

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

Thales de Oliveira Messias

O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA, NO ÂMBITO DA LEI N°
12.850/13, À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

UBERLÂNDIA

2021

Thales de Oliveira Messias

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA, NO ÂMBITO DA LEI Nº
12.850/13, À LUZ DA TEORIA DO BEM JURÍDICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, da Universidade Federal de Uberlândia, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^a. Simone Silva Prudêncio

UBERLÂNDIA

2021

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do instituto da colaboração premiada, no âmbito da Lei nº 12.850/13, sob o enfoque da teoria do bem jurídico. A fim de levá-lo a efeito, explorou-se o desenvolvimento da teoria do bem jurídico, desde as suas origens iluministas até a sua aplicação mais recente; realizou-se uma digressão no tempo, localizando as primeiras experiências colaborativas no ordenamento jurídico brasileiro, até a sua efetiva regulamentação, com o advento da Lei nº 12.850/13; bem como submeteu-se a prática colaborativa à análise, sob crivo da teoria do bem jurídico. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica conjugada com a análise: a leitura de livros, a revisão de trabalhos científicos e o estudo da legislação pertinente ao tema, com o fito de se compreender o bem jurídico e a sistemática da colaboração premiada, assim como o emprego do método hipotético-dedutivo, a fim de se conceber como eventualmente se portariam os bens jurídicos envolvidos no evento colaborativo. A conclusão foi a de que, respeitados os bens jurídicos individuais e metaindividuais implicados na colaboração, o instituto da colaboração premiada concorreria ao robustecimento dos bens jurídicos.

Palavras-chave: Lei nº 12.850/13, Colaboração Premiada, Bem Jurídico, Direito Penal, Direito Processual Penal, Filosofia Jurídica.

ABSTRACT

The present work has as objective the study of the defendant's cooperation agreement, in the Law 12.850 /13, from the perspective of the theory of the juridical asset. In order to carry it out, the development of the juridical asset theory was explored, from its enlightenment origins to its most recent application; a digression in time took place, locating the first collaborative experiences in the Brazilian legal system, until its effective regulation, through Law 12.850/13; as well as the collaborative practice was submitted to analysis, under the scrutiny of the juridical asset theory. The methodology used was bibliographic research combined with analysis: reading books, reviewing scientific papers and studying legislation relevant to the topic, in order to understand the juridical asset and the systematic of the defender's cooperation agreement as well as the use of the hypothetical-deductive method, in order to conceive how the juridical assets involved in a defender's cooperation agreement would behave. The conclusion was that, respecting the individual and meta-individual juridical assets involved in the defender's cooperation agreement, it can contribute to the strengthening of the juridical assets.

Keywords: Law 12.850 /13, Defendant's Cooperation Agreement, Juridical Asset, Criminal Law, Criminal Procedure Law, Philosophy of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	5
2	A FIXAÇÃO DAS BASES DO BEM JURÍDICO	7
2.1	A violência judicial descomedida: uma herança medieval	7
2.2	O humanitarismo e o advento da racionalidade jurídica.....	9
2.3	Feuerbach: direitos subjetivos.....	11
2.4	Birnbaum: direitos materiais.....	13
2.5	Binding: positivismo jurídico.....	14
2.6	Von Liszt: as primeiras incursões sociológicas	16
2.7	Neokantismo e o valor ético-social	18
2.8	Funcionalismo sistêmico: sociedade orgânica e integrada.....	21
2.9	Teorias constitucionalistas: o bem jurídico oriundo da ordem constitucional	26
3	UMA DIGRESSÃO TEMPORAL ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	33
3.1	Colaboração premiada e Ordenações Filipinas	33
3.2	As bases legais da colaboração premiada a partir da década de 1990	37
3.2.1	Lei nº 8.072/90	38
3.2.2	Lei nº 9.034/95	39
3.2.3	Lei nº 9.080/95	40
3.2.4	Lei nº 9.099/95	42
3.2.5	Lei nº 9.269/96	47
3.2.6	Lei nº 9.613/98	48
3.2.7	Lei nº 9.807/99	49
3.2.8	Lei nº 11.343/06	51
3.2.9	Lei nº 12.683/12	52
3.2.10	Um breve interregno.....	52

3.2.11	A Lei nº 12.850/13	56
4	ROBUSTECIMENTO OU FRAGILIZAÇÃO DE BENS JURÍDICOS? – A COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DO BEM JURÍDICO	74
4.1	O bem jurídico como técnica de tutela de valores	74
4.2	Colaboração premiada: meio de obtenção de prova	76
4.3	A colaboração premiada e a tutela dos bens jurídicos	77
4.3.1	A generalidade prática a partir de dados concretos	78
4.3.2	Da colisão entre bens individuais e metaindividuais	83
5	CONCLUSÃO	93
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

1 INTRODUÇÃO

Desde antes da sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, levada a efeito por ocasião da promulgação da Lei nº 12.850, em agosto de 2013, o uso de expedientes colaborativos, sobretudo quando de sua mais ampla aplicação nos procedimentos afeitos ao caso Banestado, figuram como objeto de grande interesse no meio jurídico e também fora dele. Se de um lado há vozes a propalar que, por conta da sua característica marcadamente contratual – em que predomina o consenso entre as partes interessadas, em contraste com um sistema jurídico em que, na seara penal, prevalece o interesse público sobre o interesse privado –, da carência de dispositivos legais aptos a viabilizarem um sistema de garantias assentado em direitos fundamentais ou de pruridos meramente morais, é imprestável o instituto da colaboração premiada ao ordenamento jurídico brasileiro; lado outro, há outras tantas a propugnar pela sua compatibilidade com o nosso sistema não apenas por conta da sua eficiência como também de sua imprescindibilidade no combate ao crime, principalmente quando organizado. De modo que de há muito a colaboração premiada é objeto de infundáveis controvérsias, acirradas ainda mais na segunda década do século XXI, com o advento da Lei nº 12.850/13.

Repute-se, pois, verossímil uma ou outra perspectiva, entre as duas apresentadas, importa que seja ela respaldada por critérios jurídicos radicados na razão, arrimada por balizas comprometidas com o ensejo e a garantia de um direito penal mínimo. Não por outro motivo o presente trabalho tem por objetivo a análise do instituto da colaboração premiada a partir da teoria do bem jurídico. Afinal, a despeito de opiniões adversas, a noção de bem jurídico, conforme se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, assomou-se como um elemento essencial na edificação do pensamento penal moderno, preocupado com a limitação do poder estatal bem como com a defesa de direitos humanos.

Para tanto, o trabalho será construído a partir de três eixos principais, quais sejam: bem jurídico, colaboração premiada e análise, por sua vez dispostos separadamente em seções diversas.

Na segunda seção, dedicada à teoria do bem jurídico, retrocederemos às ideias iluministas do século XVIII, as quais servirão de inspiração à crítica do sistema jurídico então vigente, destituído de limitações seguras ao direito de punir do Estado, bem como à edificação daquilo que chamamos hodiernamente de direito penal moderno, arrimada na noção primordial de bem jurídico. Abordaremos os autores bem como as correntes filosófico-dogmáticas centrais que se propuseram a desenvolver a ideia de bem jurídico. Neste sentido, falaremos de Feuerbach

e de seus direitos subjetivos, de Birnbaum e de seus direitos materiais, de Binding e a noção positiva de bem jurídico, da perspectiva sociológica de von Liszt, das teses axiológicas neokantianas, das teorias sociológico-sistêmicas bem como das mais recentes teorias constitucionais.

Na terceira seção, realizaremos uma digressão acerca do instituto da colaboração premiada, apontando como as suas origens o sistema penal estadunidense, pautado pelo consenso, bem como discorreremos sobre a sensibilização do ordenamento jurídico brasileiro a tais influxos a partir da década de 1990, quando uma série de leis dotadas de institutos colaborativos foram promulgadas e passaram a vigor no Brasil. Discutiremos cada uma delas bem como os seus respectivos dispositivos, passando pela experiência colaborativa proporcionada pelo caso Banestado, ao final da década de 1990, até chegarmos finalmente a 2013, ano em que foi promulgada a Lei nº 12.850 e regulamentado o instituto da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, ao tratarmos da colaboração premiada no bojo da lei retro mencionada, apontaremos ainda as mudanças mais recentes produzidas pela Lei nº 13.964/19.

Na quarta seção, por fim, submeteremos ao crivo do bem jurídico o instituto da colaboração premiada, constante da Lei nº 12.850/13. Com este fito, contrastaremos bens jurídicos individuais com aqueles metaindividuais, a partir do que extrairemos a conclusão se o instrumento colaborativo terá capacidade de concorrer ao robustecimento dos bens jurídicos tutelados pelo Estado.

2 A FIXAÇÃO DAS BASES DO BEM JURÍDICO

Já bem dentro do século XVIII, a prática e a dogmática penais ainda se encontravam sob os auspícios da, assim denominada, ordem jurídica medieval, marcada por um direito penal afeito a fatos concretos e cujo legado jurídico remontava ao material deixado pelos práticos dos séculos passados, consubstanciado no *Corpus Juris Romano* (GROSSI, 2014). Com efeito, parcela substantiva dessa composição jurídica estava voltada à repressão de condutas majoritariamente atentatórias à moral cristã: porquanto frequentemente identificado o crime com a noção religiosa de pecado, o castigo se assomava aqui como instrumento expiatório, concretizado mediante a repressão atroz e arbitrária, prisões e torturas judiciais, afora tantas outras indignidades infligidas aos corpos dos criminosos, que, entretanto, figuravam somente como uma etapa ao objetivo final da pena, que não era outro se não a extinção do ser com a morte do indivíduo (HUNT, 2009).

Paralelamente à hegemonia de ideias, para me valer da expressão cunhada por Karl Popper (1974), próprias de sociedades fechadas, vicejavam, paulatinamente, ideias que não apenas questionavam, mas, sobretudo, divergiam das antigas práticas. Tais concepções, mais tarde reunidas sob o epíteto iluminismo, infundiram os seus efeitos sobre os rumos dados aos direito penal, proporcionando a ocorrência de diversas transformações, tal qual a transposição de antigos entraves ao pleno desenvolvimento do indivíduo, mas também dando ensejo ao desenvolvimento de tantos outros problemas, cujas soluções subsequentes, ou ao menos as suas respectivas perquirições, nos lançaram no atual estágio em que o bem jurídico, com todas as suas vicissitudes, ainda jaz como centro gravitacional da reflexão, produção, tipificação e aplicação da pena.

2.1 A violência judicial descomedida: uma herança medieval

Humilhações públicas, espoliações, açoites, marcação a ferro, privação de sono, ferroadas, afogamentos, troncos, pelourinhos, mutilações, execuções por arrastamento, massacres, fogueira, enforcamento, esquartejamento: eram apenas algumas das tantas mostras do mais lancinante plexo de expedientes brutais que figurava, via de regra, como parte integrante da paisagem penal medieval (HUNT, 2009). Tal conjuntura projeta-se no tempo e permanece praticamente intacta até a segunda metade do século XVIII.

Em seu livro *A Invenção dos Direitos Humanos*, a senhora Lynn Hunt (2009, p. 70) descreve muito brevemente a reputada história de Jean Calas, condenado pelo Tribunal da

cidade francesa de Toulouse por ter assassinado o seu próprio filho por razões supostamente religiosas:

Em 1762, no mesmo ano em que Rousseau usou pela primeira vez o termo "direitos do homem", um tribunal na cidade de Toulouse, no sul da França, condenou um protestante francês de 64 anos chamado Jean Calas por assassinar seu filho para impedir que ele se convertesse ao catolicismo. Os juízes condenaram Jean à morte pelo suplício da roda. Antes da execução, Calas primeiro teve de suportar uma tortura judicialmente supervisionada conhecida como a "questão preliminar", que se destinava a conseguir que aqueles já condenados nomeassem seus cúmplices. Com os punhos atados bem apertados a uma barra atrás dele, Calas foi esticado por um sistema de manivelas e roldanas que puxava firmemente seus braços para cima, enquanto um peso de ferro mantinha os pés no lugar (figura 3). Quando Calas se recusou a fornecer nomes depois de duas aplicações, foi atado a um banco e jarros de água foram despejados à força pela sua garganta, enquanto a boca era mantida aberta por dois pauzinhos (figura 4). Pressionado de novo a citar nomes, diz-se que ele respondeu: "Onde não há crime, não pode haver cúmplices."

