal tem caráter medieval. O Estado deve atuar respaldando-se em critérios empíricos, através da valoração das experiências obtidas, e ponderando-se os fracassos e os êxitos. Diante desse cenário, as teorias relativas surgiram com o intuito de prever a criminalidade a partir da aplicação de penas voltadas para o futuro. Nesse sentido, é o entendimento de Hassemer:

*Nemo prudens punit qui iniquitatem peccatum est sed ne peccetur* ("ninguna persona razonable aplica una pena por los pecados del pasado, sino para que no se vuelvan a cometer en el futuro").

A mera valoração de delitos cometido nos passado não faz sentido "(incluso cuando por pena se pueda entender la producción de un mal añadido a otro como respuesta al mismo)".<sup>49</sup>

Enquanto as penas eram voltadas para os indivíduos nas teorias retributivas, unicamente retribuindo as condutas praticadas, as teorias preventivas

---

<sup>49</sup>HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e María Del Mar Días Pita. 1. Ed. Santa Fe de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1999. p. 106.

surgiram<sup>50</sup> durante o estado social, projetando-se para o futuro, com o objetivo de assegurar os interesses sociais através da prevenção, isto é, o Estado deve atuar de forma preventiva para impedir o cometimento de delitos.

Para as teorias relativas as penas possuem natureza empírica, uma vez que decorrem de experiências vividas e presenciadas pelos membros da coletividade. Assim, as penas se fundamentam em critérios de prevenção geral e especial (positivas e negativas) para prevenir a continuidade de delitos no futuro.

### 3.1.2.1 Prevenção Geral Negativa E Positiva

A prevenção geral negativa objetiva coibir que novos delitos sejam praticados. Segundo Feuerbach<sup>51</sup>, a pena deve repercutir em toda a sociedade através da coação psicológica que deverá incidir antes e depois da comissão de delitos, de modo que aquele que agiu de modo contrário à lei se sintasse coagido a não praticar novos atos ilícitos, e aquele que ainda não praticou condutas delituosas, não venha a praticar.

A coação psicológica possui atuação em dois momentos: através de uma pena em abstrato, e por meio da pena em concreto. Na primeira etapa a pena é considerada abstrata, pois é aquela que o legislador estabeleceu no tipo penal, deixando explícito que o sujeito que realizar determinada conduta descrita no tipo incorrerá nas sanções fixadas. Assim, a coação psicológica intimida o sujeito a não praticar a infração, devido às consequências nas quais poderá incidir.

A pena em concreto, por sua vez, exerce uma função coatora a partir do momento em que é aplicada ao sujeito que cometeu um delito, servindo para puni-lo, e também é utilizada de exemplo para que os demais membros da sociedade não venham a descumprir a lei, pois as sanções abstratas realmente são aplicadas.

Ocorre que essa teoria deixa de observar todo e qualquer limite de pena, repercutindo na sociedade como um todo. Para os relativistas, haverá o aumento da

---

<sup>50</sup> Assim como qualquer teoria, as preventivas foram se desenvolvendo ao longo de anos, mas tiveram seu ápice durante o Estado Social.

<sup>51</sup> Paul Johann Alselm Ritter von

pena de acordo com o elevado número de crimes iguais praticados, sem que haja uma proporção entre o delito praticado pelo sujeito e a pena a ser aplicada.

Já a prevenção geral positiva é uma teoria mais social do que jurídica, objetivando, fundamentalmente, assegurar a credibilidade do sistema penal. A pena, uma vez aplicada, reafirma valores sociais. Não é necessário um suplício em praça pública – não é necessário expor para toda a sociedade a reprovação do fato. A simples imposição da punição reafirma que o valor transgredido é realmente válido. A sociedade é explicada como um sistema formado por subsistemas, inclusive o jurídico. E cada sistema obedece a determinadas normas. O subsistema jurídico, portanto, é formado por normas escritas e quando alguém transgrede uma norma, esse indivíduo (transgressor) poderá ser punido. Existe uma norma, mas existe, também, a transgressão dela. Portanto a pena vem como um meio para estabilizar o sistema jurídico por meio da garantia da validade da norma. Em outras palavras, o sistema penal protege a norma. Assim, o Estado transmite a ideia de que as pessoas ainda podem acreditar no direito, pois a norma foi reafirmada por meio da pena. Jakobs coloca a norma no centro do sistema. Para Jakobs, o sistema penal não protege o sistema jurídico, mas a norma. Isso significa que foi criado para reafirmar a credibilidade do direito e de toda a norma jurídica. Nesse sentido, o crime, de certo modo, é positivo porque reafirma automaticamente os valores sociais.

Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente, sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.<sup>52</sup>

Deste modo, tem-se que o objetivo da teoria da prevenção geral positiva é tão somente a reafirmação da norma jurídica transgredida.

### 3.1.2.2 Prevenção Especial Positiva E Negativa

---

<sup>52</sup> GÚNTHER, Jakobs P. 22, **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**, organização e tradução por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007

Ao contrário da prevenção geral que é voltada para a sociedade como um todo, a especial (tanto positiva quanto negativa) atua de forma específica sobre o autor do delito com o intuito de reabilitá-lo para evitar a reincidência, ou seja, para evitar que volte a transgredir as normas jurídico-penais.

De acordo com Feijó Sanches, citado por Busato<sup>53</sup>, não há necessidade de distinguir entre as duas teorias especiais (negativa e positiva), pois algumas sociedades não preveem penas com o propósito de eliminar ou apenas neutralizar o sujeito, mas almejam a reinserção social do indivíduo, sua reabilitação e reeducação para não mais reincidir.

Em que pese o entendimento de Feijó, a diferenciação há de se manter, pois somente a partir da análise e estudo das distintas vertentes de prevenção é que se faz possível delimitar a aplicação das penas. Nesse sentido é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, veja-se:

A neutralização e a eliminação daquele que delinque não foram banidas do direito penal em prol da ressocialização, por isso deve-se insistir nessa diferenciação, porque conhecendo as distintas vertentes da prevenção especial e seus efeitos, estaremos em condições de estabelecer limites à qualidade e quantidade das penas aplicáveis em um Estado constitucional e Democrático de Direito.<sup>54</sup>

Para as teorias preventivas considera-se que na sociedade existem dois tipos de homens: os normais e os anormais (ou delinquentes). Os normais são os homens bons e que vivem de acordos com as normas jurídicas, já os anormais são os delinquentes, os homens maus, que descumprem as leis e que representam perigo social. Os delinquentes devem ser tratados pelo Estado segundo o grau de periculosidade que representa, através de medidas corretivas, ressocializadoras ou inocuidadoras, no intuito de impedir nova transgressão das normas.

Nesse sentido, a prevenção especial negativa, especificamente, pretende neutralizar o perigo inerente àquele indivíduo, isolando-o em um cárcere, e retirando-o do convívio social para que não possa cometer novas infrações penais.

---

<sup>53</sup> BUSATO, Paulo César. Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição. Atlas, 01/2017. p. 716.

<sup>54</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 60

Deste modo, só é possível falar em neutralização do agente quando lhe é aplicada uma pena privativa de liberdade.

No caso da colaboração premiada, especificamente, a neutralização acaba não ocorrendo, tendo em vista que na maioria dos acordos as penas privativas de liberdade estipuladas e que deveriam ser cumpridas em regime fechado tem sido substituída por regimes e penas diferenciados.

Para Cezar Roberto Bitencourt “a prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.”<sup>55</sup>

Para Lombroso<sup>56</sup>, citado por Busato, era necessário neutralizar o sujeito criminoso para que ele não voltasse a delinquir. E a maneira mais efetiva para tal deveria ser através do “isolamento”, o indivíduo deveria ser afastado do convívio social, de modo que se tornasse incapacitado de cometer novos delitos enquanto estivesse em processo de cumprimento de uma pena.

Para essa teoria, o direito penal é de autor, ou seja, o sujeito é criminalizado em razão do “ser” e não do fazer. Pune-se, nesse caso, o autor do fato em razão de sua personalidade e da periculosidade que representa para a sociedade, enquanto que em um direito penal de fato aplica-se sanções ao sujeito em razão do fato criminoso em si.

A teoria especial positiva, ao contrário da negativa, sustenta que o objetivo principal da pena é fazer com que o sujeito não volte a delinquir, passando a se portar de acordo com os valores previamente estabelecidos pelo sistema penal, de modo a respeitar os bens jurídicos tutelados pela norma.

Agindo positivamente, o Estado visa reeducar, reabilitar e reestabelecer o sujeito através da disseminação de valores que lhe façam refletir sobre as consequências da infração à lei, e com isso, deixe de praticar delitos, não voltando a reincidir.

---

<sup>55</sup>BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 79

<sup>56</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral**, 3ª edição. Atlas, 01/2017. p. 716.

### 3.1.2.3 Críticas às Teorias Preventivas

Aplicar uma pena pautando-se apenas em critérios preventivo-especiais acaba por infringir o princípio da humanização das penas previsto no art. 5º, XLVII da Constituição Federal<sup>57</sup> e art. 75 do Código Penal<sup>58</sup>, o qual prevê que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade deve ser limitado, não pode ser de caráter perpétuo.

E mais, acaba ignorando o princípio da proporcionalidade que deve existir entre o delito praticado e a pena a ser aplicada.

Com a celebração de acordos de colaboração premiada, muitas vezes, há essa desproporção claramente evidenciada entre o delito e a pena, pois muitos sujeitos acabam por ser punidos apenas com penas de multa, sendo-lhes fornecidos benefícios exorbitantes, como é o caso do acordo celebrado com os irmãos Batista, por exemplo.

Além do mais, a ideia de ressocialização não se aplica aos crimes de “Colarinho Branco”, tendo em vista que os infratores já se encontram devidamente inseridos na sociedade.

Em face desse conflito existente entre as teorias absolutas (retributivas) e as relativas (preventivas), surgiu uma terceira corrente, conhecida como por teoria eclética ou mista, a qual une aspectos relevantes das duas teorias anteriores, de modo a prevenir, mas também retribuir condutas contrárias ao sistema penal.

### 3.1.3 Teorias Mistas

As teorias mistas surgiram como forma de solucionar os complexos fenômenos sociais decorrentes das transgressões do direito. Esta unificação das teorias se deu em razão da impossibilidade de se abranger uma pluralidade de questões apenas com a aplicação de uma delas.

---

<sup>57</sup>BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, XLVII

<sup>58</sup>BRASIL. Código Penal. Artigo 75

No final do século XX e início do XXI, passou-se a formular as primeiras legislações estipulando esta união de teorias, sob o fundamento de que os discursos individuais não eram capazes de justificar a intervenção estatal por si só. No entanto, verificou-se a impossibilidade de aplicação das duas fórmulas (prevenção e retribuição) de maneira equilibrada, tendo em vista que uma sempre irá se sobressair em relação à outra. Diante disso, surgiram diferentes teorias da união, cada uma dando enfoque maior para um aspecto.

Num primeiro momento, surgiram as teorias mistas fundamentadas, primordialmente, na retribuição, nas quais a tendência retributiva era tão dominante que passaram a ser conhecidas como teorias retributivas da união.