Contudo, o suplício de Calas não cessou aí. Afinal, exigia-se dele mais nomes, dos seus cúmplices, e estes nomes não haviam sido ainda devidamente confiados ao Tribunal:

A morte não se seguia imediatamente, nem se pretendia que assim fosse. O suplício da roda, reservado aos homens condenados por homicídio ou assalto na estrada, ocorria em dois estágios. Primeiro, o carrasco atava o condenado a uma cruz em forma de X e esmagava sistematicamente os ossos de seus antebraços, pernas, coxas e braços, desferindo em cada um deles dois golpes brutais, por meio de um sarilho preso à corda ao redor do pescoço do condenado, um assistente embaixo do cadafalso então deslocava as vértebras do pescoço com puxões violentos na corda. Enquanto isso, o carrasco fustigava a cintura com três golpes fortes da vara de ferro. Depois o carrasco descia o corpo quebrado e o prendia, com os membros torturantemente inclinados para trás, a uma roda de carruagem em cima de um poste de três metros. Ali o condenado permanecia bastante tempo depois da morte, concluindo "um espetáculo muito terrível". Numa instrução secreta, o tribunal concedeu a Calas a graça de ser estrangulado depois de duas horas de tormento, antes que seu corpo fosse ligado à roda. Calas morreu ainda protestando inocência.' (HUNT, 2009, p. 73)

Embora, como não poderia deixar de ser, dotada de particularidades inerentes a todo e qualquer caso específico, a história de Calas é representativa das experiências jurídicas sistematizadas e preponderantemente levadas a efeito no período histórico que se convencionou designar por Idade Média, mas que foram renitentemente replicadas até a segunda metade do século XVIII na Europa Ocidental (HUNT, 2009). Tal conjuntura jurídica, todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não estava completamente deslocada do seu contexto social e

político mais amplo. Pois, retrocedendo um pouco no tempo, muito embora o movimento cultural, econômico e político, a que se cunhou o nome de Renascimento, tenha oportunizado uma inflexão drástica na vida humana, trazendo luz ao seu pensamento mediante um esforço racional, relacionado com a necessidade de organizar a vida desde um conhecimento pautado, antes de mais nada, pela lógica científica, e, conseqüentemente, a reposicioná-la no mundo a partir de uma perspectiva humanista, tais influxos foram engolfados, em sua essência, por forças avessas ao pragmatismo e à realidade (POPPER, 1974). Destarte, enquanto restava praticamente intacta a perspectiva religiosa transcendental em que estava assentada a sociedade europeia do século XVIII, então hierarquicamente segmentada em estados, o poder secular se concentrava nas mãos de um único soberano, a consolidar a existência dos incipientes Estados-nação europeus (ELIAS, 1993).

2.2 O humanitarismo e o advento da racionalidade jurídica

Pois bem. Em meados do século XVIII, a emergência e a pujança da nova classe média mercantil, no seio da sociedade aristocrática de corte, que trazia consigo uma concepção mais materialista e pragmática acerca da vida humana, afora, em consonância com Elias (1997), um código de conduta que, em contraste com o código guerreiro aristocrático, era pautado por princípios humanitários e de igualdade, induziu a adoção mais ampla da percepção de que algo tão irrefletido como o nascimento não poderia explicar a diferença entre os seres humanos. Concomitantemente a isso, no âmbito das ciências e da filosofia, nova guinada à racionalização da vida humana, com vistas à proscrição daqueles elementos místicos e irracionais, serviu de pavimento à paulatina ascensão de um renovado conjunto de ideias, cujo substrato, a despeito de eventuais variações, teria por arrimo o ser humano enquanto objeto e fundamento de reflexão. Dentre essas ideias emergentes, figura de maneira inequívoca a impressão utilitarista de justificação do Estado, a caracterizar o jusnaturalismo contratual, especialmente elaborado pelas teorias de Hobbes e Locke, de um Estado erigido a partir da necessidade humana de abandonar o seu estado de natureza, qual seja, aquele estado em que inexistia organização política, para que, destarte, seja possível gozar dos benefícios de se viver em sociedade:

As teorias políticas do jusnaturalismo contratual foram todas, essencialmente, doutrinas utilitaristas de justificação externa do então nascente Estado moderno, do qual repudiaram a idéia de uma fundação apriorística – natural, ética ou religiosa. Tal ponderação resta exemplarmente evidente em Locke, que concebeu o Estado como meio para salvaguardar os direitos naturais dos indivíduos da precariedade do estado natural. O mesmo vale também para

Hobbes, que não deixou de fundar a sua teoria a respeito daquele "homem artificial que é o Estado" sobre o direito natural, e de justificar, por meio de um constante paralelismo entre leis naturais e leis civis, os conteúdos destas. (FERRAJOLI, 2002, p. 181)

Sendo o Estado, em consonância com a perspectiva política contratualista, uma entidade abstrata à qual estaria reservada a incumbência da tutela de direitos inerentes ao ser humano, visando à preservação do pacto social entabulado pelos indivíduos socialmente organizados, possível depreender, pois, de tal concepção que o objetivo precípua do direito penal seria o de se despojar de concepções ético-religiosas para a adoção de uma percepção de delito assentada na violação de direitos naturais dos indivíduos reconhecidos por meio de normas.

Tendo por substrato toda esta compostagem, este húmus intelectual e empírico, que demoveram o indivíduo, com todas as suas vicissitudes, incluindo aqui aquelas de cariz anímico, de sua antiga acomodação no mundo, eclipsado por questões metafísicas e ascéticas, à posição em que figurava como o seu principal ator, objeto de interesse precípua assim como elemento essencial na reflexão acerca do mundo, abriu-se caminho ao florescimento das mais diversas tendências dogmáticas e científicas que se propuseram a repensar o sistema penal tradicional de crime e castigo, pautado por crueldades em que a tortura figurava apenas como uma delas, bem como a definir e estruturar aquilo que tomamos hoje por crime:

A tortura terminou porque a estrutura tradicional da dor e da pessoa se desmantelou e foi substituída pouco a pouco por uma nova estrutura, na qual os indivíduos eram donos de seus corpos, tinham direitos relativos à individualidade e à inviolabilidade desses corpos, e reconheciam em outras pessoas as mesmas paixões, sentimentos e simpatias que viam em si mesmos. (HUNT, 2009, p. 112)

Note, portanto, a reviravolta proporcionada pelo acolhimento da concepção de ser humano desenvolvida por Kant (2008), como um ente moral e, conseqüentemente, um fim em si mesmo, a embalar a inflexão da lógica jurídica medieval, pautada por ideias ascéticas ou místicas, rumo à racionalidade. Transição esta que culminou na, por assim dizer, virada jurídico-penal, que vagarosamente, embora com ímpeto cada vez maior, ocorria e viria a se consolidar no século XIX.

Em face de tais movimentações, cada vez mais se ouvia, já não mais tão distante, o paulatino vociferar de incipientes reivindicações civilizatórias impulsionadas por ideias iluministas. E dentre estas, as fornecidas por talvez o principal arauto do pensamento reformista no âmbito jurídico-penal, o então jovem aristocrata milanês Cesare Beccaria Bonesana.

Educado na França, ou seja, no epicentro do sismo iluminista, Beccaria foi, se não a primeira, certamente a mais célebre reação à irracionalidade bem como à barbárie perpetradas no âmbito jurídico pelo antigo regime (MELO, 2005). Em sua obra, *Dos Delitos e Das Penas*, influenciado pelas ideias ilustradas francesas, Beccaria questionara o caráter das sanções, postulava pelo direito de defesa no seu sentido mais amplo, e, sobretudo, rechaçara com veemência a pena capital assim como a prática de tortura – pelo menos da forma como era levada a efeito no sistema tradicional, aberta ao amplo público e destituída de qualquer proporcionalidade (BITENCOURT, 2012). Note, pois, que, com a sua veemente crítica, dirigida ao sistema penal de sua época, pretendia Beccaria a modulação do direito penal pela via da racionalidade. Para tanto, propugnava uma série de mudanças no âmbito do direito penal, visando, ao fim e ao cabo, a uma proporcionalidade entre crime e pena dentro de uma lógica racional, desafeta ao misticismo até então levado a efeito sob a jurisdição de uma ordem jurídica tipicamente medieval.

Não demorou para que os reclamos civilizatórios de Beccaria granjeassem tónus o suficiente para reverberar nos mais elevados círculos iluministas espalhados por toda a Europa continental e, ainda que indiretamente, influenciar o despontar e a edificação daquilo a que se convencionou chamar de direito penal moderno, pautado pela ideia mais abrangente de limitação do direito de punir do Estado (MELO, 2005). Com isso, impelidos cada vez mais pela confiança no Estado como entidade incumbida do dever imprescindível de assegurar a plena observância de direitos individuais, de modo a proporcionar aos indivíduos o seu desenvolvimento em sociedade, uma série de autores, dentre os quais destaca-se aqui Feuerbach, Birnbaum, Binding e Von Lizst, tendo por ponto de apoio a crítica à crueldade e à arbitrariedade então vigentes, tomaram para si próprios a demasiado árdua tarefa de repensar as bases do direito penal, a fim de reassentá-lo sobre bases pretensamente humanitárias e racionais.

2.3 Feuerbach: direitos subjetivos

Consoante aduzido anteriormente, até bem dentro do século XVIII, o âmbito jurídico-penal avançava intransigentemente pelas mais diversas esferas da vida humana, tomando por objeto seu toda sorte de condutas humanas, estivessem elas postadas no campo da moralidade ou da ética, fossem elas de cunho ideológico ou religioso. Sem encontrar muitas restrições ao seu desenvolvimento, em especial limitações objetivas, respaldadas pela racionalidade jurídica, o poder de punir estatal expandia-se ao sabor das contingências decorrentes do exercício do

poder político. Foi sob os influxos do vagalhão das ideias iluministas, na esteira da necessidade de contenção do poder estatal, relacionado ainda com a sistematização da prática jurídica, que Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach trouxe à lume as suas ideias.

Filósofo germânico que viveu entre fins do século XVIII e princípios do XIX, Feuerbach representou, por meio de suas ideias, uma significativa investida no sentido do desenvolvimento e sistematização da dogmática jurídica moderna, na medida em que colocou no centro de suas incursões filosóficas, a concepção jusnaturalista de direito natural. A partir deste centro matricial, propugnou então pela existência de direitos subjetivos, ou seja, direitos inatos, inerentes a todo e qualquer indivíduo, tais quais a vida, a liberdade, a propriedade e a honra, que, pelo simples fato de serem próprios da espécie humana, deveriam figurar como objeto de tutela pelo Estado. Bem. Se o indivíduo nasce com direitos que lhe são próprios, superiores, imutáveis e indelévels, descolados, portanto, de qualquer sorte de produção ou manipulação humana, posto que decorrentes de sua própria condição existencial, imanentes a ela, portanto, tais direitos antecedem a todo o ordenamento, seja ele político, seja ele jurídico. E justamente pelo fato de serem reconhecidos como imanentes a todo indivíduo, precedendo mesmo ao ordenamento jurídico posto e à norma, a legitimidade do Estado estaria subordinada ao respeito desses direitos inatos do homem. E de tal modo que a desconsideração pelo Estado desses mesmos direitos subjetivos implicaria necessariamente na sua extinção, haja vista que violadas as premissas mais basilares da sua própria razão de ser. Afinal, se vigente um contrato social entabulado entre indivíduos civilmente organizados e Estado, cujo objeto precípua deste pacto é, grosso modo, a possibilidade de uma vida harmoniosa em sociedade, proporcionando aos indivíduos o seu desenvolvimento, nada mais lógico e razoável do que se concentrar o Estado na proteção de tais direitos subjetivos. (MELO, 2005)

Note, portanto, que, sob o pálio do mais franco contratualismo, a técnica de tutela de direitos subjetivos engendrada por Feuerbach auferia pelo menos um dos propósitos mais caros aos anseios iluministas, qual seja: o de impor restrições ao poder soberano, inclusive sob sua perspectiva penal. Pois, ao serem perfilhadas as balizas necessárias à proteção daquilo que há de mais relevante para a sociedade e, portanto, merecedor da tutela estatal, mediante a sua intervenção mais drástica, qual seja, a intervenção penal incriminadora, tem-se, como o seu corolário, a delimitação do poder ofensivo do Estado sobre o indivíduo. Em outros termos, a adstrição da sanção penal àquelas condutas com idoneidade a lesar ou ao menos ameaçar de lesão objetos tutelados pelo Estado, aos quais, conforme visto, Feuerbach designou por direitos subjetivos, em termos práticos significou uma reação categórica em desfavor da arbitrariedade

perpetrada até bem dentro do século XVIII pelo Estado e consubstanciada na vontade do soberano. (MELO, 2005)

Ainda como desdobramento da adoção da concepção de direitos inatos do indivíduo, há se considerar ainda o tão desejado desterro, no domínio da técnica legislativa, da tipificação de condutas meramente reprováveis nos campos moral, ético ou religioso, forjando assim, ainda que por vias transversas, as bases ao legalismo penal. (MELO, 2005)

Com Feuerbach, portanto, novo impulso foi dado à marcha, principiada pelas reflexões iluministas reformistas, rumo à racionalização do direito penal, com foco na sistematização dogmático-penal. Para tanto, tomou a preocupação com a lesão ou o risco de lesão a direitos subjetivos do indivíduo por núcleo material do seu injusto penal, que deste modo passou a caracterizar a figura delitiva.

2.4 Birnbaum: direitos materiais

Embora partindo de preceitos jusnaturalistas e motivado pela mesma aspiração, compartilhada por autores intelectualmente filiados ao ideário iluminista, de se delimitar o quanto mais possível a atividade punitiva do Estado, as formulações teóricas de Johann Michael Franz Birnbaum de certo modo antagonizaram com o cabedal teórico, assentado sobre a concepção de direito subjetivo, desenvolvido por Feurbach. E assim se deu, pois, no lugar conferido a direitos subjetivos, Birnbaum colocou a tutela de bens a que designou por materiais (MELO, 2005). Em termos bastante gerais, ao verificar que, mesmo tendo por núcleo material do delito a lesão a direitos subjetivos, o direito penal ainda permanecia, por assim dizer, inflacionado, a alcançar condutas que atentavam contra o seu caráter fragmentário, ao mesmo tempo em que reconhecia a imprecisão científica do termo direito subjetivo, Birnbaum propugnou pela substituição do seu conteúdo material, notadamente abstrato, por dados concretos da vida, passíveis de serem extraídos do mundo tangível: bens materiais, portanto (MELO, 2005).

Visando a limitar o âmbito de incidência da norma penal incriminadora bem como a corrigir um equívoco metódico, Birnbaum sustentou que não cabia ao Estado a tutela de entidades abstratas: devia a sua proteção a bens dotados de existência material, encontrados no âmbito da vida concreta. Em outros termos, para Birnbaum a proteção jurídico-penal não deveria incidir sobre direitos subjetivos, mas, em vez disso, sobre bens materiais, dotados de corpo e substância. Isto porque, segundo as suas formulações teóricas, não seria o direito em si, a sua concepção abstrata, o objeto da violação ou ameaça de lesão pela ação ou omissão

criminosa do agente, mas o próprio bem, o ente, dotado de existência e materialidade, radicado, portanto, no mundo concreto.

Diferentemente de objetos materiais, dotados de corpo físico, com existência definida concretamente na vida vivida, direitos abstratos não eram passíveis de ser lesionados, do que se seguia um equívoco epistemológico grave na teoria de Feuerbach, a propalada lesão a direitos subjetivos. Pois, como seria possível lesar, mediante uma conduta humana, um dado meramente abstrato, tal qual, por exemplo, o direito à vida? Bem. Se é o direito à vida uma abstração amplificadora de um direito individual específico, forçoso reconhecer, então, que o objeto lesado, o único que poderia ser lesado, em verdade, era a vida enquanto existência material, como um dado concreto, e não propriamente o direito subjetivo correspondente.

Vê-se, portanto que, sob esta perspectiva, uma coisa seria o direito subjetivo à vida, enquanto dado impalpável bem como apenas especulativo; outra coisa, completamente diferente, seria a vida como um dado real, individualizável e dotada de corpo e substância. Dicotomia que, contudo, não decorrera absolutamente de mero preciosismo científico. Afinal, a adoção de tal perspectiva tivera por objetivo a edificação de um limite efetivo e seguro à atividade legislativa em sede criminal, arrimada na noção de bem jurídico como um bem da vida, como entidade concreta, material, real, corpórea, em suma, como um bem radicado no mundo do ser, dotado de corpo e necessário à coexistência pacífica em sociedade e, portanto, ainda vinculado à concepção jusnaturalista dos direitos naturais.

Diferentemente, portanto, de Feuerbach, que estruturou o núcleo material do injusto penal sobre a ideia abstrata de direitos subjetivos, com Birnbaum o objeto de tutela estatal não poderia ser destituído de constituição física. Destarte, inescusável que se tratasse de um bem material, concreto, de um bem da vida, que, porquanto reconhecido pelo direito, constituir-se-ia um bem jurídico.

2.5 Binding e o positivismo jurídico

Em meados do século XIX, a belicosa monarquia prussiana, então autocrática, apreensiva de que a vaga revolucionária francesa alcançasse terras germânicas, rendeu-se aos reclamos democráticos de uma constituição. Muito embora tenha ela promovido alguma limitação ao poder monárquico, por fim predominaram as noções de Estado forte e autoritário, habilmente conjugadas com a ideia de liberdade propugnada por Hegel (POPPER, 1974). Mais tarde, com a unificação alemã, em janeiro de 1871, e a necessidade de se manter coesa uma série de antigos principados que fizeram parte da imensa colcha de retalhos instituída pela

Confederação Germânica bem como conciliar os diversos interesses expressos, quer em termos de estamentos, quer em termos de classes, aflorados por ocasião do tardio processo de industrialização alemã, sob um mesmo poder central e forte, pautado por um ideário nacional e identificado com a figura do Kaiser (ELIAS, 1997), ganharam tónus e proeminência as ideias ditas positivistas, dentre as quais se distinguiram as produções teóricas de Karl Ludwig Lorenz Binding.

Apropriando-se da expressão bem jurídico, Binding subverte a noção jusnaturalista até então imperante – de que, conforme visto, o bem jurídico deveria ser encontrado num estágio preambular ao estabelecimento da sociedade e, portanto, num estágio anterior à própria norma –, assentando a sua concepção sobre bases legalistas de direito positivo. Assim fazendo, bem jurídico passa a ser concebido como algo a ser derivado do ordenamento jurídico vigente, um bem ou interesse radicado na própria norma jurídica. E sendo tal bem extraído da norma, então somente poderá ser o legislador, respaldado pela preocupação de dar uma interpretação conforme às normas já positivadas, que elegerá quais serão os bens dignos de proteção. (MELO, 2005)

Pois bem. Porquanto compreendido o bem jurídico como algo de imanente ao próprio sistema jurídico, devendo o legislador deduzi-lo deste; compreendido ainda como engenho em que se fundamenta e por meio do qual se presta legitimidade a todo o sistema então vigente, cumpre nos questionarmos em que medida e extensão seria ele idôneo à garantia de restrições ao direito de punir do Estado.

Se as normas de uma ordem jurídica são produzidas por um legislador, tendo ele por baliza à produção de novas normas este mesmo sistema jurídico já estabelecido, é de se concluir que a única barreira, a limitação última imposta à potestade legislativa, seria o próprio direito positivado. Destarte, como possível resposta à questão anteriormente colocada, o avanço do direito penal sobre a liberdade do indivíduo estaria adstrito aos limites impostos pela própria ordem jurídica, que funcionaria, assim, não apenas como geradora de normas mas também como meio de autorregulação em face de possíveis excessos repressivos por parte do Estado (MELO, 2005).

Considere-se, todavia, sobretudo de um ponto de vista pragmático, que um sistema assim disposto, a constituir-se ao mesmo tempo como fonte de onde efluiriam as suas elaborações e como o seu próprio moderador, impermeável a intervenções extrínsecas e, por isto mesmo, destituído de função limitadora externa, não teria capacidade de se afirmar em face de arroubos autoritários fundados na norma jurídica (FERRAJOLI, 2002). Afinal, se é o legislador, mesmo que adstrito à exegese das normas vigentes, aquele que ao fim e ao cabo

decide quais são os bens merecedores da tutela estatal, e estamos cientes de que as interpretações são diversas, frequentemente facciosas e muitas das vezes permeadas por intenções escusas, em suma, se entendemos, conforme Dworkin (1999), que direito é interpretação, o que temos, em verdade, e o que se outorga ao legislador, sob o pálio do positivismo jurídico, é a mais franca oportunidade ao avanço da esfera criminal sobre a liberdade do indivíduo, bastando para tanto que tal investida esteja justificada na interpretação das normas. E se assim o é, ao mesmo tempo em que renuncia deliberadamente ao seu conteúdo material para se revestir de uma concepção puramente formal, bem jurídico deixa de ser, consoante propugnado outrora por Feuerbach, direito subjetivo do indivíduo para se transmutar numa espécie de direito potestativo daquela entidade que paulatinamente passa a representá-lo política e organizacionalmente: o Estado. E sendo direito subjetivo estatal, depreende-se que delito é, pois, lesão ou ameaça de lesão a direito do Estado (MELO, 2005).

Ao fundar a sua teoria acerca do bem jurídico em bases estritamente legais de direito positivo, Binding, deliberada ou indeliberadamente, oferece ao recém erigido Estado autoritário alemão um arcabouço jurídico apto a conservar a sua supremacia política interna, pautando-se por regras necessárias à sua própria manutenção, ainda que em detrimento de direitos individuais.

2.6 Von Liszt: as primeiras incursões sociológicas

Franz Eduard Ritter von Liszt, sem prescindir do aspecto formal, necessário à mais completa estruturação do injusto penal, desenvolve a sua dimensão material, alicerçando a noção de bem jurídico penal fora do âmbito normativo. Sob a perspectiva esposada por von Liszt, não seria mais a norma a fonte a partir da qual vicejaria, fazendo-se conhecer, o bem jurídico; não seria tampouco o legislador uma espécie de arauto dos bens jurídicos revelados pelo ordenamento jurídico por intermédio de sua atividade interpretativa; mas, pelo contrário, seria a norma, a consubstanciar a atividade legislativa, que iria ao encontro do bem jurídico, vez que independente do sistema jurídico. De sorte que, diferentemente do que se verificava com o positivismo de Binding, o bem jurídico a ser tutelado pelo Estado não mais estaria radicado na norma, mas, pelo contrário, transcenderia o próprio sistema jurídico. Em outros termos, no processo de produção da norma, deveria o legislador, em vez extrair o bem jurídico do próprio ordenamento vigente, buscar o bem jurídico a ser por ela tutelado, ir ao encontro deste bem. Mas, ao seu encontro onde? Afinal, se ela não é produto do sistema jurídico estatuído, é produto de quê? Ir ao seu encontro em meio à sociedade, que preexiste à ordem

jurídica, sendo, pois, produto da experiência particular de determinado grupo e criação da vida (KIST, 2003). Neste sentido, será justamente por meio da resultante de um conjunto bastante complexo de forças particulares em direções por vezes diametralmente opostas, com todas as suas contradições, divergências e também convergências, em suma, com todas as suas idiossincrasias, que uma sociedade específica designará aqueles bens mais importantes, quicá vitais, ao ser humano em detrimento de tantos outros, tomados por menos importantes ou mesmo despiciendos. E somente ao serem estes mais vitais interesses humanos albergados pelo âmbito jurídico, por meio da norma, tornar-se-ão eles bens jurídicos. De maneira que, enquanto ao legislador caberia a laboriosa e complexa tarefa de reconhecer quais seriam os bens ou interesses mais relevantes a figurar como objeto de tutela pelo Estado, ao âmbito jurídico caberia tão somente a tarefa de conferir-lhes status de bens jurídicos, tutelando-os juridicamente (MELO, 2005).