Segundo Adolf Makel, citado por Busato, a pena possuía um fundamento ético e uma razão de justiça em se tratando da retribuição, veja-se:

a pena teria um fundamento ético, uma razão de justiça, referida à retribuição, cujo cobro se dá exatamente em atenção à realização de uma política de evitação de novos delitos, pelo que as pretensões de realização do justo e do útil se sobreporiam.<sup>59</sup>

Em que pese a unificação, a teoria não prosperou porque o aspecto retribucionista era opressivo. Assim, durante a década de 60, aproximadamente, começaram a se destacar as teorias unificadas, mas com predominância preventiva, de modo que as penas eram fixadas partindo-se de uma margem preestabelecida, e que deveria ser analisada de acordo com o caso concreto, com base na culpabilidade do sujeito.

Frente a este modelo misto, o Estado se propõe a buscar tanto a retribuição quanto a prevenção da conduta infratora, pois cada aspecto é importante em um dado momento. Nesse sentido, verifica-se que o sistema penal brasileiro adotou a teoria mista, pois o art. 59 do Código Penal prevê que as penas devem ser aplicadas “conforme seja suficiente e necessário para a reprovação e prevenção da conduta”, isto é, as penas possuem dupla funcionalidade: primeiramente, prevenir que novos delitos sejam cometidos, e depois, retribuir as infrações cometidas.

---

<sup>59</sup> BUSATO, Paulo César. Direito Penal - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição. Atlas, 01/2017. p. 716.

### 3.1.3.1 Críticas às Teorias Mistas

Em um primeiro momento, questiona-se o seguinte: como pode uma só teoria (mista) fundamentar a pena sob dois aspectos tão divergentes? Isto ocorre porque o objetivo das teorias unificadoras é punir de modo a prevenir novos delitos, e ao mesmo tempo, retribuir as condutas ilícitas. No entanto a prevenção embasa-se na periculosidade do agente, ou seja, aplica-se a pena conforme o grau de risco que o indivíduo representa para a sociedade. Já a retribuição fundamenta-se na ideia de culpabilidade, isto é, as penas se destinam a retribuir a conduta ilícita nos exatos limites em que foi praticada. Assim, é contraditório conciliar os dois motivos, pois ou se pune porque o sujeito é perigoso ou porque é culpado.

Até porque, em termos práticos, a culpabilidade pode ser considerada um fator atenuante da pena, enquanto que a periculosidade sempre será agravante, no sentido de que quanto mais perigoso o sujeito for, maior terá que ser a pena a ele imputada.

EberhardSchmidhäuser,<sup>60</sup> autor da teoria diferenciadora da pena, prevê que a aplicação da pena se justifica através de diferentes aspectos, os quais são valorados de forma distinta por cada observador. Assim, uma mesma pena pode conter diferentes aspectos que cada observador valorará de acordo com suas experiências empíricas. No entanto, a valoração apresentada por cada observador ocorrerá após a aplicação da pena, e não antes, embasando sua razão de existir.

Por todo o exposto, verifica-se que a pena é uma das grandes consequências do delito, de modo que as teorias da pena são estudos realizados ao longo do desenvolvimento da civilização, tendo como objetivo a análise das condutas humanas, sua relevância para a sociedade, os desdobramentos negativos de condutas individualistas e egocêntricas e demais características pertinentes. Partindo-se dos estudos, as teorias da pena estabelecem parâmetros para punir e também repelir condutas contrárias ao bem viver em sociedade.

---

<sup>60</sup> Cita BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição. Atlas, 01/2017. p. 716.

### 3.2 DAS PENAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Através da análise das Teorias da Pena, as quais objetivam justificar e fundamentar as penas, se tornou possível a criação de leis e regulamentações adequadas de acordo com o contexto social e com o fato praticado. Tais penas e regimes prisionais estão previstos no Código Penal, Código de Processo Penal, Legislações Penais Especiais e na Lei de Execução Penal (Lei 7.210 de 11 de julho de 1984).

Para entender as razões de punir do Estado e quais os fundamentos limitadores das punições, é necessário se ater ao fato de que o ordenamento jurídico está em constante transformação e possui as características atuais em razão do desenvolvimento histórico pelo qual passou, e da necessidade de aplicação de punições efetivas para assegurar a ordem social.

Tendo em vista a função da pena e as razões de punir, é essencial que o Estado observe alguns princípios constitucionais e limitadores do poder punitivo que são basilares na aplicação das penas, destacando-se, para o presente trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas<sup>61</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana, por ser bastante amplo e subjetivo não apresenta um conceito explícito e definido, sendo necessário interpretá-lo através da hermenêutica jurídica. Primeiramente, é de primordial importância entender quem é a pessoa humana para, posteriormente, verificar o que é a dignidade e porque deve ser respeitada.

De acordo com Art. 1º do Código Civil Brasileiro, “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”<sup>62</sup>, ou seja, a pessoa natural é o ser que nasce com vida e passa ser sujeito de direitos e obrigações.<sup>63</sup> Já a dignidade provém do latim e significa merecimento, valor, respeito. De modo que a dignidade é um valor inerente à pessoa humana, é um atributo que infere que o indivíduo deve ser respeitado e protegido.

---

<sup>61</sup> Há outros Princípios limitadores do poder punitivo, como o da legalidade, e o da culpabilidade, por exemplo, porém, a ênfase, tendo em vista a temática abordada no presente trabalho, estará nos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas.

<sup>62</sup> Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil - código civil

<sup>63</sup> No caso em tela, a análise está restrita ao conceito de pessoa natural, sem adentrar-se na definição de pessoa jurídica.

De acordo com Fernando Capez<sup>64</sup>, o Princípio da Dignidade Humana é genérico e deriva outros importantes princípios, como o da humanidade:

Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior, tal como passageiros de uma embarcação. Da dignidade humana, por sua vez, derivam outros princípios mais específicos, os quais propiciam um controle de qualidade do tipo penal, isto é, sobre o seu conteúdo, em inúmeras situações específicas da vida concreta. Os mais importantes princípios penais derivados da dignidade humana são: legalidade, proporcionalidade [...] **humanidade** [...]. [grifo meu]

O Princípio da Humanidade das Penas, sustenta que as penas devem ser proporcionais, respeitando-se a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a Constituição Federal apresenta algumas características que devem ser observadas: primeiramente, não pode haver pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Além disso, toda e qualquer pena deve seguir os limites previstos no art. 75 do CP, em se tratando de tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, sendo vedada, nos termos do art. 5º, XLVII da CF, a aplicação de penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, ou quaisquer outras penas cruéis. Além disso, o Art. 5º da Constituição Federal, em seus incisos XLVIII e XLIX determina que as penas devem ser cumpridas em “estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, e que a integridade física e moral do preso deve ser assegurada.

E, por fim, o Princípio da proporcionalidade, o qual decorre da culpabilidade e prevê que a pena deverá ser aplicada de maneira que se evite o excesso ou a proteção insuficiente. A pena deverá ter a reprovabilidade do fato (teoria retributiva) como limite, impossibilitando-se que razões de prevenção geral especial justifiquem a extrapolação deste patamar.

Tendo em vista os princípios limitadores da punição estatal, passa-se a análise das espécies de penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e das etapas pelas quais o juiz deve passar, pois no presente trabalho far-se-á a

---

<sup>64</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

comparação entre aplicação das penas nos “casos tradicionais<sup>65</sup>” e nos casos em que há a celebração de acordos de colaboração premiada.

### 3.2.1 Das Fases Da Fixação Concreta Da Pena

De acordo com o Art. 32 do Código Penal, as penas estão divididas em três espécies: privativas de liberdade (reclusão e detenção, arts. 33 a 42), restritivas de direitos (arts. 43 a 48) e de multa (arts. 49 a 52). E os regimes de cumprimento de pena também são três, de acordo com o art. 33 do Código Penal: fechado, semi-aberto e aberto. Assim, para a definição da espécie de pena e do regime a ser aplicado no caso concreto, o juiz seguirá três fases (art. 68, CP): a primeira etapa é destinada ao cálculo da pena privativa de liberdade, na segunda é realizada a fixação do regime inicial de cumprimento da pena e na terceira etapa faz-se a análise da possibilidade ou não de: a) de substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas ou b) suspensão condicional (sursis).

A primeira fase do cálculo da pena consiste na análise das 8 (oito) circunstâncias judiciais previstas no Art. 59 do Código Penal (a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima) para estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento e a possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Na segunda fase far-se-á a análise das circunstâncias atenuantes e agravantes que incidirão sobre a pena base calculada na primeira etapa, de modo a fixar uma pena provisória. Não há um quantum exato fixado em lei para cada agravante/atenuante, cabendo ao juiz estipular o percentual. Frisa-se que o rol das agravantes (art. 61 e 62) é taxativo, ou seja, não podem ser criadas agravantes pelo juiz, entretanto o rol das atenuantes não é taxativo.

---

<sup>65</sup> Qualquer crime previsto no Código Penal ou em leis esparsas.

Já na terceira fase são aplicadas, quando presentes no caso concreto, as causas especiais de aumento ou diminuição de pena e, posteriormente, é fixada a pena definitiva do indivíduo. As causas de aumento ou diminuição estabelecem uma referência fracionária ou numeral a uma pena preexistente, aumentando-a ou diminuindo-a com base na pena provisória. Existem causas gerais<sup>66</sup> e especiais<sup>67</sup> de aumento ou diminuição. As gerais estão previstas na parte geral do Código Penal e podem ser aplicadas a todos os crimes, e as especiais podem ser aplicadas apenas à determinados crimes, e estão previstas na parte especial do CP ou em leis esparsas.

Logo após o método trifásico de cálculo da pena (art. 68), é necessário verificar se há concurso de crimes (formal ou material) ou crime continuado. De acordo com o art. 69 do CP, haverá concurso material quando o indivíduo praticar dois ou mais crimes mediante mais de uma ação ou omissão. Nesse caso serão aplicadas, cumulativamente, as penas privativas de liberdade em que haja incorrido o indivíduo. E ocorrerá concurso formal<sup>68</sup> (art. 70 do CP) quando o sujeito, mediante uma única ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes. Caso em que será aplicada a pena do crime mais grave com acréscimo do crime menos grave.

E, por fim, de acordo com o art. 71 do Código Penal, haverá crime continuado quando:

o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como

---

<sup>66</sup> Exemplo de causa geral de aumento ou de diminuição de pena: Art. 29, CP - Quem, de qualquer modo, concorrer para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

<sup>67</sup> Exemplo de causas especiais de aumento ou diminuição: Homicídio: Art. 121, § 4º, do CP - No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

<sup>68</sup> O crime formal é dividido em duas categorias, o próprio e o impróprio. O concurso formal perfeito ou próprio (art. 70, 1ª parte) ocorre quando "A unidade de comportamento deve corresponder à unidade interna da vontade do agente. O agente tem um só fim". E o Concurso formal imperfeito ou impróprio (art. 70, 2ª parte), por sua vez, ocorre quando há unicidade de conduta, mas pluralidade de desígnios (vontade e consciência de produzir mais de um resultado lesivo). Aplica-se apenas para tipos dolosos.

continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.<sup>69</sup>

Deste modo, após a apuração de todos os critérios necessários para a fixação da pena definitiva, passa-se à fixação do regime prisional e à análise da possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

### 3.2.2 Dos Regimes Prisionais

O Código Penal, em seu artigo 33 estabelece qual será o regime inicial de cumprimento de pena, considerando-se a quantidade de pena imputada ao sujeito. De acordo com o referido artigo, a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime aberto<sup>70</sup>, semi-aberto<sup>71</sup> ou fechado<sup>72</sup>, enquanto que a pena de detenção poderá ser cumprida em regime aberto ou semi-aberto. O regime fechado é aquele no qual a execução da pena ocorre em estabelecimentos de segurança máxima ou média. No regime semi-aberto<sup>73</sup> a execução da pena é realizada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. E no regime aberto, por fim, a execução da pena se faz em casa de albergado ou outro estabelecimento similar.

O supracitado artigo 33 do CP prevê, ainda, no § 2º, que a execução da pena deverá ocorrer de forma progressiva, observando-se o mérito do condenado e alguns requisitos: a) a pena será cumprida em regime fechado nas hipóteses em que o indivíduo seja condenado a pena superior a 8 (oito) anos, b) nos casos em que o indivíduo não seja reincidente e possua pena que não seja inferior a 4 (quatro) anos ou superior a 8 (oito) anos, poderá haver o cumprimento, desde logo, em regime semi-aberto, e c) a pena será cumprida em regime aberto quando o condenado não for reincidente e sua pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

---

<sup>69</sup> Art. 71 do CP

<sup>70</sup> BRASIL. Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Artigos 93 a 95

<sup>71</sup> BRASIL. Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Artigos 91 e 92

<sup>72</sup> BRASIL. Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Artigos 87 a 90.

<sup>73</sup> O regime semiaberto não será abordado em tópico exclusivo, uma vez que na presente análise, entendeu-se pertinente ressaltar as características apenas do regime aberto e do fechado.

Deste modo, verifica-se que toda vez que um indivíduo é condenado, o magistrado deverá aplicar uma pena que deverá ser executada em um dos regimes prisionais previstos no ordenamento jurídico brasileiro (aberto, semiaberto e fechado), a depender do *quantum* da pena aplicada e das respaldando-se nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

### 3.2.2.1 Do Regime Aberto:

O código penal prevê que o cumprimento da condenação em regime aberto consiste na execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. Significa que o condenado deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade durante o dia, e durante a noite deverá retornar para a Casa de albergado, local no qual ficará recolhido.

O art. 115 da Lei de Execução Penal prevê que o juiz poderá estabelecer algumas condições especiais para a concessão de tal regime, a saber: o condenado deverá permanecer no local que for designado durante o repouso e nos dias de folga; não poderá se ausentar da cidade sem autorização judicial e deverá comparecer em juízo sempre que solicitado para prestar informações.

Ademais, o art. 117 da LEP prevê que o beneficiário do regime aberto poderá ser recolhido em residência particular somente em determinados casos, a saber: a) quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos, b) pessoa acometida por alguma doença grave, c) condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e, por fim, d) quando a condenada for gestante.

Em que pese a previsão de que a condenação em regime fechado deverá ser cumprida em casa de albergado, o Brasil (praticamente) não possui esses estabelecimentos, de modo que os condenados são recolhidos em residência particular, mesmo havendo previsão de que tal fato só é possível para os casos elencados no rol do artigo 117 da LEP.

Além disso, a pena só será cumprida em regime aberto quando o condenado não for reincidente e sua pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, mas em completa contrariedade a tal disposição, acordos de colaboração premiada estipulam que acusados e/ou investigados que poderiam ter penas superiores a 15 anos possam iniciar o cumprimento em regime semiaberto domiciliar (o que não existe no ordenamento jurídico brasileiro) e em menos de um ano ser transferido

para o regime aberto “domiciliar”. É o caso do acordo celebrado com o Senador Delcídio do Amaral, por exemplo.

### 3.2.2.2 Do Regime Fechado

Conforme analisado, quando a condenação é superior a oito anos, o cumprimento da pena se inicia no regime fechado, e a execução da pena ocorrerá em estabelecimentos de segurança máxima ou média, que são as penitenciárias.

No entanto, realizando a análise de acordos de colaboração premiada, constata-se que há colaboradores que estão sendo investigados e processados por diversos crimes, que se somados atingiriam penas superiores a 8 (oito) anos, mas que estão sendo contemplados com regimes mais brandos.

Na colaboração celebrada com Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimentos da Petrobrás, investigado e/ou acusado pelos crimes de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública, formação de organização criminosa e obstrução da investigação de organização criminosa, estipulou-se que o colaborador (que já estava preso) ficaria sujeito a continuidade da prisão, mas deveria cumpri-la em prisão domiciliar pelo prazo de 1 (um) ano, com tornozeleira eletrônica ou equipamento similar, e após o cumprimento seria remetido ao regime semiaberto por período de até dois anos, e, por fim, o restante de pena à executar em regime aberto.

Como é possível a previsão de “regime fechado domiciliar” se as leis previstas no ordenamento jurídico determinam que o regime fechado seja cumprido em estabelecimento de segurança média ou mínima?

O art. 318 do Código de Processo Penal apresenta um rol taxativos das hipóteses em que se permite a aplicação da prisão domiciliar, *in verbis*:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).  
I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).  
II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Pelo exposto, tem-se que o “regime fechado domiciliar” consiste em uma inovação em se tratando de regime, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não o prevê. E mais, tal regime é contrário aos regimes atualmente previstos, pois há a aplicação da medida (nesse caso a prisão domiciliar) para uma situação em que a lei não determina. E se a lei não prevê, a medida não é legal. Para Gustavo Badaró<sup>74</sup>, “são regimes diferentes dos legais, o que no caso, significa mais do que não legais. São ilegais”.

Com posicionamento divergente do defendido por Badaró, Danilo Pereira Junior<sup>75</sup>, Juiz Federal da 12ª Vara Federal de Curitiba, defende que nenhum acordo inovou as sanções legalmente previstas, o que os acordos, de uma maneira geral, estabeleceram foram meios ou condições diferenciadas de cumprimento da pena. Até um passado não muito distante, não havia o monitoramento eletrônico, então seria inviável a aplicação de uma prisão domiciliar, tendo em vista a impossibilidade de fiscalização. Entretanto, considerando o atual cenário jurídico, com a possibilidade de realizar o monitoramento, é possível a aplicação da prisão domiciliar sim.

### 3.2.3 Progressão De Regime

O artigo 112 da LEP prevê que quando o condenado realiza o cumprimento de, pelo menos, 1/6 da pena e possui bom comportamento carcerário, atestado pelo

---

<sup>74</sup>BADARO ADVOGADOS. **Limites do pactuado na colaboração premiada: pode o ministério público fixar penas ou conceder perdão?**. Disponível em: <<http://badaroadogados.com.br/limites-do-pactuado-na-colaboracao-premiada-pode-o-ministerio-publico-fixar-penas-ou-conceder-perdao.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

<sup>75</sup>JUNIOR, Danilo Pereira. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 27 nov. 2017

diretor do estabelecimento, ele poderá progredir para um regime menos rigoroso. A progressão, no entanto, não pode ser *per saltum*, conforme previsão da Súmula 491/STJ que estabelece que “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”.

Alberto Youssef, doleiro e operador financeiro investigado na Operação Lava Jato e processado em, pelo menos 7 (sete) processos<sup>76</sup>, bem como investigado em diversos procedimentos perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, celebrou acordo de colaboração premiada, no qual estipulou-se que o colaborador cumpriria pena privativa de liberdade em regime fechado por período não inferior a 3 (três) anos e nem superior a 5 (cinco) anos, e, na sequência, haveria progressão diretamente para o regime aberto, “mesmo sem o preenchimento dos requisitos legais”<sup>77</sup>.

#### 3.2.4. Substitutiva Da Privativa De Liberdade

A pena restritiva de direito é uma sanção penal que poderá ser aplicada em substituição à privativa de liberdade, desde que presentes alguns requisitos. As restritivas de direito estão previstas no art. 43 do Código Penal, e são as seguintes: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e interdição temporária de direitos.

De acordo com o Art. 44 do CP as penas restritivas poderão ser aplicadas nos seguintes casos:

1. Quando a pena privativa de liberdade aplicada ao caso concreto não for superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou se o crime não for culposo (independentemente da pena);
2. o réu não for reincidente em crime doloso;

---

<sup>76</sup> Autos nº 5025687-03.2014.404.7000, 5025699-17.2014.404.7000, 5026212-82.2014.404.7000, 5047229-77.2014.404.7000, 5049898-06.2014.404.7000, 503110-84.2014.404.7000 e 5035707-53.2014.404.7000

<sup>77</sup> Acordo de colaboração premiada de Alberto Youssef, p.3, Cláusula 5, V.

3. Quando as características do condenado tais como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente.

No entanto, analisando-se o art. 4<sup>o</sup><sup>78</sup> da Lei 12.850/2013, constata-se que se permite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao colaborador que tiver contribuído efetivamente com o processo criminal ou investigação sem apresentar uma limitação de qual deve ser a pena mínima para a concessão de tal benefício. E mais, pela redação do artigo interpreta-se que será possível a concessão de pena restritiva de direito em substituição à privativa de liberdade independente da pena do indivíduo, e até mesmo para reincidentes, o que é vedado pelo art. 44, caput, I e II do CP.

Pelo exposto, tem-se que os acordos de colaboração premiada não inovaram em se tratando das penas, mas realizaram combinações que a lei não permite.

---

<sup>78</sup> O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

## **4 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA REALIZADOS NO ÂMBITO DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

Os dois capítulos anteriores foram destinados ao estudo da colaboração premiada em termos teóricos, e à análise das teorias das penas, bem como das penas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Através das pesquisas foi possível verificar as hipóteses em que cada pena é aplicada, como será elegido o regime inicial de execução e como ocorrerá a progressão dessa pena.

Deste modo se permitiu contextualizar e avaliar os termos de um acordo de colaboração premiada de um lado e teorias das penas de outro, possibilitando o desenvolvimento desta terceira etapa do trabalho. Para o cumprimento desta fase, foram mapeados e analisados 40 (quarenta) acordos de colaboração premiada concretos realizados no âmbito da Operação Lava Jato e selecionados 3 para análise das cláusulas e verificação da compatibilidade frente às teorias da pena.

### **4.1 ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA CONCRETOS**

#### **4.1.1 Acordo de Colaboração Premiada: Paulo Roberto Costa**

O Acordo de colaboração premiada entre Paulo Roberto Costa e o Ministério Público foi celebrado no dia 27 de agosto de 2014.

De acordo com a cláusula 3<sup>a</sup>, os crimes pelos quais o colaborador estava sendo investigado/processado são os seguintes: Corrupção (pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa), peculato (Pena - reclusão, de 2 a 12 anos, e multa), lavagem de dinheiro (pena de reclusão de 3 a 10 anos e multa) oriundo de crimes contra a Administração Pública, formação de organização criminosa (pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa) e obstrução da investigação de organização de organização criminosa (pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa).

Considerando as penas em abstrato de cada crime mencionado, e analisando-se apenas as penas mínimas, tem-se que se o réu fosse condenado por

todos os crimes a ele imputados o somatório das penas totalizaria, pelo menos, 13 anos, de modo que o regime inicial para cumprimento deveria ser, obrigatoriamente, o fechado. No entanto, conforme cláusula 5ª do contrato, determinou-se que o colaborador estaria sujeito a continuidade da prisão (uma vez que estava preso cautelarmente quando da realização do acordo), a qual foi substituída por prisão domiciliar cumulada com o uso de tornozeleira eletrônica, pelo período de um ano. Findo o prazo da prisão domiciliar, a próxima etapa consistia no cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto, pelo período de 0 (zero) a dois (dois anos), e o restante da pena em regime aberto, situação essa que não é possível se observadas as previsões contidas no Código Penal, Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

Além disso, no item “VIII, b” do contrato em análise constata-se a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, sem observância dos requisitos necessários.