Em síntese, pois, bem jurídico pode ser concebido, conforme proposto por von Liszt, como um bem ou interesse do indivíduo ou da comunidade, que, por sua relevância, recebe a proteção do sistema jurídico; é a reverberação jurídica daqueles bens mais preciosos a determinada sociedade, que, justamente por conta da sua considerável expressividade, é protegido pelo âmbito jurídico penal (MELO, 2005). Trata-se, portanto, de realidade válida em si mesma e independente da esfera jurídica, cabendo ao legislador a competência de discernir quais os bens mais significativos a dado grupo social, a fim de que recebam a tutela estatal no âmbito criminal (KINST, 2003). Por derradeiro, cumpre mencionar ainda que, em vista de tal sistematização e concepção de bem jurídico, temos uma vez mais o retorno à ideia que impelira tantos autores à sua reflexão e ao seu desenvolvimento, qual seja: o estabelecimento de balizas seguras e idôneas à limitação do direito de punir do Estado.

À vista do exposto, verifica-se que, com as formulações teóricas de von Liszt, já em fins do século XIX, a expressão bem jurídico ganha corpo e, sobretudo, substância, identificando-a, grosso modo, com bens próprios do indivíduo bem como da comunidade. E muito embora este movimento no sentido do estabelecimento e enrobustecimento da ideia de bem jurídico no campo da dogmática penal possa ser observado desde as incursões filosóficas de Feuerbach, passando por Birnbaum e Binding, foi com von Liszt, em particular, que a sua concepção ganhou uma repercussão ainda maior, na medida em que se tonificou o injusto penal, acrescentando-lhe uma dimensão material localizada fora do campo normativo. Assim, forçoso reconhecer a significativa retomada do conceito de bem jurídico não apenas como elemento a partir do qual se fundará a norma como também e especialmente instrumento de limitação ao *jus puniendi* estatal, combinando, pois, em seu modelo teórico, aspectos jusnaturalista com

influxos sociológicos, estes últimos a serem retomados no século XX por correntes teóricas do pós-guerra.

2.7 Neokantismo e o valor ético-social

Conforme se procurou demonstrar, desde von Liszt nos deparamos com uma, por assim dizer, alternativa a rivalizar com o positivismo legalista de Binding. Se tal fato não dá conta de uma crise mais abrangente que vinha sendo gestada dentro do próprio contexto dogmático positivista, ao menos é revelador da existência de perspectivas que, cientes das limitações e deficiências intrínsecas à proposição jurídica positiva, ansiavam suplantá-las. Conforme indigitado alhures, dentre os motivos mais gerais a explicar o inconveniente do pensamento positivo, menciona-se a adoção de um ponto de vista puramente formalista, ensimesmado no sistema jurídico e, por conseguinte, impermeável a influxos externos, incluindo aqueles relacionados à capacidade de contenção do sistema.

Visando a corrigir as suas insuficiências, observamos uma tendência naquelas formulações que se propuseram a substituir o método positivo de se incorrer a perspectivas cada vez mais afinadas com os métodos utilizados pelas ciências sociais. Exemplo disto é encontrado nas proposições teóricas de von Liszt, que, no afã de outorgar ao injusto penal uma dimensão material, apta a suplantar o mero formalismo legal ao qual estava adstrita a visão positivista, sem, contudo, excluí-lo, lançou mão de apreciações extrínsecas de caráter sociológicas.

No entanto, as reações à corrente teórica positiva propugnada por Binding não se encerraram com von Liszt. Pois, com vistas a um refinamento da elaboração jurídico-dogmática, embora sem se comprometer necessariamente com o ideário iluminista, sobretudo no que concerne à limitação da potestade estatal (FERRAJOLI, 2002), a corrente teórica denominada neokantismo empenhara-se, em linhas mais gerais, em redefinir a dogmática penal positiva. Para tanto, conferira ao bem jurídico um cariz axiológico bastante característico, sem perder de vista, contudo, a necessidade de se prestar ao injusto penal uma dimensão material, da qual tanto carecia o positivismo e que, em grande medida, levou ao desgaste das ideias de Binding.

Antes de mais nada, todavia, importante ressaltar que, com neokantianos, pretende-se significar aqui uma série de autores que, muito embora divergissem entre si, inclusive aglutinando-se em, por assim dizer, subnúcleos dogmáticos distintos, com algumas características consideravelmente desconformes, tinham em comum o fato de disporem da teoria epistemológica de Kant como fonte matricial de inspiração e reflexão bem como das

concepções espiritualistas de Hegel (FERRAJOLI, 2002). Dentre estes autores, evidenciam-se as ideias de: Radbruch, Sauer, Cohen, Notarp, Stammler, Rickert, Mayer, Grünhut, Honig, Schwinge e Zimmerl (BITENCOURT, 2012).

Pois bem. Feito esse esclarecimento preambular, muito embora concorde o neokantismo com o positivismo quanto à existência de diferenciação entre conhecimentos puros e empíricos, dando proeminência aos primeiros e, portanto, ao dever ser, o neokantismo, diferentemente do positivismo, que se pauta por questões de ordem estritamente jurídica, orienta-se também por considerações de ordem axiológica (BITENCOURT, 2012). Com isto, pretende-se significar que a concepção metodológica neokantiana estaria estruturada na ideia primordial de valor, ou seja, em preceitos ou princípios de cunho ético, forjados no ceio de determinado corpo social, e dotados de capacidade para orientar a ação humana. Logo, enquanto o pensamento positivista concentrou-se na norma, fazendo dela a sua fonte e baliza, os neokantianos procuraram relacionar ciência jurídica com o campo abrangido pela ética.

Outrossim, o método neokantiano, em vez de fazer referência a valores em termos absolutos, o faz em termos de fatores engendrados culturalmente, como algo dotado de contingência, posto que produzido no interior de uma ampla coletividade (KIST, 2003). De modo que, ao se referir a valores, os neokantianos não os tomam em termos incondicionais, mas condicionados pelo meio, por uma determinada coletividade, produzidos no interior de uma cultura específica.

Então, ainda que de modo bastante sumário, possível assim sintetizar a dinâmica dos valores a partir do prisma neokantiano. Houve indivíduos que, pelos mais diversos motivos, organizaram-se socialmente sob o poder de um Estado. Estes indivíduos, advindos de pequenos grupos diversos – religiosos, familiares, estamentais, de classes, etc. – possuíam valores e costumes próprios, em suma, constituíam-se como seres morais. Acontece, como se dá em qualquer corpo social, que alguns valores, por conta, dentre tantos outros fatores, da proeminência de determinado grupo sobre outros, ganham maior relevância para uma sociedade que outros valores. Estes valores, então, passam a ser reproduzidos, de maneira orgânica, como uma espécie de consciência de grupo, como aqueles preferíveis, consolidando-se, ao longo do tempo, como valores culturais. Ato contínuo, caso a existência cultural desses valores mais caros à sociedade venham a ser assimilados juridicamente, granjeando para si a tutela estatal, tais valores serão assim tomados por bens jurídicos.

Conforme se verifica, pois, a partir das formulações neokantianas, o bem jurídico passa a ser dotado de valor cultural abstrato, cujo conteúdo possui caráter ético-social e, portanto, espiritual, posto que captado a partir da consciência do grupo. São considerados valores

socialmente dominantes e, por conseguinte, mais caros à sociedade. E ao se tomar o bem jurídico por valor engendrado dentro de um grupo específico, o que se constata é, em última análise, a substituição da concepção de direito individual por outra espécie de direito julgado coletivo, radicado nos valores mais relevantes a um determinado agrupamento social. Consequentemente, será justamente este grupo que subsidiará, por intermédio de seus valores, a noção de bem jurídico.

Perceba-se, portanto, que sob o prisma neokantiano, o bem material de Birnbaum, dotado de corpo e concretude, é substituído por um, por assim dizer, hipotético valor cultural, de cunho ético-social (KIST, 2003) e, portanto, por algo de caráter abstrato e coletivo. E na medida em que essas formulações espirituais, impalpáveis, recebem a proteção do direito penal, em face de sua imprescindibilidade à manutenção da sociedade, tais valores consubstanciam-se em bens jurídicos.

Dentre as mais diversas dificuldades perfilhadas pela adoção de tal perspectiva filosófico-dogmática acerca do bem jurídico, talvez a mais significativa delas é a de que conduz a um subjetivismo sem precedentes, ou ainda, em termos neokantianos, a um relativismo axiológico demasiadamente complexo de ser superado quando se tem por escopo a limitação do poder punitivo do Estado (BITENCOURT, 2012). Muito embora o neokantismo tenha fixado em espaço diverso da norma as balizas necessárias à limitação do poder de punir do Estado, vez que tautológica a ideia de que um poder possa ser regulado, em última instância, no interior de sua própria organização, pelos mesmos mecanismos que o criaram, a guinada promovida pelo neokantismo não nos parece nada auspiciosa, porquanto ter se voltado para outra fábula, qual seja: a de se crer possível encontrar balizas seguras em essências de coisas. De modo que, ao agir assim, abriu um remisso flanco a interpretações solipsistas, ou seja, interpretações que, por se preocuparem sobremaneira com a existência de um mundo abstrato, assentado em valores espirituais, prescindiriam do pragmatismo necessário à percepção de necessidades fatuais. Ademais, como quem, em termos práticos, delibera acerca da viabilidade dos valores mais relevantes é o legislador, será, portanto, a sua vontade, orientada pela sua leitura particular da sociedade, que, ao fim e ao cabo, definirá quais os bens jurídicos a serem tutelados pela norma de direito penal.

De modo que, dada a exacerbada volatilidade de sua concepção, idealmente sediada na consciência ético-social de determinado corpo social, não se vislumbra um terreno seguro à elaboração de bens jurídicos, haja vista que vulnerável a arroubos autoritários. Afinal, nada impediria que se tomassem condutas meramente morais ou religiosas, somente para citar dois exemplos, por valores ético-sociais relevantes e, por conseguinte, tipificá-las penalmente.

Trata-se, portanto, de teoria despojada de objetividade e pragmatismo jurídico, cujo componente abstrato se faz de tal modo presente e latejante, que por toda a extensão do perímetro contornado pelo bem jurídico caberia um sem número de condutas que, em última instância, se não solapariam, certamente produziriam sérios prejuízos a diversos princípios norteadores do direito penal, tais quais o da intervenção mínima e o da fragmentariedade.

No afã de se conferir ao bem jurídico um núcleo material, para além do formalismo legalista de Binding, a concepção metodológica neokantiana terminou por compreender o fenômeno delitivo em termos de categorias jurídicas de cunho axiológico. Mas, a despeito do importante feito de ter deslocado as balizas necessárias à caracterização do bem jurídico para fora da estrutura jurídica, incorreu a delimitações demasiado subjetivas e, por isso mesmo, bastante sensíveis a interesses autoritários. Portanto, ao mesmo tempo em que deu novo impulso ao aperfeiçoamento da teoria do bem jurídico, o neokantismo se distanciou consideravelmente de suas primeiras concepções, inspiradas pelo ideário iluminista, especialmente no que tange à necessidade de se impor limitações seguras ao poder estatal.