#### 4.1.2 Acordo de Colaboração Premiada: Senador Delcídio do Amaral

No dia 11 de fevereiro de 2016 foi celebrado o acordo de colaboração premiada entre o Senador Delcídio do Amaral Gomes e o Ministério Público.

Conforme Cláusula 4º, parágrafo único, os crimes abrangidos pelo presente acordo são os seguintes: organização criminosa (pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa), peculato (pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa), corrupção ativa (pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa), corrupção passiva (pena de reclusão de 2 a 12 anos e multa), lavagem de dinheiro (pena de reclusão de 3 a 10 anos e multa), evasão de divisas (pena de reclusão de 2 a 6 anos e multa), fraude a licitação (pena de detenção de 2 a 4 anos), formação de cartel (pena de reclusão de 2 a 5 anos e multa) e falsidade ideológica (pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa).

Analisando-se os crimes descritos na referida cláusula do acordo e realizando-se uma simples somatória apenas das penas mínimas de cada crime, obtém-se um total de 19 anos, ou seja, se o colaborador fosse condenado por todos os crimes ora citados a pena seria de 19 anos, de modo que o regime inicial a ser aplicado seria, obrigatoriamente, o fechado. No entanto, constata-se, no item “IV.1 – Das condições incidentes antes do trânsito em julgado de sentença penal

condenatória”, mais especificamente na cláusula 13ª, que havia sido imposta medida cautelar de privação de liberdade ao colaborador, nos autos do inquérito nº 4170, a qual foi substituída pelas seguintes condições:

- 1) Permanência no Distrito Federal, enquanto o colaborador estiver no exercício do mandato parlamentar
- 2) Recolhimento domiciliar em local definido, salvo para o exercício de atividade parlamentar ou, em sua perda, de atividade privada previamente comunicada;
- 3) O recolhimento a que se refere o item anterior inclui os finais de semana e feriados, sem possibilidade de exercício de atividade profissional, salvo se o colaborador estiver no exercício da atividade parlamentar e se for designada sessão do Senado Federal ou do Congresso Nacional para tais períodos ou, ainda, no caso de compromissos relativos a atividade parlamentar, desde que previamente comunicada ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a respectiva agenda.
- 4) O exercício da atividade parlamentar ocorrerá nas dependências do Congresso Nacional ou em ambientes de trabalho a elas externamente correlatos, sujeitos a comunicação posterior, vedada a frequência, ainda que a título funcional, a locais de convívio social, tais como restaurantes, bares, casas de espetáculos, clubes, parques e centros comerciais;
- 5) Proibição de contatos reservados com outros réus e investigados no Caso Lava Jato, admitidos contatos institucionais, desde que assim ocorram na presença de duas ou mais testemunhas;
- 6) Comunicação quinzenal ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL de contatos institucionais com outros réus e investigados no Caso Lava Jato;
- 7) Audiência judicial mensal de avaliação;
- 8) Permissão para viajar, em dois fins de semana mensais, para Campo Grande/MS, Corumbá/MS e Florianópolis/SC, observado o recolhimento domiciliar em local definido;
- 9) Deverá correr o prazo máximo de 3 (três) meses entre a prisão do colaborador e a homologação do presente acordo, findo o qual se contará em dobro o tempo que o ultrapassar com a finalidade de ser realizada glosa junto ao período aludido no “caput” desta cláusula.

A referida cláusula estipulou, ainda, que o prazo para cumprimento dos 9 (itens) seria de 1 (um) ano e 6 (seis) meses a partir da homologação do acordo, e após esse período, a cláusula 14ª previu que o colaborador teria progressão de regime para o “regime aberto domiciliar” pelo período de 1 (um) ano, tendo que cumprir os seguintes itens:

- 1) Permanência no Distrito Federal, enquanto o Colaborador estiver no exercício do mandato;
- 2) Recolhimento domiciliar noturno, das 23 (vinte e três) horas de um dia as 7 (sete) horas do dia seguinte;

- 3) Proibição de contatos reservados com outros réus e investigados no Caso Lava Jato, admitidos contatos institucionais na presença de duas ou mais testemunhas;
- 4) Comunicação quinzenal ao MINISTERIO PUBLICO FEDERAL de contatos institucionais com outros réus e investigados no Caso Lava Jato;
- 5) Audiência judicial bimestral de avaliação;
- 6) Permissão para viajar, nos finais de semana, para Campo Grande/MS, Corumbá/MS, Florianópolis/SC ou São Paulo/SP, em local residencial definido, observado o recolhimento domiciliar em horário noturno;

Na sequência, tendo o colaborador cumprido as cláusulas 14<sup>a</sup> e 15<sup>a</sup>, lhe foi imposta a pena restrita de direitos consistindo na prestação de serviços à comunidade, totalizando 180 horas (7 (sete) horas semanais, durante 6 (seis) meses). Ocorre que no presente caso não estão presentes os pressupostos necessários para a substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos conforme disposição do art. 44 do CP, de modo que, novamente, há um conflito entre a previsão do Código Penal e o benefício da Lei 12.850/2013, art. 4<sup>o</sup>.

Além disso, há a previsão de que após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória a pena máxima do colaborador deverá ser de 15 anos, sendo cumprida nos mesmo moldes da pena já cumprida antes do trânsito em julgado, isto é, em “regimes aberto e semiaberto domiciliares”.

Verifica-se, portanto, que se o colaborador for condenado a uma pena máxima de 15 anos (conforme cláusula 19<sup>a</sup>), não há possibilidade alguma de se iniciar a execução em regime aberto ou semiaberto se observadas as disposições do código penal. Mas, ainda assim, os acordos possibilitam a aplicação de regimes diferenciados e penas mais brandas que as “tradicionais”.

Outra cláusula que merece análise especial é a 30<sup>a</sup>, a qual estabelece que o colaborador não poderá contestar o acordo judicialmente<sup>79</sup>, salvo no que diz respeito à fixação da pena, regime de cumprimento, ou valor da pena de multa e multa compensatória, nos exatos limites em que houve extrapolação dos parâmetros acordados<sup>80</sup>. Segundo Guilherme Nucci<sup>81</sup>, “proibir contestação judicial de sentenças vai contra garantia constitucional”. Até porque, o art. 5<sup>o</sup>, XXXV da Constituição

---

<sup>79</sup>CONSULTOR JURÍDICO. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam constituição e leis penais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>80</sup> Acordo Diogo Ferreira, p. 12/13 também possui a mesma cláusula.

<sup>81</sup> NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 7<sup>a</sup> ed., Revistas dos Tribunais. São Paulo, 2011, p.447

Federal <sup>82</sup>prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de modo que a cláusula que visa obstar o direito de defesa do colaborador através da proibição de interposição de recurso demonstra violação à garantia constitucional.

Em contrapartida, Diogo Castor de Mattos<sup>83</sup> defende que não há ilegalidade ou inconstitucionalidade nas cláusulas do acordo, pois a própria lei estabelece a discricionariedade das partes para fixá-las. “A ideia de que todos os detalhes precisam estar na lei é fruto de um sistema de inspiração romano-germânica extremamente formalista e pouco eficiente”. Para Mattos, “o Direito Penal negocial é uma aproximação com o direito anglo saxão”.

Além disso, outro item que também é alvo de polêmica e questionamentos nos acordos é aquele que impede o colaborador e sua defesa técnica de terem acesso aos termos dos depoimentos prestados pelo próprio colaborador. Segundo a cláusula 11<sup>a</sup><sup>84</sup>, os depoimentos serão registrados apenas em duas vias, das quais o colaborador não terá acesso. Ocorre, porém, que o art. 5º, LV<sup>85</sup> da CF assegura a todas as partes o contraditório e a ampla defesa, e somando-se a isso, a súmula vinculante nº 14<sup>86</sup> do STF prevê que

“é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

---

<sup>82</sup>BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, XXXV

<sup>83</sup>MATTOS, Diogo Castor. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 15 dez. 2017.

<sup>84</sup>Cláusula 11ª - Os depoimentos colhidos serão registrados em duas vias, das quais não terá cópia o COLABORADOR ou a sua defesa técnica, resguardado o direito de receber, a cada depoimento, atestado de que prestou declarações em determinado dia e horário no interesse de determinada investigação. Realizada a homologação, o COLABORADOR ou a sua defesa técnica terão acesso à integralidade dos depoimentos por ele prestados, devendo guardar o sigilo sob o material, conforme previsto nas cláusulas de sigilo estabelecidas no presente acordo.

<sup>85</sup>BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, LV.

<sup>86</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova. DJe de 9.2.2009

Alguns dos acordos<sup>87</sup> preveem que o sigilo extremo não apresenta óbice à súmula.

Pelo exposto, verifica-se que no acordo analisado houve a concessão de benefícios em desacordo com as previsões contidas na Lei 12.850/2013, Código Penal e na Lei de Execução Penal.

#### 4.2. DO EVENTUAL COMETIMENTO DE FALTA GRAVE

Através dos acordos analisados, constatou-se que praticamente todos preveem as mesmas (ou semelhantes) cláusulas em se tratando das hipóteses aptas a ensejar a rescisão. A título exemplificativo, colacionam-se as cláusulas do acordo celebrado com Paulo Roberto Costa:

O acordo perderá efeito, considerando rescindido, ipso facto:

- a) se o colaborador descumprir, sem justificativa, qualquer das cláusulas, subcláusulas ou itens em relação às quais se obrigou;
  - b) se o colaborador sonegar a verdade ou mentir em relação a fatos em apuração, em relação aos quais se obrigou a cooperar;
  - c) se o colaborador vier a recusar-se a prestar qualquer informação de que tenha conhecimento;
  - d) se o colaborador recusar-se a entregar documento ou prova que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa de suas relações ou sujeito a sua autoridade ou influência;
  - e) se ficar provado que o colaborador sonegou, adulterou, destruiu ou suprimiu provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade;
  - f) se o colaborador vier a praticar qualquer outro crime, após a homologação judicial da avença;
  - g) se o colaborador fugir ou tentar furtar-se à ação da Justiça Criminal;
  - h) se o MPF não pleitear em seu favor os benefícios legais aqui acordados;
  - i) se o sigilo a respeito deste acordo for quebrado por parte do colaborador e da Defesa ou pelo MPF;
  - j) se o colaborador não efetuar o pagamento da multa compensatória ou não oferecer as garantias a título de fiança com que se compromete;
  - k) se não forem assegurados ao colaborador os direitos previstos no art. 5º da Lei 12.850/2013, quando cabíveis; e
- 1) se o acusado, direta ou indiretamente, impugnar os termos deste acordo ou a sentença que for exarada nos limites acertados neste acordo.

---

<sup>87</sup> Exemplo: Acordo de Paulo Roberto, Cláusula 14ª.

Denota-se que não há previsão alguma acerca da consequência decorrente do cometimento de eventual falta grave, por exemplo, considerando os regimes “diferenciados” aplicados nos acordos de colaboração premiada.

Deste modo, com o objetivo de promover respostas para a questão (uma vez que ainda não há um posicionamento a ser seguido), passar-se-á a expor a “solução” encontrada por profissionais que atuam na área penal, especificamente em se tratado de colaboração premiada.

Para Diogo Mattos<sup>88</sup>, enquanto procurador na força tarefa da Operação Lava-jato, prevê que a solução é simples, e permite três hipóteses: 1) quebra do acordo; 2) repactuação do acordo; e, 3) regressão para o regime fechado, pois a prisão domiciliar e o regime fechado não se confundem. De acordo com o Código Penal, regime fechado é cumprido em estabelecimento prisional.

Para Marlus Arns<sup>89</sup>, advogado de defesa de colaboradores, enfatiza que a questão abordada ainda não possui uma resposta, tendo em vista que quando se estabelecem regimes que não estão previstos na LEP, os ditos “regimes diferenciados”<sup>90</sup>, a solução também não está na legislação, uma vez que a LEP regulamenta apenas os regimes tradicionais (aberto, semiaberto e fechado). Deste modo, o descumprimento de uma cláusula da execução da pena não rompe o acordo, pois a quebra do acordo ocorrerá somente nas cláusulas que a lei prevê, ou seja, de que o colaborador tenha mentido, omitido, falseado com a verdade e outros. Mas quando há problemas na execução da pena, especificamente, por exemplo a quebra do lacre (da tornozeleira), isso é um problema de execução da pena que não vai romper o acordo.

Por fim, Danilo Pereira<sup>91</sup>, juiz da 12ª Vara Criminal Federal de Curitiba, responsável pela execução da pena nos acordos celebrados no âmbito da Operação Lava-Jato, sustenta que a problemática é resolvida de acordo com o caso concreto, de modo que o juiz precisa buscar um parâmetro na legislação, sendo pertinente

---

<sup>88</sup>MATTOS, Diogo Castor. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 15 dez. 2017

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Marlus Arns. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 09 nov. 2017

<sup>90</sup> Considerando as cláusulas previstas nos acordos, percebe-se que muitas delas estão em desacordo com a legislação vigente, de modo que nem poderiam ter sido acordadas, mas o fato é que na maioria dos casos são aplicados regimes diferenciados e penas diferenciadas, de modo que o sistema judiciário brasileiro precisa encontrar soluções para a problemática averiguada.

<sup>91</sup> JUNIOR, Danilo Pereira. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 27 nov. 2017.

recorrer ao sistema regressivo da lei, realizando-se um juízo de proporcionalidade, pois como o acordo prevê um conjunto de obrigações, faz necessário ponderar o percentual do acordo cumprido e o percentual descumprido pelo colaborador. Nas palavras de Danilo Pereira:

Acredito que não seria razoável que, tendo um colaborador cumprido, por exemplo, 99% do acordo e descumprido 1%, seria o caso rescisão. Até porque a rescisão do acordo é uma consequência grave, pois via de regra os acordos também já fixaram um “teto” de pena. [...] Na rescisão será imputada uma pena que é aquela realmente fixada nas decisões judicial “normais”. Então dependendo da falta, é primordial trabalhar com a proporcionalidade, pois, em tese, o interesse do Estado foi atendido com a colaboração (com a entrega de documentos, informações, gravações...), de modo que a rescisão do acordo deve ser uma opção excepcional.<sup>92</sup>

Pelo exposto, e tendo em vista que ainda são raros<sup>93</sup> os casos em que houve o descumprimento de uma cláusula de “pena diferenciada”, as soluções encontradas foram as seguintes:

Primeira solução: encontrar parâmetros na legislação, recorrer ao sistema regressivo de pena já previsto no ordenamento jurídico.

Segunda solução: realizar um juízo de proporcionalidade, ponderando-se o percentual do acordo já cumprido e o percentual pendente de cumprimento.

Terceira solução: quebra de acordo, rescisão.

---

<sup>92</sup> JUNIOR, Danilo Pereira. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 27 nov. 2017.

<sup>93</sup> No acordo de colaboração premiada de Eduardo Hermelino Leite, ex-vice-presidente da construtora Camargo Corrêa, havia a prisão de cumprimento de pena em regime semiaberto diferenciado, que consistia na prisão domiciliar com tornezeleira eletrônica e prestação de serviços comunitários durante cinco horas semana, mas o colaborador descumpriu o

## 5 CONCLUSÃO

Através da análise das questões envolvendo a colaboração premiada e a compatibilidade dos acordos frente às teorias da pena, passa-se a expor as principais conclusões obtidas através do desenvolvimento do trabalho.

**Primeira conclusão:** Nenhum acordo inovou as sanções legalmente previstas, o que os acordos, de uma maneira geral, estabeleceram foram meios ou condições diferenciadas de cumprimento da pena;

**Segunda conclusão:** O cumprimento de prisão domiciliar com tornozeira eletrônica representa um método diferenciado na execução da pena que se tornou possível devido aos avanços da tecnologia. Antes de 2010, por exemplo, não era possível estabelecer um regime domiciliar com tornozeira, porém, tendo em vista a possibilidade de fiscalização, tornou-se possível a aplicação de tal medida; O método é eficaz pois além de evitar a superlotação do sistema carcerário, ainda permite uma efetiva fiscalização do colaborador;

**Terceira conclusão:** Como penas, aparentemente, antagônicas tem sido aplicadas em conjunto, causando conflito com as previsões atuais contidas na Constituição Federal, Código Penal, Lei de Execução Penal e Leis que abordam a colaboração premiada, faz-se necessário haver alteração na legislação, visando aprofundar e criar regras mais claras e precisas para os acordos (inclusive de como fazê-los), visando aprimorar o sistema atual;

**Quarta Conclusão:** O acordo de colaboração premiada vincula o juiz que fará a homologação, tendo em vista que se presentes os requisitos previstos em lei, o acordo deverá ser homologado, não cabendo ao magistrado analisar as cláusulas. No entanto, não vincula o juiz no momento de fixação da sentença, uma vez que o acordo apresenta parâmetros para aplicação da pena, mas o juiz deverá aplicá-la considerando-se a eficácia da colaboração prestada;

**Quinta conclusão:** A possibilidade da celebração de acordo de colaboração premiada representa uma mudança paradigmática no direito penal brasileiro, pois inclui no Brasil um direito penal de negocial. A lei 9.099/95 trouxe a possibilidade de “negociar o direito” através transação penal e da suspensão condicional do processo, mas a colaboração premiada permite uma negociação em patamares muito maiores;

**Sexta conclusão:** não há, nem na doutrina e nem na jurisprudência, previsão acerca da medida a ser adotada no caso de eventual cometimento de falta grave na execução de pena em regime diferenciado, deste modo, as soluções encontradas através do presente estudo foram as seguintes: 1. Recorrer ao sistema regressivo de pena tradicional, já previsto no ordenamento jurídico brasileiro, e, 2. Realizar um juízo de ponderação, analisando-se o grau de gravidade de descumprimento do acordo, além do grau de eficácia da colaboração prestada e o percentual cumprido até o momento da falta grave.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARO ADVOGADOS. **Limites do pactuado na colaboração premiada**: pode o ministério público fixar penas ou conceder perdão?. Disponível em: <<http://badaroadvogados.com.br/limites-do-pactuado-na-colaboracao-premiada-pode-o-ministerio-publico-fixar-penas-ou-conceder-perdao.html>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

BLOG DO VLAD. **A técnica de colaboração premiada**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 de Julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de julho de 1999.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 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**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 de agosto de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (5.Turma). **Habeas Corpus**. Penal e Processual Penal. Arts. 12 e 14 DA Lei n.º 6.368/76. Colaboração Espontânea. Leis nº 9.034/95, 9.807/99 e 11.343/2006. Ausência de elementos concretos fornecidos pelo réu. Inaplicabilidade da causa de diminuição. Inquérito policial. Utilização como maus antecedentes. Impossibilidade. Atenuante. Confissão. Uso como fundamento da condenação. Redução da pena devida. Habeas Copus nº: 91692 - SP (2007/0233084-4), Impetrante: Damilton Lima De Oliveira Filho. Impetrado: Tribunal

Regional Federal da 3ª Região. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 15 de outubro de 2009. Data de Publicação: 09 de novembro de 2009.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal** - Vol. 1 - Parte geral, 3ª edição. Atlas, 01/2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIAVARIO, Mario. **Diritto Processuale Penale: profilo istituzionale**. 5. ed. Torino, Itália: Utet Giuridica, 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. **Acordos de delação premiada da "lava jato" violam constituição e leis penais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/acordos-delacao-lava-jato-violam-constituicao-leis-penais>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

ESCOLA SUPERIOR DE DIREITO PÚBLICO. **Jbs: elementos para entender a complexidade do acordo de colaboração**. Disponível em: <<http://esdp.net.br/jbs-elementos-para-entender-a-complexidade-do-acordo-de-colaboracao/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

GOMES, Flavio Luiz. **Corrupção Política e Delação Premiada**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12208-12208-1-PB.pdf>> Acesso em: 04 set. 2017

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume 1**. 19. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, R. R. C. **Proibir a colaboração premiada para presos é desconsiderar sua dupla funcionalidade**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/artigos/proibir-a-colaboracao-premiada-para-presos-e-desconsiderar-sua-dupla-funcionalidade-azc4q5u6x3llx8gw15ameu1r0>>. Acesso em: 02 out. 2017.

GÚNTHER, Jakobs P. 22, **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**, organização e tradução por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad: bases para una teoria de La imputación en derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Maria Del Mar Días Pita. 1. Ed. Santa Fe de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1999.

JUNIOR, Danilo Pereira. Entrevista concedida a Camila de Paula. Curitiba, 27 nov. 2017.

JUSBRASIL. **Idoneidade ou adequação da pena.** Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121823406/idoneidade-ou-adequacao-da-pena>>. Acesso em: 24 dez. 2017.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes:** a doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução de Edson Bini. 1. Ed. Bauru, SP:Edipro, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 5. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MATTOS, Diogo Castor. **Entrevista concedida a Camila de Paula.** Curitiba, 15 dez. 2017

MALMESBURY, Thomas Hobbes De. **Leviatã: MATÉRIA, FORMA E PODER DE UM ESTADO ECLESIASTICO E CIVIL.** Ed. Online. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-leviata-thomas-hobbes-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/> Acesso em: 11 jan 2018.

MONTESQUIEU. **O Espírito Das Leis.** Tradução por Cristina Murachco. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 7ª ed., Revistas dos Tribunais. São Paulo, 2011.

OLIVEIRA, Marlus Arns. **Entrevista concedida a Camila de Paula.** Curitiba, 09 nov. 2017

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 21. Ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2017.

REVISTA DE DOCTRINA TRF4. **Valor probatório da colaboração processual** (delação premiada). Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/frederico\\_pereira.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/frederico_pereira.html)>. Acesso em: 22 ago. 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, Parte General.** Fundamentos. La estructura de lateoría del delito. 2. ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

STJ - HC: 91692 SP 2007/0233084-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/10/2009, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJe 09/11/2009

**APÊNDICE A –Entrevista realizada com Diogo Castor Mattos no dia 15 de dezembro de 2017.**

**1 - Ao celebrar um acordo de colaboração premiada, o Ministério Público e o advogado de defesa já “pensam” na execução? Há cláusula prevendo como o colaborador irá executar o acordo? Se sim, as cláusulas são suficientes?**

Sim. Há cláusulas tratando da execução. Muitas vezes podem surgir controvérsias durante a execução do acordo. Por exemplo: se tornozeleira eletrônica para monitoramento do regime semi-aberto pode ser utilizada mesmo sem existir previsão no acordo, por ser mero instrumento de monitoramento. Essas controvérsias devem ser resolvidas pelo juízo da execução.