2.8 Funcionalismo sistêmico: sociedade orgânica e integrada

Conforme mencionado anteriormente, as últimas décadas do século XIX foram marcadas, entre outros significativos eventos, em grande medida pelo recrudescimento do ideário nacionalista. Produto de uma idealização, que encontra as suas origens na revolução francesa, de 1789, o pensamento nacionalista chega ao final do século XIX com traços característicos da autoimagem das classes médias urbanas:

O cerne da “nós-imagem” e do “nós-ideal” delas foi formado por uma imagem de sua tradição e herança nacionais. Assim como os grupos aristocráticos tinham baseado na ancestralidade da família seu orgulho e suas pretensões a um valor especial, também, como seus sucessores, os mais importantes setores das classes médias industriais – gradualmente em conjunto com os das classes trabalhadoras industriais, sempre que estas também alcançaram uma posição de mando – basearam cada vez mais seu orgulho e suas pretensões a um valor especial ora na ancestralidade de sua nação ora em realizações, características e valores nacionais aparentemente imutáveis. (ELIAS, 1997, p. 129)

Com a ascensão dos regimes autoritários na Europa desde a década de 1920, fazendo uso de jargões nacionalistas, observa-se, no âmbito do direito penal, a ocorrência de uma paulatina desvinculação entre direito, pena e bem jurídico, com a concomitante transvaloração deste último a ponto de não mais se assomar, consoante propugnado em particular por

Feuerbach, Birnbaum, Binding e von Liszt, como baliza à produção normativa penal moderna (FERRAJOLI, 2002). Como consequência mais imediata disto, produziu-se uma espécie de hiato no qual formulações teóricas acerca do bem jurídico, enquanto limite à potestade estatal, foram, de certo modo e em certa medida, expurgadas da produção dogmática e legislativa penal, estendendo-se até meados do século XX, quando teve fim a Segunda Guerra Mundial. (KIST, 2003)

Com a queda do regime autoritário alemão e ulterior democratização, voltou-se a reflexionar o direito penal sob perspectivas limitadoras, sobretudo a partir da necessidade de se conferir ao bem jurídico um conteúdo material (KIST, 2003). Afinal, se um Estado é composto por diferentes pessoas, com personalidades, ideários, comportamentos, entre outras características diversas; e se há leis que não são claras, tampouco fundadas a partir de um centro nuclear seguro, dotado, pois, de conteúdo material de aferição o quanto mais inteligível possível, bastante plausível a inferência de que as leis e o próprio direito poderão vir a servir aos interesses, muitas vezes escusos, do grupo dominante que se encontra no poder. Foi, então e sobretudo, como reação aos valores jurídicos abstratos que vicejaram no entreguerras que surgem as concepções denominadas sociológicas, funcionais ou sistêmicas.

Tendo por fundamento metodológico a esfera da sociologia sistêmica, o funcionalismo sistêmico desenvolveu-se enquanto corrente teórica sobretudo a partir das ideias propugnadas pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann.

Inspirado por estudos que vinham se expandindo, desde a segunda metade do século XX, no campo da biologia molecular acerca de fenômenos característicos da vida biológica, tais como autorreferência e circularidade, Luhmann procurou transplantá-los, aplicando-os, ao âmbito social. Conforme Luiz Régis Prado (2007, p.107-108):

O funcionalismo sistêmico tem origem no campo das ciências biológicas, especialmente na biologia molecular, nos anos 70 do século XX, graças aos estudos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, passando depois, ao domínio das ciências sociais (sistemas sociais como sistemas auto referenciais de comunicação), por obra do sociólogo alemão Niklas Luhmann.

A partir daí, a teoria da autopoiesis biológica é concebida como modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais. Tem como premissa maior a noção de auto-referência e circularidade, característica não apenas dos seres vivos, mas também dos sistemas sociais.

Com a ideia de autopoiesis, pretendeu-se significar, em apertada síntese, autoprodução. Autopoiesis seria, então, a operação realizada no interior de determinado sistema e pelo próprio

sistema, que, ao portar-se como um circuito fechado, desencadearia um conjunto sofisticado de interações, cujo resultado seria a manutenção bem como a reprodução daquele mesmo organismo, suprimindo, deste modo, todas as suas necessidades, inclusive com a geração de novos elementos, que lhe seriam assim agregados. Seria justamente este sofisticado mecanismo meticulosamente engendrado que daria origem à ordem sistêmica, favorecendo, pois, a sua estruturação, com as suas respectivas unidades e os seus elementos constitutivos. O mesmo raciocínio seria, assim, aplicado à sociedade:

O sistema social é um sistema comunicativo, que tem a participação do indivíduo, mas que não é integrado por ele. Em outras palavras, a sociedade se compõe de comunicações e não de seres humanos. Estes últimos pertencem ao ambiente que a envolve: entre o homem e a sociedade só existe uma relação ecológica. Os sujeitos nessa teoria são os sistemas, nunca os indivíduos. Trata-se de uma sociedade sem homens. (PRADO, 2007, p. 108)

Sob a perspectiva sistêmica, portanto, enquanto a sociedade se caracterizaria como um sistema de intensa dialogicidade entre as suas partes componentes, constituídas por sujeitos – que, consigne-se, não podem ser confundidos em absoluto com os indivíduos, sendo antes sistemas –, o sistema jurídico se caracterizaria, por conseguinte, como um subsistema com capacidades próprias de produção e reprodução, a exemplo da própria sociedade, que lhe serviria, deste modo, de paradigma, sem embargo de sua particularidade de ser um complexo normativo. Já o indivíduo, embora tenha uma atuação cooperativa com o funcionamento e a manutenção de ambos os sistemas, não os constitui para efeito da dinâmica sistêmica, estando daí excluída a sua atuação. Destarte, sob o enfoque sistêmico, o objeto de observação e estudo, em face da necessidade de intervenção penal, será sempre o sistema social, território de onde será extraído o conceito de bem jurídico, desconsiderando-se deste cômputo, conforme aludido acima, as ações dos indivíduos refletidos isoladamente.

Pois bem. Entendendo-se a sociedade como um sistema de interações do qual o indivíduo, embora faça parte, não o compõe, o bem jurídico a ser tutelado pelo Estado somente poderá ser aquele dotado de idoneidade à manutenção da coesão do sistema social. Assim, qualquer fenômeno socialmente danoso ou capaz de produzir disfunções ou ainda a interpor obstáculos à salutar manutenção e reprodução do sistema social deverá sofrer a intervenção estatal, mediante a sua ação penalizadora, a fim de que a ordem deste intrincado organismo não se veja embaraçada ou, ainda pior, solapada. Podemos asseverar, portanto, que bens jurídicos são circunstâncias sociais valiosas à manutenção e reprodução do sistema social, que, por serem

suscetíveis de lesão ou ameaça de lesão – os ditos estados de coisas lesionáveis (KIST, 2003) –, são consideradas merecedoras da proteção estatal.

No afã de explicar não apenas o conceito mas sobretudo a sistemática do bem jurídico, Hassemer abraça a teoria sociológica propugnada por Luhmann. Bens jurídicos, segundo sua perspectiva, são aqueles objetos mais relevantes a dada sociedade e cujo comportamento humano poderá eventualmente lesioná-los ou colocá-los em perigo. Conceber o bem jurídico está, pois, relacionado com atividade valorativa subjetiva, muito amiúde expressa em termos de essências. E justamente por esta mesma característica, poderia dar azo a arroubos criminalizadores e autoritários, tornando, em última instância, aquilo que deveria ser o seu prisma limitador, a pedra de toque à suscetibilidade da atividade legislativa no âmbito criminal, permeável ao abuso arbitrário. (MELO, 2005)

A fim de suplantar tal disformidade, Hassemer sustenta a observância de três fatores a serem levados em consideração quando da definição pelo legislador dos bens jurídicos penais, denominados fatores sociais de criminalização, quais sejam: a frequência da conduta criminosa no ceio da sociedade; a imprescindibilidade de se preservar o objeto sobre o qual a tutela estatal recairá e, por último, embora não menos importante, a magnitude da ameaça dirigida contra o ente porventura elevado à categoria de bem jurídico. (MELO, 2005)

Rudolphi, por seu turno, entende que bens jurídicos são estados de coisas cuja conservação interessa à comunidade considerada como um só organismo. São, portanto, unidades funcionais necessárias à conservação e pleno funcionamento da sociedade, que, inexoravelmente, se modifica com o tempo e no espaço, de acordo com as circunstâncias específicas daquele mesmo tempo e espaço. Em outras palavras, sob a sua teoria dos estados de coisas lesionáveis, Rudolphi propugna, pois, pela existência de unidades funcionais sociais, de cuja conservação, mediante o emprego da tutela estatal, depende a existência da própria sociedade, que, deste modo, seria capaz de proporcionar aos sujeitos a possibilidade de se desenvolverem convenientemente. (MELO, 2005)

Sob tal perspectiva, então, o bem propriedade, por exemplo, não seria o bem jurídico propriamente dito, mas o seu objeto, o seu estado determinado, cuja relação jurídica com o proprietário nos fornecerá o bem jurídico a ser tutelado, considerando ambos, objeto e proprietário, inseridos numa realidade social determinada. Será essa função, qual seja, do homem em face do bem do qual é proprietário, que ensejará a oportunidade ao proprietário de desenvolver a sua personalidade. Importante salientar ainda que, sob as ideias de Rudolphi, tais unidades funcionais não são estáticas, sofrendo variações de sociedade para sociedade, que conferem valores diferentes a um mesmo bem, e de tempos em tempos, que também, ainda que

paulatinamente, promovem modificações nas percepções acerca das coisas bem como da relação destas com os seus respectivos proprietários. (MELO, 2005)

Em sentido análogo, Hans Welzel concebeu que os bens jurídicos não seriam os objetos propriamente, fossem eles materiais ou imateriais, mas a função que relacionava objeto e vida social. Em outras palavras, para Welzel, bem jurídico seria, por assim dizer, o efeito exercido por determinado objeto, fosse ele a vida, a liberdade ou a propriedade, sobre a solidariedade, sobre a harmonia existente entre os elementos a compor o âmbito social. (MELO, 2005)

Trata-se, portanto, o funcionalismo de uma formulação teórica que, inspirada por cânones característicos das ciências sociais, desenvolveu os seus parâmetros à ação legislativa em sede criminal assim como encontrou na importância do critério de danosidade social a justificação para a intervenção estatal (MELO, 2005). No entanto, jaz justamente aí o grande problema desta perspectiva, qual seja: a larga margem de arbitrariedade outorgada ao legislador, o seu caráter deveras permissivo, visto que, ao fim e ao cabo, desde que sob o pretexto da lesão ou da ameaça de lesão ao sistema social, ou seja, desde que paire sobre a conduta humana a potencialidade de produzir disfunções na sociedade, poderia o legislador, com tranquilidade, ainda que à revelia de estruturas normativas prévias (PRADO, 2007), lançar mão do mais drástico instrumento de intervenção estatal sobre o indivíduo: o direito penal.

Em suma, sob o enfoque dado pelo funcionalismo sistêmico, constata-se um, por assim dizer, robustecimento do aspecto social em detrimento do aspecto individual no contexto normativo. E, como consequência disto, temos uma perigosa mitigação, com a possibilidade da sua mais completa descontinuação, do Estado democrático de direito, caracterizado, entre outras coisas, pela defesa dos direitos humanos, assim como o enfraquecimento da responsabilidade do indivíduo frente aos seus pares e, consequentemente, ao Estado. Afinal, conforme palavras de Luiz Régis Prado (2007, p. 111):

não é possível falar-se em eficácia normativa desconsiderando as formas peculiares do agir humano, a concepção do homem como ser livre, digno e responsável. Assim, impõe-se ao Estado de Direito, verdadeiramente democrático, reconhecer, respeitar e fazer cumprir tais direitos.

Ao se subordinar a produção normativa tão somente à concepção de sistemas sociais, excluindo-se destes o indivíduo, que embora deles participe não os constitui, inevitavelmente retira-se do indivíduo a sua responsabilidade e, portanto, torna todo o sistema jurídico indiferente a valores individuais, quando é característica inerente e inexpurgável do ser humano ser livre, digno e dotado de responsabilidade, sobretudo se pensamos o ser humano a partir de

uma tradição que remonta ao pensamento iluminista e à Revolução Francesa, da qual o direito penal moderno, conforme vimos, é tributário.

2.9 Teorias constitucionalistas: o bem jurídico oriundo da ordem constitucional

Desde o princípio da segunda seção até as últimas linhas do parágrafo precedente, ativemo-nos às mais diversas correntes teóricas que, sob a expressão constantemente empregada bem jurídico, propuseram-se a reformular o direito penal, outrora sob a égide de uma ordem jurídica medieval. A cada um dos autores aqui mencionados entre tantos outros, que, embora não citados textualmente, empenharam-se nesta laboriosa tarefa, certamente acorreram questões como: o que é o bem jurídico? De onde provêm ou onde deverão ser buscados ou, quiçá, como criá-los? Quais os seus critérios orientadores? Quais os fundamentos de validade e restritivos à atividade legislativa na seara criminal a serem adotados? Questões cujas respostas certamente ensejaram o estabelecimento do arcabouço teórico de suas respectivas formulações e em relação às quais poderíamos, grosso modo e em apertadíssima síntese, asseverar que: aos iluministas, seria dada em termos de direitos inatos do homem; aos positivistas, seria dado argumentar em termos de produção, regulação e manutenção bens encerrados no interior do próprio sistema jurídico; segundo perspectivas sociológicas, em termos de sistemas, do qual o indivíduo, embora deles participasse, não o constituísse.

Contudo, seja a partir de perspectivas iluministas, seja sob o prisma positivista, seja ainda sob os aspectos oferecidos mais contemporaneamente por teorias sociológicas, fato é que todas essas teorias anteriormente estudadas careciam, em maior ou menor medida, de um conteúdo material compacto e rígido, dotado da concretude necessária à concepção do bem jurídico. Em outras palavras, a despeito dos esforços empreendidos, tais correntes teóricas não foram capazes de oferecer parâmetros seguros à formulação de bens jurídicos, tampouco critérios aptos a promoverem a orientação do legislador bem como a limitação de sua atividade em nome do Estado.

Se temos concepções de bem jurídico que, deliberadamente ou não, prescindiram de guarnece-lo de um conteúdo material sólido, incorremos inevitavelmente na possibilidade aterradora de tipificação penal realizada ao sabor de veleidades legislativas, desconexa, portanto, de contingências concretas e objetivas a serem impostas ao legislador. E mais: não obstante a dificuldade de se limitar o *jus puniendi* estatal, haverá ainda a impossibilidade de o bem jurídico exercer a sua importante tarefa de desvelar a opção político criminal do Estado de forma clara e precisa. É justamente a partir desse desiderato perquiridor, ao mesmo tempo que

questionador daquilo que até então foi produzido, notadamente acerca do conteúdo material do bem jurídico, que atualmente prosperam com grande impulso e entusiasmo as teorias denominadas constitucionalistas.

De maneira genérica, entende a corrente de pensamento constitucionalista que o bem jurídico a ser objeto de tutela estatal deverá ser extraído ou encontrado na própria constituição (MELO, 2005). O interesse de se usar a constituição como meio de obtenção dos bens jurídicos a serem eventualmente tutelados pelo direito penal está assentado no fato de nela estarem contidas não apenas as formas de organização do Estado como também do exercício do poder estatal, afora direitos e garantias fundamentais (GODOY, 2010). Em suma, é a constituição de um país que estatui o tipo de Estado em que aquele ordenamento jurídico será fundado bem como a sua organização e finalidade; é a constituição que encerra em si os valores mais caros, representativos e basilares de uma sociedade, conferindo-lhe certas feições que a diferenciam ou mesmo a aproximam de outras sociedades; e, por conseguinte, nessa mesma constituição os valores estão postos, positivados juridicamente, haja vista a atuação do denominado Poder Constituinte, que, por originariamente preceder a constituição, deu-se ao embaraçado trabalho de realizar as ponderações valorativas devidas e mais fundamentais, retirando da sociedade os seus bens mais elementares, deixando, assim, ao legislador penal a possibilidade de extrair os bens jurídicos da constituição.

Conforme a concepção constitucionalista, portanto, bem jurídico não pode ser confundido com a mera expressão daquilo que o legislador ordinário elege como os bens próprios de um grupo específico de pessoas e merecedores de tutela. Devem ser, em verdade, aqueles bens que a constituição de uma nação elegera outrora como pertinentes àquela sociedade. E como bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis à existência comum, aptos a satisfazer as necessidades vitais do indivíduo, ao serem identificados com os valores positivados na constituição, temos um critério material claro, afora uma nítida diretriz e limite à produção legislativa na seara penal bem como à sua aplicação no cotidiano forense. Ademais, por ser inspirada a constituição por um conjunto de princípios e valores, proclamados por doutrinas do direito natural e que servirão de parâmetro a todo o ordenamento jurídico, vinculando os fins por ela pretendidos, a constituição se assoma como manifestação inequívoca de um pacto social, espécie de reminiscência do contrato social de outrora. Neste mesmo sentido, de figurar o contratualismo dos séculos XVII e XVIII como base filosófica às modernas constituições, pontifica Luigi Ferrajoli (2002, p. 287-288):

Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direito ou direitos naturais, foram consagrados nas modernas constituições na forma de princípios normativos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados "direitos sociais" ou "materiais" (ao trabalho, à saúde, à subsistência, à educação etc.), acrescentados nas constituições deste século –, cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos. Em particular, os chamados direitos "invioláveis" da pessoa, direitos "personalíssimos" ou "indisponíveis" não são mais do que a forma jurídica positiva que os direitos naturais, teorizados como pré ou meta ou suprajurídicos nas origens do Estado moderno, têm assumido como "direitos subjetivos" nas Constituições modernas. Neste sentido bem se poderia dizer que as doutrinas contratualistas e utilitaristas dos direitos naturais representam a base filosófica do direito penal moderno e mais geralmente do moderno direito público. O fundamento político ou externo do moderno Estado de direito tem, com efeito, a função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção de anulabilidade dos atos inválidos: das leis, por violação das normas constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas. [...] Desde a Declaração de Direitos de 1789, todos os textos constitucionais – da Constituição Italiana às do resto dos países europeus, da dos Estados Unidos às da União Soviética e o resto dos países socialistas, incluindo as Constituições dos países do terceiro mundo – têm incorporado de fato grande parte dos princípios de justiça tradicionalmente expressados pelas doutrinas do direito natural.

Não obstante figurar a constituição como fonte legitimadora de bens jurídicos, imprescindível salientar que, em seu artigo 5º, tutela a constituição a liberdade do indivíduo não apenas em face de outros indivíduos como também e sobretudo perante o Estado. Logo, natural que se se pretende com o direito penal resguardar bens jurídicos, sendo ele próprio responsável pela lesão de pelo mínimo um bem jurídico garantido pela constituição, a exemplo da liberdade, tal lesão somente estará justificada em face do cotejo entre bens jurídicos igualmente albergados em normas constitucionais. Do que se segue que os demais bens jurídicos protegidos pelas normas de direito penal deverão ter igualmente o respaldo constitucional, sob pena de lei infraconstitucional se sobrepor à "Lei Maior" (MELO, 2005).

Aparentemente, tudo muito simples: a constituição, por intermédio do seu Poder Constituinte originário, apreende um conjunto de valores permanentes e comuns de determinada sociedade. Esses valores, agora na condição de bens jurídicos constitucionais, visto que insculpidos em suas normas, vinculam, por conseguinte, o legislador ordinário quando de sua escolha pelos bens jurídicos penais.

Os problemas, todavia, começam a partir daqui. Pois, à guisa de exemplificação, trata-se de uma escolha acerca daqueles bens mais adequados à tipificação penal ou os bens já foram dados pela constituição, restando ao legislador ordinário apenas a sua tipificação? Em outras palavras, tem o legislador ordinário discricionariedade para escolher apenas alguns dos bens

jurídicos constantes da constituição ou está ele necessariamente sujeito à adoção de todos os valores insculpidos na constituição? Havendo liberdade à atuação legislativa ordinária, quais serão os bens merecedores da tutela penal agasalhados pela constituição? E quanto a essas valorações constitucionais: estão positivadas no corpo do próprio texto constitucional ou haverão de ser encontradas a partir de uma espécie de atividade hermenêutica realizada pelo legislador ordinário?

Responder a esses nada singelos questionamentos, embora forçoso, conduziria o presente trabalho para muito além dos limites aos quais está adstrito, porquanto existentes formulações teóricas complexas movidas pelo fito de respondê-las. Lado outro, ignorá-las por completo certamente depauperaria de tal modo a compreensão da corrente teórica constitucionalista que, ao fim e ao cabo, comprometeria a consecução dos objetivos deste trabalho, que, consigne-se, propôs-se a apresentar um panorama geral acerca da teoria do bem jurídico. Destarte, ainda que de maneira demasiadamente sintética, procurar-se-á, a partir de agora, deixar demonstradas as saídas teórico-dogmáticas vicejadas a partir de questões como as supramencionadas.

Antes, contudo, a fim de nos aproximarmos ainda que de maneira ínfima daquilo a que nos referimos em termos de potenciais bens jurídicos constitucionais interessantes ao direito penal e, por conseguinte, com capacidade de ensejar a atividade legislativa voltada à criminalização de condutas, importante lançar vistas a alguns dos princípios orientadores do direito penal agasalhados pela Constituição Federal de 1988.

O princípio da culpabilidade, embora não conste da constituição de maneira explícita, pode ser depreendido a partir da combinação do artigo 1º, III, com os artigos 4º, II, bem como 5º, caput e inciso XLVI, todos da Constituição Federal. Já o princípio da humanidade da pena pode ser acedido a partir da leitura do artigo 5º, da Constituição Federal, incisos XLV, XLVII e XLIX. De forma expressa também encontramos insculpido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, o princípio da legalidade, que, por conseguinte, possui correspondência com o artigo 1º do Decreto-lei nº 2.848/40. O princípio da irretroatividade da lei penal, está insculpido no artigo, 5º, XL, da Constituição Federal, presente ainda no parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal. Importantíssimo à manutenção do Estado Democrático de Direito e objeto hodiernamente de diversas contendas mesmo fora do âmbito jurídico, o princípio da inocência encontra-se albergado do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição. O princípio da lesividade ou ofensividade, por seu turno, embora presente apenas implicitamente no texto constitucional, encontra expressão nos artigos 13 e 17 do Código Penal. Há se considerar ainda

os princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, que embora implícitos, podem ser inferidos do texto constitucional, afora tantos outros. (GODOY, 2010)

Pois bem. Sob o ponto de vista das formas de se vincular o bem jurídico à norma de direito constitucional, tem-se a formulação da teoria constitucional de caráter amplo e a teoria constitucional de caráter restrito. Pela primeira, considera-se que o texto constitucional se apresenta apenas como parâmetro à produção ordinária de bens jurídicos, sem necessariamente trazer em seu corpo todos os bens a serem tutelados penalmente (MELO, 2005). Servindo, todavia, a constituição de paradigma à produção normativa ordinária, vedada, por consequente, qualquer sorte de incriminação que não esteja respaldada, implícita ou explicitamente, pela constituição. Já pela segunda, considera-se que há determinação constitucional expressa acerca de quais bens deverão ser objeto de tutela penal, tratando-se de prescrições específicas, explícitas ou implícitas (MELO, 2005). Subjaz, portanto, a ambas as correntes teóricas a reflexão acerca das liberdades e das limitações a que estaria submetido o legislador ordinário: estaria ele inflexivelmente adstrito ao texto constitucional ou gozaria ele de liberdade relativa em sua atuação legislativa?

Conforme se prenunciou acima, ambos os pontos de vista são defendidos por diferentes autores no âmbito doutrinário, que, embora sem dispensarem o documento constitucional como baliza necessária à produção de bens jurídicos, apresentam divergências entre si acerca de como empregá-lo. Pois, para aqueles que entendem que somente são dignos de proteção penal aqueles bens expressos na constituição, encontram nela um limite positivo à produção legislativa ordinária na seara criminal (MELO, 2005). No entanto, ao fazê-lo, deixam de reconhecer ao legislador ordinário a mínima discricionariedade acerca da escolha, ainda que pautada por critérios de conveniência e oportunidade, daquilo a que criminalizar ou mesmo deixar de fazê-lo. Sob esta perspectiva, havendo disposições constitucionais a ensejar a produção normativa no âmbito penal, não restará ao legislador ordinário senão a necessidade de acatar à ordem constitucional. Despicienda, portanto, a discussão acerca da sua oportunidade, haja vista que obrigatória a sua criminalização.