**2 – Considerando-se que em um acordo estabeleceu-se como regime inicial para o cumprimento da pena o Fechado, domiciliar, com tornozeleira eletrônica, se o colaborador cometer alguma infração, o que acontecerá? Se ele retirar a tornozeleira, por exemplo, qual será a punição? Ele irá regredir de regime? Mas para qual regime? Ele já não está em regime fechado?**

No meu entender tem dois caminhos: 1) quebra do acordo; 2) repactuação do acordo; 3) regressão para o regime fechado. Prisão domiciliar não é regime fechado. De acordo com o Código Penal, regime fechado é cumprido em estabelecimento prisional.

**3 – Qual a consequência de eventual cometimento de falta grave? O acordo será rompido ou simplesmente haverá uma regressão de regime? Não somente no caso do lacre, mas considerando faltas graves de modo geral.**

Já respondida no tópico anterior. Os dois caminhos são possíveis. Por exemplo, Caso Eduardo Leite, houve regressão de regime.

**4 – Qual a consequência de eventual descumprimento de cláusulas do acordo? O colaborador perderá todos os benefícios até então adquiridos? E se o contrato em si for quebrado?**

Pode haver quebra de acordo ou repactuação, a depender da discricionariedade do MP. Tudo depende do grau de descumprimento e da importância do colaborador para as investigações.;

**5 – Sabe-se que o colaborador se compromete a dizer a verdade, mas caso não o faça, não responderá pelo crime de falso testemunho, como uma**

**testemunha, por exemplo. Assim, caso o colaborador tenha cometido o crime de calúnia, por exemplo, durante o seu depoimento, o que acontecerá se houver a quebra do contrato? Ele passará a responder por todos os crimes, inclusive o de calúnia?**

Se ele imputar falsamente um crime ele responde por um crime específico da lei 12850/2013. No meu entender, responderia por este crime e todos os outros.

**6 - O acordo, necessariamente, vincula o juiz? E o juiz, necessariamente, tem que homologar esse acordo se não houver abusividade de cláusulas?**

No meu entender, o juiz faz apenas controle de legalidade, não cabendo se imiscuir nos motivos de conveniência e oportunidade usados pelo MP para firmar o acordo. Afinal, o sistema é acusatório, e a atuação do juiz na produção de provas é muito restrita. Entendo que o acordo homologado judicialmente e comprovadamente cumprido e eficaz gera direito subjetivo aos benefícios. Stj tem precedente nesse sentido. Há posições divergentes. O próprio juiz Sergio Moro entende que o acordo vincula somente as partes.

**7 - Como os acordos preveem penas que não estão previstas no CP e nem na LEP, é possível dizer que o acordo está “acima” da lei?**

Não, pois a própria lei estabelece a discricionariedade das partes para fixar cláusulas do acordo. A ideia de que todos os detalhes precisam estar na lei é fruto de um sistema de inspiração romano-germânica, extremamente formalista e pouco eficiente.

Direito Penal negocial é uma aproximação com o direito anglo saxão.

**8 - Quais são os principais pontos positivos e negativos da celebração de contratos de colaboração premiada?**

O ponto positivo é a possibilidade de avançar em investigações que seriam impossíveis sem ajuda de alguém de dentro.

O negativo é negociar com a criminalidade.

**9 - Como MP é o autor da ação, o que o Sr. acha sobre o fato de os delegados de polícia estarem pleiteando a legitimidade a celebração dos acordos de colaboração?**

Eu pessoalmente sou favorável, desde que haja concordância do MP. Não há como um acordo, que é meio de prova, ser celebrado com discordância do titular da ação penal.

**10 - Há pontos que o Sr. acha que deveriam ser melhorados nos acordos?**

Poderia ser agregado uma regulamentação de alguns pontos polêmicos, como a quebra do acordo.

**APÊNDICE B –Entrevista realizada com Danilo Pereira Junior no dia 27/11/2017**

**Pergunta 1 - Ao celebrar um acordo de colaboração premiada, o Ministério Público e o advogado de defesa já “pensam” na execução? Há cláusula prevendo como o colaborador irá executar o acordo? Se sim, as cláusulas são suficientes?**

Eu vejo o seguinte, um dos objetivos da própria colaboração é exatamente a consequência penal que esse colaborador terá. Então nós estamos entrando em um momento interessante por conta dessa recente decisão do Supremo, em que o supremo devolveu, pela primeira vez, um acordo questionando, exatamente, a aplicação da pena. Eu, particularmente, penso que por uma questão de segurança tanto do Ministério Público quanto do colaborador seria realmente interessante fixar pelo menos alguns parâmetros. Acontece que quando o acordo estabelece de uma forma peremptória determinada consequência jurídica e a forma da execução, ela também “engessa” o juízo da execução. Eu já observei em alguns acordos em que há, de fato, (as vezes) um extrapolamento daquilo que deveria realmente ser objeto do acordo para assegurar e para ter a garantia daquilo que está sendo acordado com o processo de execução. Um exemplo bem simples é o seguinte: num determinado momento os acordos tinham a previsão, por exemplo, de prisão domiciliar, e por uma questão de que até a um passado muito próximo nós não tínhamos monitoramento eletrônico, não havia essa previsão. E a vara, hoje, faz essa fiscalização por meio do monitoramento eletrônico. Então naqueles acordos que foram omissos eu não vi problema. Acontece que, por exemplo, agora nós temos recebido alguns acordos em que está previsto, expressamente, a prisão domiciliar sem monitoramento eletrônico. Então a pergunta é: quem irá fiscalizar? Quem irá definir a fiscalização? Penso que nesse caso extrapolou um pouco o acordo.

Complementando: me parece que o acordo deveria estabelecer parâmetros, mas nunca um limite. Até porque essa pena deve ser fixada e estabelecida de acordo com a efetiva colaboração. Ela acontece antecedendo toda a consequência

penal. Então já definir uma pena certa e pré-estabelecida extrapola um pouco o sistema. Mas claro, é preciso analisar e conciliar o interesse do colaborador (que também não pode ficar “numa incógnita”). Até porque quando trabalhamos com o instituto da Colaboração Premiada o que se faz é justamente uma relação custo/benefício. Então o sujeito também não vai fazer um acordo para deixar uma “pena em branco”, sem ter ideia de qual será sua pena final. É por isso que é necessário que haja uma margem.

**2 – Considerando-se que em um acordo estabeleceu-se como regime inicial para o cumprimento da pena o Fechado, domiciliar, com tornozeleira eletrônica, se o colaborador cometer alguma infração, o que acontecerá? Se ele retirar a tornozeleira, por exemplo, qual será a punição? Ele irá regredir de regime? Mas para qual regime? Ele já não está em regime fechado?**

Eu acho que é uma outra questão interessante, que é nova e que nós vamos ter que enfrentar. Por exemplo, ao descumprir uma cláusula do acordo ele quebrou o acordo? Ao invés de discutirmos só a consequência disso nós teríamos um acordo praticamente rescindido? Essa é uma questão que eu até ponderei, há um tempo atrás, com um pessoal do Ministério Público. Particularmente, eu não tenho uma definição e uma compreensão já tomada, mas num primeiro momento, parece que essa simples violação da execução da pena não seria o suficiente para a rescisão do acordo. Mas vai depender do caso concreto para se verificar, até porque os acordos e esses regimes que tem sido estabelecidos as vezes tem sérias obrigações, né?! Inclusive o não encontro com determinados réus, e uma série de outros fatores que envolvem a própria execução da medida ou do regime que foi preestabelecido.

Então, talvez, em algumas situações, o que tem que se pensar não é somente em uma regressão dentro do acordo, mas talvez a própria rescisão do acordo.

Com relação a esse caso, veja, o que fazer? Porque o acordo também não tem uma cláusula que discipline qual é consequência do descumprimento dessas regras de execução. Elas preveem a rescisão pelo descumprimento das obrigações enquanto o colaborador, mas não tem uma previsão específica em relação ao descumprimento do acordo. Bom, se dentro daquele sistema ou do microsistema de execução que foi criado no acordo não foi estabelecido um parâmetro, o juiz terá que buscar o parâmetro na legislação. Agora a questão é a seguinte: se ele já está num regime fechado, o rompimento da tornozeleira (no caso específico da pergunta)

representa uma frustração à própria fiscalização da medida. O rompimento da tornozeira e/ou não carregamento da tornozeira se equipara a uma fuga eletrônica. Então a situação dele deverá ser agravada, pois a condição dele de prisão domiciliar se mostrou incompatível, porque a prisão domiciliar e o monitoramento pressupõem um senso de responsabilidade, e ele demonstrou que não tem. Nesse caso deveria ter uma regressão de regime para o fechado convencional.

Mas ainda que o acordo seja omissivo é necessário recorrer ao sistema regressivo da lei. Pois até o momento não teve caso concreto para estabelecer o que realmente fazer. O único que temos, mas que ainda vamos julgar, é um caso que está para ser decidido no qual houve, mais ou menos, um descumprimento, mas não foi do regime fechado. Era de uma obrigação de uma pena acessória. Foi um caso de prestação de serviços. Dentro da situação de alguns presos foi estabelecido que quando ele está no regime semiaberto ou no aberto ele deve fazer prestação de serviços comunitários, mas ele descumpriu a prestação de serviços. Então essa será a primeira decisão da vara para analisar essa questão.

**Questão 3 – Qual a consequência de eventual cometimento de falta grave? O acordo será rompido ou simplesmente haverá uma regressão de regime? Não somente no caso do lacre, mas considerando faltas graves de modo geral.**

Ainda vamos ter que refletir o que caracteriza uma falta grave. Se ela é uma falta grave a ponto de considerar rescindido o próprio acordo de colaboração ou se ela é uma falta grave que importa somente uma regressão dentro daquele sistema punitivo que foi acordado. Então me parece que a solução para isso (mas ainda na cogitação, pois não temos algo decidido ou definido) vai passar por um juízo de proporcionalidade, pois como o acordo prevê um conjunto de obrigações, eu não sei se seria razoável que tendo ele (colaborador) cumprido, vamos supor, 99% do acordo e descumprido a parte da consequência desse acordo 1%, a gente já possa dar por rescindido. Porque a consequência da rescisão do acordo é uma consequência grave, pois via de regra os acordos também já fixaram um teto de pena.

Já na rescisão será imputada uma pena que é aquela realmente fixada (ou que seria fixada) nas decisões antes do acordo. Assim, dependendo da falta, devemos trabalhar com um pouco de proporcionalidade, pois, em tese, o interesse do estado foi atendido com a colaboração, com a entrega de documento, por

exemplo, de modo que a rescisão do acordo no juízo da execução deve ser bem excepcional.

**Questão 4 – Qual a consequência de eventual descumprimento de cláusulas do acordo? O colaborador perderá todos os benefícios até então adquiridos? E se o contrato em si for quebrado?**

A consequência do descumprimento é justamente essa... tanto que uma boa parte dos acordos estabelece suspensão de prescrição, teto de pena (que seria a soma e unificação de todas as condenações) então todos esses benefícios que foram prometidos e acordados o sujeito vai perder. Por isso a falta deve ser analisada pela repercussão que vai causar. Então a proporcionalidade deve ser observada.

**Questão 05 – Sabe-se que o colaborador se compromete a dizer a verdade, mas caso não o faça, não responderá por crime, como uma testemunha, por exemplo. Assim, caso o colaborador tenha cometido o crime de calúnia, por exemplo, durante o seu depoimento, o que acontecerá se houver a quebra do contrato? Ele passará a responder por todos os crimes, inclusive o de calúnia?**

Opinião pessoal - o direito de não se auto incriminar não poderia autorizar o sujeito a mentir. Então ele tem direito apenas de ficar quieto. Mas a partir do momento que ele mente, e pior, as vezes mente e imputa determinados fatos a outra pessoa, a situação se torna grave. Deste modo, a mentira em si não seria punida, pois não temos nenhum crime de perjúrio e de obstrução de justiça, mas a falsa imputação é fator que levará o sujeito a responder por este crime também.

**Questão 06 - O acordo, necessariamente, vincula o juiz? E O juiz tem que homologar esse acordo se não houver abusividade de cláusulas?**

O juízo homologatório partiria do seguinte pressuposto: da espontaneidade da colaboração e da legalidade das cláusulas. Então uma vez que ele homologou há uma presunção de legitimidade daquelas cláusulas que foram estabelecidas. Também penso que ainda vamos aprender muito com isso, pois o instituto é novo e as homologações são muito recentes. A questão é se o juiz, após homologar, poderia rever esse acordo. Isso cria uma insegurança, pois do ponto de vista da segurança jurídica tanto em relação ao MP quanto em relação ao colaborador. Uma vez homologado o acordo, há um contrato estabelecido pelas partes com força vinculante, justamente por ter tido homologação judicial. Então se ele pudesse ser

revisto a qualquer momento, ao invés de termos segurança, teríamos insegurança jurídica... por isso o acordo deve ser muito bem elaborado e acordado. E deve haver uma margem para que o juiz possa, diante da efetiva colaboração, diante dos fatos que vieram por meio do colaborador, essa colaboração possa ter realmente aquela eficácia que foi estabelecida entre as partes.

**Questão 07 - Como os acordos preveem penas que não estão previstas no CP e nem na LEP, é possível dizer que o acordo está “acima” da lei?**

Eu não diria que eles estão acima da lei, pois em regra nenhum acordo propriamente inovou as sanções legalmente estabelecida... e nem poderia. Ou via de regra estabeleceu uma pena privativa de liberdade ou estabeleceu uma restritiva de direito, ou uma multa com uma pena pecuniária, ou seja, elas estão dentro daquele espectro de sanção penal que temos previsto em nosso ordenamento jurídico. O que os acordos de uma maneira geral estabeleceram foram meios ou condições diferenciadas de cumprimento. Teria algum sentido? Me parece que pela natureza tem um certo sentido porque de certa forma é uma margem negocial que o colaborador e o MP possuem.

Temos uma regra que é possível a progressão após o cumprimento de 1/6 da pena, mas não seria viável seguir essa regra em um acordo, pois senão não haveria aquela relação custo benefício. Assim poderia haver uma perda tanto para o colaborador que poderia escolher ser condenado quanto para o estado que não obterias as informações.

Esses acordos têm se revelado muito mais eficaz do que aquilo que nós tínhamos até então (a incerteza se a pena seria cumprida). Então não vejo, de modo geral, que os acordos tenham extrapolado nesse sentido, eles não inovaram em termos de pena, pois as penas continuam sendo aquelas prevista em lei. O que se estabeleceu foi uma margem de razoabilidade em função da natureza do acordo. Senão não haveria vantagem de celebrar o acordo, principalmente do ponto de vista do réu.

O que se estabeleceu, talvez, foi até um modelo progressivo que funciona melhor do que aquilo que temos na prática. Não conseguimos ter um modelo progressivo real conforme prevê a lei (fechado, semiaberto e aberto), então temos várias decisões já estabelecendo a domiciliar com monitoramento, pois não tem condições de se cumprir de outra maneira. Então os acordos estabeleceram um “mix” dentro daquilo que já temos na prática. A regras ou a combinação, por

exemplo, de semiaberto com prestação de serviços em regra não poderia ter como condição de um regime semiaberto uma restritiva de direitos, então de certa forma é até uma pena mais rígida do que se ele tivesse sido condenado, por exemplo, pois na condenação o sujeito teria ou o semiaberto ou a restritiva de direitos. Então os acordos também têm combinado situações que, analisando detalhadamente, seriam incompatíveis pelo menos com a ótica que a jurisprudência hoje admite.

**Questão 08 - quais são os principais pontos positivos e negativos da celebração de contratos de colaboração premiada?**

Nós ganhamos um pouco em termos de certeza do resultado da investigação criminal. Nós tínhamos até então um modelo vigente em que não conseguíamos executar a pena. Com a celebração de acordos o avanço disso foi reconhecer, por exemplo, a possibilidade de execução com a confirmação em segunda instância. Se ganhou em termos da eficácia da resposta, de modo que os acordos tiveram êxito.

Do ponto de vista da jurisdição criminal, e na questão da execução, penso que o estado ganhou muito porque temos observado, principalmente nessa criminalidade organizada, que muito dos fatos que se conseguiram obter, muitas provas que se conseguem amearhar, pela metodologia tradicional nós não obteríamos com tanta rapidez ou talvez muitas não seriam nem possível obter, e isso fica muito claro, por exemplo, quando a gente vê esses casos de repercussão que tem sido divulgados pela imprensa e alguns que estão sob execução da justiça federal... por exemplo, documentos que precisariam de uma cooperação jurídica internacional. Até um passado muito próximo também a cooperação jurídica internacional era um instituto assim, que em relação ao Brasil a gente tinha pouco retorno. Então as vezes você levava anos para obter uma informação e muitas vezes você não tinha nenhuma eficácia nessa operação (por exemplo uma quebra de sigilo bancário, uma informação que você dependia de uma autoridade suíça...) Mas hoje não, hoje o próprio réu colaborador (como ele tem que fazer prova material de suas alegações) ele mesmo tem que apresentar um extrato que levaria anos para ser conseguido.

Então ele tem permitido e conseguido decifrar informações que nós, na metodologia tradicional de investigação não temos porque temos todo um aparato de investigação até então voltado para a pequena criminalidade. E agora estamos lidando com macrocriminalidade, com transnacionalidade da prática delitiva, o que torna cada vez mais difícil.

Então não há mais esse trabalho de investigação tradicional, são operação complexas. A colaboração nesse sentido veio como um instrumento, inclusive, de obtenção de prova e também, apesar da crítica que alguns sustentam, se ganhou também um instrumento de defesa porque para alguns réus o acordo foi a melhor solução. Aquele tradicional desafio da jurisdição criminal, com a perpetuação dos processos, com a tentativa de se reconhecer inúmeras nulidades, na verdade só prolongando o feito ganhou outro viés. Na perspectiva do réu, é muito importante ele saber quando um processo começa e quando ele termina e qual a consequência desse processo. Então a colaboração permite isso em relação a ele.

**Questão 09 - Como MP é o autor da ação, o que o Sr. acha sobre o fato de os delegados de polícia estarem pleiteando a legitimidade a celebração dos acordos de colaboração?**

Olha, eu tenho sérias dúvidas, não tenho uma resposta certa, mas eu tenderia muito mais a negar essa possibilidade no sentido de que eu não vejo óbice que a polícia federal ou civil, enquanto aparato do poder judiciário pudesse dar início as colaborações, desde que isso seja feito em conjunto com o Ministério Público. Primeiro por uma garantia do réu, pois quem garante que o procurador vai de fato vincular aquilo que foi estabelecido no acordo com o policial? Por outro lado, eu vejo que o sistema, pela forma como nosso sistema é desenhado, há uma “sujeição” polícia a fiscalização do MP, de modo que não seria razoável simplesmente retirar do MP essa ferramenta.

Eu não vejo óbice que a polícia desencadeie esse acordo, mas que o MP acompanhe e assine junto. Tem que haver a intervenção do MP

**Os acordos como estão já são suficientes ou deveriam ter melhorias?**

Considerando os acordo que eu acompanhei já houve uma evolução bem significativa, houve melhoramentos significativos nas cláusulas que tem sido estabelecidas, houve uma série de preocupações que no passado, até por ser um instituto novo, não se vislumbrou. Vejo que hoje melhorou muito, mas ainda há acordos que carecem de melhor elaboração, de melhor detalhamento. Por exemplo, as próprias consequência do descumprimento daquelas penas não tem previsão normativa no acordo. Seria ela obrigatória? Não, mas seria importante. Melhor detalhamento de algumas consequências...

**APÊNDICE C – Entrevista realizada com Marlus Arns Oliveira em 09/11/2017**

**Pergunta 1 - Ao celebrar um acordo de colaboração premiada, o Ministério Público e o advogado de defesa já “pensam” na execução? Há cláusula prevendo como o colaborador irá executar o acordo? Se sim, as cláusulas são suficientes?**

O acordo prevê as cláusulas de cumprimento da pena. Tem que imaginar o seguinte, quem homologa esse acordo é o juiz. Normalmente você faz um acordo antes da sentença, então quando o juiz homologa esse acordo nós já estamos na sentença. E, normalmente, esse acordo não é fechado, você não estipula as regras absolutamente fechadas, você estipula regras abertas, então há o critério do juiz que irá avaliar a efetividade da colaboração na sentença, e a pena será cumprida em margens a serem estipuladas, por exemplo: entre 5 e 15 anos, da seguinte forma: entre 1 e 3 anos no regime fechado, entre 1 e 3 anos no regime semiaberto, entre 1 e 3 no regime aberto...Considerando essa margem, o juiz irá determinar efetivamente a critério dele (considerando as previsões contidas nas legislações) e considerando a efetividade da colaboração. Então os acordos, geralmente, não têm uma previsão exata da pena e nem da forma de cumprimento da pena, mas se estabelecem critérios para isso, e o juiz é quem fixa a efetiva pena.

É possível considerar, por exemplo, na fixação da pena um percentual que já engloba todos os crimes caso o colaborador seja processado por outros crimes. Quando você faz um acordo de colaboração, o cliente confessa outros crimes que não estão naquelas ações penais, por exemplo. Esses outros crimes vão gerar outras ações penais, e o cliente vai ser condenado em outras ações penais. Então você já estipula, normalmente, uma pena alta para que o cliente não tenha que cumprir pena em outros processos também, cumprindo em apenas um processo.

Foi estipulada uma pena de 15 anos e o cumprimento ocorrerá da seguinte maneira: x no fechado, x no semiaberto, por exemplo. Frisa-se que muitas vezes fazemos um regime “semi diferenciado” (o sujeito pode trabalhar de dia, e de noite fica recluso em casa, ao invés de ficar no sistema prisional). Também pode haver um “aberto diferenciado” (regime aberto com prestação de serviços a comunidade como uma série de outras circunstâncias. Significa dizer: veio um segundo processo por conta de um crime que a pessoa confessou ou delatou no primeiro processo, a pena lá já está abarcada nesse processo e assim sucessivamente. A ideia é que a

pessoa, ao fazer o acordo (aqui estamos falando como advogado de defesa), é que a pessoa resolva o seu problema criminal, ou seja, naquilo que ela está sendo acusada, e também naquilo que ela trouxe de fatos novos, senão ficaria uma coisa sem efetividade, pois ela faz o acordo num processo, delata, mas responde pelos outros e não tem efetividade. Essa é a ideia do acordo.