Entretanto, afora o engessamento da atividade legislativa, proporcionado pela impossibilidade de se praticar juízos de conveniência e oportunidade, decorrente de uma concepção que entende a constituição como espécie de *numerus clausus* de bens jurídicos a serem objeto de tutela estatal, há se ter presente ainda o inconveniente de se deixar de reconhecer na sociedade a dinamicidade que lhe é própria (SMANIO, 2004). Com efeito, a despeito da vantagem de sua hermeticidade sufocar possíveis arroubos das ordens as mais diversas, inclusive aqueles políticos que tanto fustigaram e ainda fustigam a produção penal, a

constituição, sob este enfoque, prestar-se-ia a sufragar a estagnação legislativa, na medida em que impermeável a mudanças, ao movimento, ao dinamismo, à energia, em suma, à irrequietude da sociedade, sobretudo a contemporânea, permanentemente a demandar por novas soluções e, por ventura, a proteção de bens jurídicos novos, quiçá inauditos e, conseqüentemente, ainda não contemplados pelas normas constitucionais vigentes. Afinal, os valores, assim como a história e a sociedade, não vivem suspensos num limbo, demandando, pois, por mudanças e novas formulações.

Outrossim, cumpre recordar ainda que a atividade legislativa goza de prerrogativas que lhe são próprias e estabelecidas no ceio da própria constituição (MELO, 2005). De modo que o fato de se depreender do texto constitucional a necessidade de se tutelar penalmente determinado bem jurídico não deveria implicar, impreterivelmente, na imposição ao legislador do exercício de uma atividade. Se assim o fosse, o automatismo de sua atividade, consubstanciada na impossibilidade de se avaliar a conveniência e oportunidade de determinada tipificação penal, levá-lo-ia a prescindir das prerrogativas que lhe são garantidas pela própria constituição.

Lado outro, sob uma perspectiva negativa quanto ao limite imposto pelas normas constitucionais, se não há desrespeito à constituição, a criminalização será permitida (MELO, 2005). Tal postura decorre do entendimento de que não há um catálogo de bens jurídicos imutáveis a serem tutelados pelo direito penal assim como passíveis de serem apanhados todos eles na constituição. O que há são algumas poucas obrigações de tutela penal, tais quais aquelas constantes, por exemplo, do artigo 5º, incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV, do artigo 225, §3º e do artigo 227, §4º (SMANIO, 2004).

Ante o reconhecimento de que não arrola ela, de maneira taxativa, um conjunto de bens a serem tutelados pelo poder punitivo estatal, conclui-se que é dado, pois, ao legislador ordinário fazê-lo, tomando por baliza os princípios fundamentais do direito penal insculpidos na constituição, tais como os princípios da legalidade, da personalidade, da individualização da pena, da culpabilidade, da fragmentariedade, da intervenção mínima, da humanidade entre outros, como inspiração à sua atividade, assim como levando em consideração as proibições à incriminação também nela constantes (SMANIO, 2004). Afinal, a constituição, por meio de suas normas, não apenas inspira como também submete os diversos ramos do direito aos seus preceitos. Como, contudo, em termos de matéria penal, não arrola bens a serem tutelados por este ramo do direito, exceto as limitações previstas no artigo 5º, desde que não haja incompatibilidade com os cânones constitucionais, é dado ao legislador escolher livremente os bens sobre os quais incidirão a tutela penal (SMANIO, 2004).

Portanto, sob um enfoque de limitação negativa, os bens jurídicos apresentados pelo texto constitucional serviriam apenas como indicadores ao valor do bem jurídico por ventura tutelado penalmente, não havendo se falar em obrigatoriedade, mas tão somente em possibilidade de criminalização.

A questão que se coloca a partir de então é a de que, sob o enfoque negativo, se o legislador não está vinculado aos bens referenciados na constituição, onde mais deverá ele, observando-se, é claro, os parâmetros estabelecidos por essa mesma constituição, respaldar-se para emitir o juízo de valor acerca de quais bens jurídicos são dignos de tutela penal? Eis aqui o ponto nevrálgico do problema de se furta da baliza constitucional positiva à produção legislativa na seara penal. Isso porque frequentemente tais valores, então encontrados na própria constituição, deverão ser buscados em fontes outras como a sociedade, na sua organicidade, fazendo de tal acepção permeável aos influxos sistêmico-sociais, com as consequências que lhe são peculiares, conforme exposto acima. (SMANIO, 2004)

À luz do exposto, verificamos que a perspectiva constitucional do bem jurídico é, em larga medida, o desenvolvimento da teoria objetiva do bem jurídico, que encontra na norma fundamental o seu fundamento último – é a norma que elege o bem jurídico e é nela que o bem tutelado pelo direito penal pode ser encontrado, de maneira implícita ou mesmo explicitamente. Consigne-se, contudo, que tal perspectiva não é estritamente positivista, na medida em que encontra parcela substantiva do seu fundamento, seja diretamente, como na teoria ampla, seja indiretamente, como na teoria constitucional estrita, no âmbito social.

3 UMA DIGRESSÃO TEMPORAL ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Em princípios do ano de 2014, foi deflagrada a investigação criminal de dimensões faraônicas que entrou para a história brasileira sob a alcunha de Operação Lava a Jato. Irrompida com o fito de investigar a ação de organizações criminosas que faziam uso de expedientes lícitos – atividades de postos de combustíveis e lava a jatos de automóveis – para branquear dinheiro proveniente de atividades ilícitas – notadamente, corrupção ativa e passiva –, a Operação Lava a Jato, que, ao se desdobrar em diversas fases, alcançando mesmo os dias de hoje, fez recrudescer sobremaneira no Brasil o emprego de acordos de colaboração premiada como meio de se promover a investigação criminal. Desde então, o instituto da colaboração premiada granjeou vulto na mídia ao mesmo tempo em que se tornou objeto de acaloradas discussões não apenas entre eminentes juristas como também entre a população de maneira geral, provocando reações das mais diversas ordens.

Inobstante se reconheça que o emprego de instrumentos próprios da justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro tenha atingido o ápice de sua notoriedade no bojo da Operação Lava a Jato, mediante o emprego incessante do instituto da colaboração premiada, tal fenômeno não é em absoluto recente no Brasil. Ao lançarmos os olhos sobre a legislação brasileira pretérita, verificamos sem muita dificuldade que os espaços de consenso no direito penal já vinham se esgarçando desde há muito. No entanto, ele somente se notabilizou, com efeito, após o advento da Lei nº 12.850/2013, na qual foi insculpido e regulamentado o instituto da colaboração premiada.

3.1 Colaboração premiada e Ordenações Filipinas

Precedidas pelas Ordenações Manoelinas, as Ordenações Filipinas vigoraram nas então colônias portuguesas da América do Sul de 1603 até a independência política do Brasil em relação a Portugal, em 1822, quando então o Brasil passou a prover-se com uma legislação própria, consubstanciada na constituição de 1824 e, mais adiante, em 1830, no Código Penal do império. Em apertada síntese, as Ordenações do reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) constituíram-se de compilações de leis advindas diretamente da metrópole e que, conforme sugerem os seus respectivos nomes, foram concebidas e promulgadas durante o reinado de Dom Afonso V, Dom Manuel I, então reis de Portugal, e Dom Felipe II, rei espanhol que, desde 1580, por ocasião do termo de mais de 250 anos da dinastia de Avis, levou o Reino de Espanha

a absorver politicamente o Reino de Portugal, período histórico este conhecido por União Ibérica, que se estendeu até o ano de 1640. (HESPANHA, 2012)

Sobre a gênese das ordenações portuguesas, Hespanha (2012, p. 272) pontua que:

No século XV, a corte utiliza intensamente a produção doutrinal europeia para unificar e sistematizar o direito: são mandadas fazer traduções autênticas do Código e dos comentários de Bártolo, ao passo que o direito comum, além de ser intensamente (?) utilizado na confecção das Ordenações Afonsinas (em que medida, está por estudar detalhadamente), é consagrado como direito subsidiário (Ord. Af., II, 9; Ord. Man., II, 5; Ord. Fil., III, 64).

Não obstante servirem, pois, de base legal à ordem jurídica portuguesa, tais ordenações acudiam ainda à colonização das terras do Ultramar, na medida em que emprestavam às suas colônias um arcabouço jurídico que encontrava na Europa continental a sua referência:

Quanto às Ordenações, sabe-se que elas cobriam a regulamentação da administração central e local (sobretudo no domínio da “justiça”, com o âmbito “administrativo” que então a expressão também tinha; mas não já no domínio fiscal-financeiro), livro I; a das relações entre a Coroa e os restantes poderes (nomeadamente Igreja, senhores, grupos privilegiados), livro II; o processo, livro III; algumas matérias de direito civil (compra e venda, doações, fianças, regime de bens do casamento, tutelas e curatelas, sucessões, criados e serviçais, alugueres, aforamentos, etc.), livro IV; o direito penal, livro V. (HESPANHA, 2012, p. 186)

Se razão assiste à parcimoniosa admoestação de Sontag (2019) de que constitui um equívoco histórico crasso fazer remontar o nascedouro do instituto da colaboração premiada, tal qual o conhecemos hoje, às Ordenações Filipinas, inconcebível, entretanto, que deixemos de dar azo à observação de que já nela encontramos, resguardadas as peculiaridades que lhe são devidas, previsão expressa e dirigida ao por ventura inconfidente acerca da possibilidade de se lhe granjear um prêmio, desde que prestadas informações relevantes à Coroa. Em suma, encontrava-se ali contemplada uma espécie de justiça premiativa. Refere-se aqui especificamente ao crime de Lesa Majestade, caracterizado no Livro V, Título VI, das Ordenações Filipinas, da seguinte maneira e cujo excerto traz-se à colação:

Lesá Majestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do Rey, ou seu Real Stado, que he tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharão, que o compararão à lepra; porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversão, polo que he apartado da comunicação da gente; assi o erro da traição condena o que comette, e empece e infama os que de sua linha descendem, posto que não

tenham culpa. Os casos, em que se commette a traição, são estes. O primeiro, se algum tratasse a morte de seu Rey, ou da Rainha sua mulher, ou de alguns de seus filhos, ou filhas legítimos, ou a isso desse ajuda, conselho e favor. O segundo he, se o que tiver Castello, ou Fortaleza do Rey, elle, ou aquelle que da sua mão a tiver, se levantar com ella, e não a entregar logo à pessoa do Rey, ou a quem para isso seu special mandado tiver, ou a perder por sua culpa. O terceiro, se em tempo de guerra algum se fosse para os inimigos do Rey, para fazer guerra aos lugares do seu Reinos. (UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 1998)

Caracterizado o crime de Lesa Majestade, logo mais adiante, avançando na leitura do texto, é anunciada a auspiciosa promessa ao conspirador, quiçá compungido pela prospecção de uma paisagem medonha e decorrente do terrível crime, sobre a possibilidade de se gozar do benefício do perdão nos seguintes termos:

E quanto que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois por spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso, ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê. E em todo caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commetedor do crime de Lesa Majestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber. (UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 1998)

A partir, pois, do exame da letra fria do texto constante do Título VI, do Livro V, das Ordenações Filipinas, conclui-se que, em face da perspectiva de vir a ser levado a cabo o crime de Lesa Majestade, poderá o eventual delator – no sentido genérico daquele que revela informações importantes a outrem, a despeito das transgressões já operadas – ser beneficiado com a concessão do perdão régio desde que satisfeitas as seguintes condições: que leve as autoridades competentes ao corrente do empreendimento delitivo tão logo seja dele participado e antes ainda que já descoberto ele, ou o ato propriamente dito, pelo rei; que, embora ciente há já algum tempo da trama criminosa, revele-o ao rei antes que descoberto ou que algum ato lesivo seja perpetrado; e também que não seja o colaborador um dos principais mentores do crime. Assim se deu no caso paradigmático de Joaquim da Silva Silvério dos Reis, que figurou como um delator no episódio histórico da Inconfidência Mineira.