**2 – Considerando-se que em um acordo estabeleceu-se como regime inicial para o cumprimento da pena o Fechado, domiciliar, com tornozeleira eletrônica, se o colaborador cometer alguma infração, o que acontecerá? Se ele retirar a tornozeleira, por exemplo, qual será a punição? Ele irá regredir de regime? Mas para qual regime? Ele já não está em regime fechado?**

Justo esse ponto não tem uma resposta. Quando se estabelecem regimes que não estão previstos na LEP, regimes diferenciados que não tem previsão, muita gente prevê que esses acordos não poderiam ser celebrados, mas o fato é que na maioria dos casos são aplicados regimes diferenciados.

Não se sabe o que fazer quando há descumprimento. Claro, há alguns casos que estão em discussão, nos quais houve o descumprimento, seja das condições do acordo, seja das condições do cumprimento da pena. Por exemplo, no acordo não se confirmou o que a pessoa disse, isso equivale a um descumprimento do acordo. O Ministério Público, nesses casos, pede a quebra do acordo. E se quebrar o acordo, para que regime a pessoa regride?

Temos casos em que a pessoa descumpriu condições da pena, não esteve em casa no período noturno, por exemplo, o que acontece? O MP pediu a regressão do regime, mas regride para qual regime? Não se sabe porque a lei não prevê esses regimes. A LEP somente prevê a regressão de regime para os casos de regimes normais, não para regimes diferenciados. No Paraná esse problema tem sido resolvido pela 12ª vara federal, que é justamente a vara de execução da pena. Os acordos da Lava Jato são homologados na 13ª Vara Criminal, pelo juiz Sergio Moro, mas o cumprimento da pena é definido na 12ª Vara Criminal.

**Questão 3 – Qual a consequência de eventual cometimento de falta grave? O acordo será rompido ou simplesmente haverá uma regressão de regime? Não somente no caso do lacre, mas considerando faltas graves de modo geral.**

Opinião pessoal - O descumprimento de uma cláusula da execução da pena não rompe o acordo, pois o acordo permanece hígido porque ele trata de conteúdo

de informação. O Descumprimento do acordo, em se tratando, especificamente, de uma cláusula de execução da pena vai ser discutido somente no que diz respeito a execução da pena, (questão analisada na pergunta anterior e que deverá ser respondida pelo juiz no caso concreto). Mas a meu ver, por um descumprimento da execução da pena não pode acontecer. O descumprimento do acordo vai se dar nas cláusulas que a lei prevê, ou seja, de que o colaborador tenha mentido, omitido, falseado com a verdade. Mas se teve um problema apenas na execução da pena, por exemplo, a quebra do lacre ou alguma outra coisa, isso é um problema de execução da pena que não vai romper o acordo.

Quebra de acordo por descumprimento de execução da pena não pode haver.

**Questão 4 – Qual a consequência de eventual descumprimento de cláusulas do acordo? O colaborador perderá todos os benefícios até então adquiridos? E se o contrato em si for quebrado?**

O acordo e a própria lei preveem que se abra um incidente para verificação de quebra de acordo. É como se fosse uma ação de justificação da quebra do acordo. Isso já aconteceu em vários casos. O MP ou o próprio juiz chama a pessoa para esclarecer. Se a pessoa esclarece os pontos e o juiz e o MP se dão por satisfeitos, o acordo permanece válido. Agora se a pessoa mentiu, ou não comprovou aquilo que ela falou, ou pior, acusou alguém de forma falsa, e o juiz considerar e o MP considerar que houve quebra de acordo, a pessoa perderá todos os benefícios do acordo, e assim cai inclusive a execução da pena porque a pessoa vai voltar para a prisão normal e vai responder ao processo normal como se não tivesse havido o acordo. O Ministério Público poderá aproveitar tudo aquilo que a pessoa relatou e a pessoa perde todos os benefícios.

**Questão 05 – Sabe-se que o colaborador se compromete a dizer a verdade, mas caso não o faça, não responderá por crime, como uma testemunha, por exemplo. Assim, caso o colaborador tenha cometido o crime de calúnia, por exemplo, durante o seu depoimento, o que acontecerá se houver a quebra do contrato? Ele passará a responder por todos os crimes, inclusive o de calúnia?**

Ele responderá pelo crime de denunciação caluniosa. Há casos em que a pessoa está sendo acusada de crime e obstrução à justiça, por exemplo, e a pessoa responderá por aquele fato que se amoldar ao tipo penal.

Para a execução dos acordos mesmo o juiz utiliza a LEP e o CP, mas para esses regimes diferenciados que foram criados, a vara de execução penal terá que decidir como resolver esse assunto. Mas em termos de detração, de rescisão, de revogação de regime e demais situações, a Vara de execução penal terá que decidir, pois a lei de execuções penais não possui previsão alguma.

**Questão 06 - O acordo, necessariamente, vincula o juiz? E O juiz tem que homologar esse acordo se não houver abusividade de cláusulas?**

O juiz que homologa o acordo – a homologação do acordo está submetida/sujeita aos critérios que a lei prevê. Que é basicamente verificar a voluntariedade do colaborador. Então depois que o MP e defesa fecharam o acordo, o assinaram, colheram os depoimentos do colaborador isso deverá ser levado ao juiz. E o juiz verifica se o colaborador não foi obrigado a fazer o acordo. Se o colaborador deixar claro na audiência que ele quis fazer o acordo, que foi voluntário, que ele não foi pressionado, cabe ao juiz homologar o acordo.

Nesse momento o juiz não tem poderes, segundo a lei, para verificar se o acordo é bom, se é ruim, se está certo ou se está errado. Ele simplesmente verifica a voluntariedade do colaborador e homologa o acordo.

Outro ponto: Se o juiz na sentença está vinculado ao acordo. A lei não dispõe sobre isso, mas o entendimento hoje é o de o juiz, infelizmente, não está vinculado ao acordo. Significa dizer que na sentença, o juiz que homologou o acordo não está vinculado àquele acordo. O que se sabe é que os juízes têm respeitado o acordo, mas por força de lei eles não estão vinculados.

Acredito que é por isso que o acordo sempre deixa uma margem de pena (entre 1 e 3 anos, por exemplo) para que o juiz possa usar a efetividade do acordo para estabelecer uma pena maior ou menor dentro dos critérios que foram estabelecidos.

O juiz da execução penal não tem poder algum para avaliar o acordo, ele simplesmente recebe o acordo para dar cumprimento.

Ler a Máfia dos Sangue Sugars, é um exemplo no qual o juiz não homologou o acordo porque a pessoa que fez a colaboração delatou os seus subordinados. E a colaboração não pode ser utilizada como um salvo conduto para praticar crimes, ou seja, você não pode simplesmente praticar um crime e dizer que quem o praticou foi o seu subordinado (gerente, empregado). O acordo de colaboração serve para que a polícia e o ministério público subam na cadeia da investigação para sempre alcançar

personagens acima de quem delata. – Nesse caso o juiz não avaliou somente a voluntariedade, mas também um aspecto mais prático,

“Acredito que a lei deveria estipular mais poderes ao juiz no momento de homologar o acordo”.

**Questão 07 - Como os acordos preveem penas que não estão previstas no CP e nem na LEP, é possível dizer que o acordo está “acima” da lei?**

É uma crítica que se faz, e a meu ver, na prática, não é possível dizer que o acordo está acima da lei, mas que ele vale como se lei fosse e, na prática, é isso que tem ocorrido.

Na teoria não é possível, mas na prática é o que tem ocorrido. E não há que se falar que ele está acima da lei, pois ele não descumpra a lei, mas talvez esteja valendo como se lei fosse.

**Questão 08 - quais são os principais pontos positivos e negativos da celebração de contratos de colaboração premiada?**

O acordo de colaboração é uma mudança paradigmática no direito penal porque a gente inclui no Brasil um direito penal de negociação, um direito penal negocial. Em 1995, com a lei dos juizados especiais, trouxemos dois instrumentos, quais sejam: a transação penal e a suspensão condicional do processo, que já eram dois instrumentos como os quais se podia negociar o direito penal. E isso é totalmente contrário ao direito penal tradicional. E com a colaboração premiada você aumenta esse aspecto para poder abrir uma negociação de crimes ainda mais graves. Porque a negociação e a transação são para crimes de menor potencial ofensivo, com pena de até dois anos. E agora você está negociando crime de corrupção, de lavagem de dinheiro, de concussão, de organização criminosa, corrupção ativa e passiva... são crimes graves, e você está fazendo uma negociação. Então é uma verdadeira mudança de paradigma.

Olhando sob os olhos da defesa, para aqueles casos em que você não tenha uma defesa técnica possível, ou seja, que a prova seja totalmente contrária ao seu cliente, é uma alternativa a utilização desse acordo como uma estratégia de defesa em que você vai cumprir uma pena, vai perder todo o produto obtido através de crimes, vai pagar uma multa, mas vai saber como vai cumprir a sua pena. Esse é um ponto positivo.

O ponto negativo dos acordos é que o estado brasileiro ainda não está totalmente aparelhado para fazer esses acordos porque você tem em operações

específicas como a lava jato procuradores muito preparados para isso, mas em outros casos, em cidades do interior ou mesmo em capitais, nos casos em que o ministério público não esteja preparado, você não tem um acordo. As pessoas ainda vão ter que aprender a fazer esses acordos, e esse é o problema. E principalmente o fato de que há repercussões cíveis e tributárias que não estão previstas no acordo. Então as pessoas que fazem o acordo acabam respondendo por processos cíveis e tributários. E, a meu ver, você teria que ter um acordo que envolvesse todas essas questões, então eu acredito que hoje não é o momento adequado por causa da turbulência política do país, mas que em algum momento vai haver uma alteração na legislação, a legislação vai se aprofundar, criar regras mais claras para o acordo (inclusive de como fazer o acordo), e vai melhorar o sistema.

Se continuarmos como está, eu acho que a tendência é que os acordos percam força e deixem de ser utilizados porque você acaba não tendo uma segurança jurídica dos acordos. Então é assim que hoje eu estou enxergando o problema do acordo.

**Questão 09 - Como MP é o autor da ação, o que o Sr. acha sobre o fato de os delegados de polícia estarem pleiteando a legitimidade a celebração dos acordos de colaboração?**

A lei é clara e concede poderes tanto para a polícia quanto para o Ministério Público. Em que pese o Ministério Público, hoje, entender que a polícia não pode fazer o acordo, e, inclusive ter promovido uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5508) em face de dispositivos da Lei 12.850/2013 para que só ele (MP) possa fazer os acordos, a meu ver, há duas soluções: a) uma modificação da lei, ou b) a polícia pode fazer os acordos, sim. Existe uma disputa de poderes entre o Ministério Público e a Polícia, que não se dá somente nesse caso, mas também se deu lá atrás quando o MP discutia se ele podia investigar ou não. A meu ver, a investigação é papel da polícia e não do MP.