Em 15 de março de 1789, Joaquim da Silva Silvério dos Reis, ele próprio um dos conspiradores, foi ter com o Governador, Visconde de Barbacena, com o fito de, nos moldes do que preconizava as Ordenações Filipinas, noticiar o empreendimento inconfidente que se

havia desenhado e agora acercava-se mesmo da sua consecução. Na oportunidade, tal personalidade revelou à autoridade os planos afeitos à insurreição assim como os nomes de seus participantes. A revelação, por seu turno, deu ensejo à abertura de investigações contra os inconfidentes e, como é sabido de todos, impediu que o crime fosse levado a termo. (SONTAG, 2019)

Nos moldes do que preconizavam as disposições constantes das Ordenações Filipinas, ao passo que o senhor Joaquim dos Reis foi agraciado com o perdão régio, as demais personagens inconfidentes foram punidas com o degredo, excetuando-se, contudo, o alferes Joaquim José da Silva Xavier, mais conhecido como Tiradentes. Pois, no ano de 1792, Tiradentes foi levado à forca e em seguida teve o seu corpo esquartejado, a fim de que seus membros superiores e inferiores fossem espalhados pelo caminho que ligava Minas Gerais ao Rio de Janeiro, e sua cabeça, exibida no acume de uma estaca na então cidade de Villa Rica. (SONTAG, 2019)

Portanto, ao proceder à delação de um projeto delitivo do qual ele mesmo tomara parte, Joaquim da Silva Silvério dos Reis pôde beneficiar-se, como consequência jurídica do seu ato, do perdão régio, nos termos do estatuído no texto das referenciadas Ordenações: "No âmbito daquilo que podemos considerar consequência jurídica da delação, temos, por exemplo, o perdão da pena, a obtenção do status de fidalgo da casa real (e vantagens correlatas) e alguns ofícios do aparato estatal português que Joaquim Silvério exerceria" (SONTAG, 2019, p. 449).

Contudo, importante que se perceba que, longe de se revestir a relação entre a concessão do benefício e o seu recebimento de um feitiço contratual – sendo contrato o instrumento por meio do qual as partes entabulantes, informadas por interesses, particulares ou não, pactuam com algum grau de discricionariedade, embora respaldados pela lei, acerca da observância de obrigações e deveres recíprocos, conforme ocorre atualmente nos acordos de colaboração premiada –, trata-se ela, em verdade, de uma mercê, de uma graça, de um favor real à guisa de retribuição pelo serviço prestado à Coroa; de uma benevolência emanada do poder real para com alguém, no caso concreto, o delator Joaquim dos Reis. E sendo a mercê um favor real, é ela destituída do papel constitutivo obsequiado, por exemplo, por uma lei ao condicionar um prêmio a um comportamento específico. Destarte, enquanto a mercê decorreria da boa vontade e, por que não?, da generosidade régia, constituiria a lei, ao atribuir a um delator um prêmio, direito subjetivo, independente, pois, da boa vontade de qualquer autoridade (SONTAG, 2019).

De modo que, muito embora não seja possível retroagir ao período colonial, vislumbrando nas Ordenações Filipinas os primórdios do instituto da colaboração premiada, bastante plausível que reconheçamos naquelas disposições a transigência do ordenamento

jurídico da época com a relação entre delação, prestada por um ou mais autores ou partícipes, e prêmio, sendo este decorrente das informações relevantes prestadas a fim de que se possa descortinar o empreendimento delitivo.

3.2 As bases legais da colaboração premiada a partir da década de 1990

Outorgada a Constituição do Império do Brasil, pelo então imperador Dom Pedro I, aos 25 dias do mês de março de 1824, as Ordenações do reino foram definitivamente relegadas à história legislativa brasileira, e com elas o benefício da mercê régia. A corroborar tal fato, tem-se a edição do Código Criminal do Império, datado de 16 de dezembro de 1830, que estabilizou na Justiça Criminal brasileira um modelo de caráter conflitivo, pautado pela litigância entre as partes, que se antagonizavam entre si, e no qual instrumentos típicos de justiça negocial, em especial de caráter premiativo, não vinham contemplados em nenhum dos seus dispositivos. De maneira que o ordenamento jurídico brasileiro assim se conservou até fins do século XX, quando então tornou-se permeável a novos pendores legislativos no âmbito da persecução penal:

Até 1990, a Justiça criminal brasileira seguia (ferreamente) o modelo conflitivo (clássico), que pressupõe investigação, denúncia, processo, ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentença, duplo grau de jurisdição, etc. Praticamente, estava vedado qualquer tipo de negociação entre a acusação e a defesa. Não que um corréu não pudesse delatar seu comparsa; isso sempre foi possível; mas não se falava em novo paradigma de Justiça (mudanças pontuais não alteram o paradigma). (GOMES; SILVA, 2015, p. 164)

A partir da década de 1990, diversas leis foram paulatinamente introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro trazendo em seu bojo dispositivos que, em maior ou menor medida, disciplinavam formas de se colaborar com a Justiça. Malgrado as suas idiossincrasias, tais regramentos portavam consigo a característica comum de oportunizarem ao réu ou investigado a possibilidade de se granjear benefícios penais, contanto que colaborassem com a persecução criminal, muito amiúde mediante o expediente da colaboração. Muito embora uma parcela considerável desses dispositivos de lei não fosse dotada de atributos que lhe permitisse ser reconhecida tecnicamente como institutos negociais propriamente (SONTAG, 2019), certamente franquearam ocasião não apenas à inserção como também à incorporação ao ordenamento jurídico pátrio de expedientes fundados na negociação.

Antes, porém, de nos embrenharmos na discussão acerca dos institutos premiativos constantes dos dispositivos de leis criminais promulgadas na década de 1990, relevante nos atentarmos para um detalhe que, embora aparentemente insignificante, pode produzir algum tipo de confusão no decorrer das linhas que se seguirão da presente seção. Refiro-me aqui ao uso das expressões delação e colaboração. Alguns autores, como Hermes Duarte Morais (2018), estabelecem uma distinção entre ambas as palavras, fundando-a na relação conceitual lógica de gênero e espécie. Neste sentido, a colaboração, enquanto gênero, referir-se-ia à prestação de toda e qualquer sorte de informações aptas a obsequiarem aos órgãos responsáveis pela persecução penal a localização de vítimas, de bens objetos de crimes bem como a elucidação dos fatos delitivos; e a delação, espécie do gênero colaboração, estaria restrita, afora à confissão, à revelação de nomes de autores bem como de partícipes envolvidos em fatos delitivos. Lado outro, diversos autores, como o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp (2015), assim como as próprias leis afeitas à matéria em questão, tratam ambas as palavras como sinônimas.

No presente trabalho seguiremos esta última acepção, equiparando colaboração a delação, entendidas ambas como a contribuição prestada pelo réu ou investigado à Justiça no contexto circunscrito pela persecução criminal. Afinal, se o réu ou investigado aponta autores ou partícipes ou mesmo revela como está estruturada, por exemplo, uma organização criminosa bem como os muitos crimes levados à efeito em seu bojo, de um modo ou de outro, tomando-o por colaborador ou delator, será ele contemplado por algum benefício penal. De maneira que, se a distinção entre colaboração e delação faz algum sentido no âmbito teórico, em termos práticos não se verifica nenhuma repercussão produzida por este tipo de discriminação.

3.2.1 Lei nº 8.072/90

A primeira norma a versar sobre o tema e a positivar a possibilidade de colaboração foi a Lei nº 8.072, também conhecida como lei dos crimes hediondos. Promulgada aos 25 dias do mês de julho de 1990, regulamentou ela o inciso XLIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, definindo os crimes considerados hediondos. Dentre outras disposições, a mencionada lei, em seu artigo 7º, incluiu ao artigo 159, do Decreto-lei 2.848/40, um 4º parágrafo com a seguinte redação: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.” Ou seja, por intermédio deste dispositivo, no caso da ocorrência do crime de extorsão mediante sequestro, constante do Código Penal, seria dada ao integrante da quadrilha ou bando, na

qualidade de coautor, a oportunidade de se beneficiar de uma causa de diminuição de pena, mínima de um terço e máxima de dois terços, conforme o caso, desde que revelasse ele à autoridade competente informações tais que favorecesse efetivamente a libertação da vítima. Levados a efeito os requisitos legais, surgiria então ao colaborador o direito de gozar do benefício outorgado pela lei sem prévio acordo entre as partes. Portanto, longe de se ver consagrada neste dispositivo uma relação negocial, na qual se constata a existência de partes com interesses diversos ou recíprocos a transacionar acerca de determinado direito, o que vislumbramos é, em verdade, a existência de um direito, cujo cumprimento dos seus requisitos pelo agente, outorga-lhe determinado benefício. Logo, temos aqui um instituto cujas feições o aproximam muito mais da lógica do direito subjetivo do que da lógica negocial (SONTAG, 2019).

Raciocínio análogo pode ser dispensado ao artigo 8º da mesma Lei nº 8.072/90. Estatui este artigo que “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”. E faz constar no seu parágrafo único que ao integrante da associação criminosa cuja delação propiciar o seu desmantelamento será dado o direito de gozar de uma causa de diminuição de pena: “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”. Portanto, conforme já assentado no parágrafo anterior, também aqui temos uma possibilidade de colaboração com contornos muito mais afeitos à lógica do direito subjetivo do que a uma justiça negociada, em que proponente e concedente sentam-se à mesa a fim de discutir os mais diversos detalhes acerca de uma eventual colaboração (elementos de convicção a serem oferecidos, benefícios, renúncias, etc.) e firmar um acordo.

3.2.2 Lei nº 9.034/95

Cinco anos mais tarde, já em 1995, em princípios do mês de maio, entrou em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.034, a primeira a versar sobre organizações criminosas. De compleição bastante concisa, cujo conteúdo compunha-se apenas de 13 (treze) artigos, e sem definição expressa do que consistia uma organização criminosa, a aludida lei tinha por escopo precípuo dispor sobre procedimentos afeitos à repressão de crimes praticados no bojo de organizações criminosas, regulando ainda os respectivos meios de produção de provas.

Dentre os meios de produção de provas, o artigo 6º prevera a viabilidade da colaboração premiada. Conforme sua dicção, ao agente que colaborasse espontaneamente com a persecução penal, esclarecendo os fatos concernentes às infrações penais assim como as respectivas autorias, a sua pena poderia ser reduzida de um a dois terços: “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”.

Antes de mais nada, de suma importância se observar que aqui, diferentemente do que haverá de constar mais tarde da Lei nº 12.850/13, a colaboração deveria ser espontânea, e não apenas voluntária (DIPP, 2015). Com isso, se pretendeu significar que a colaboração deveria se originar de um ato de vontade particular, independente da influência ou aconselhamento de outrem; dever-se-ia tratar de ato inspirado apenas pelo desejo do colaborador, que, ensimesmado e a ponderar os benefícios e malefícios de uma eventual colaboração, de moto próprio, manifestaria ou não o seu interesse em colaborar. Portanto, não se admitiria aqui, como se admite hodiernamente, com o advento da Lei nº 12.850/2013, que ela fosse inspirada pela recomendação ou admoestação de terceiros, como, por exemplo, do próprio Ministério Público (DIPP, 2015).

Esclarecido este ponto relevante, cumpre acrescentar que, tal qual nos dispositivos já estudados anteriormente, verificamos também aqui o benefício colaborativo consubstanciado numa causa de diminuição de pena e, portanto, a ostentar feições de direito subjetivo do delator (SONTAG, 2019): cumpridos os requisitos constantes do dispositivo, qual seja, a colaboração espontânea com a persecução penal, a apontar as infrações penais e respectivas autorias, forçoso o reconhecimento judicial do seu direito à diminuição da pena, na proporção da efetividade das informações prestadas.

3.2.3 Lei nº 9.080/95

No mesmo ano de 1995, em meados do mês de julho, surge a Lei nº 9.080, que nos seus dois primeiros, dos seus apenas quatro, artigos acrescenta novos dispositivos a outras duas leis já vigentes, quais sejam: a Lei nº 7.492/86 e a Lei nº 8.137/90. Tanto em uma quanto em outra lei, ambos os dispositivos incluídos visaram à previsão legal de um novo meio de produção de provas, fomentando o incremento da investigação criminal.

No caso da Lei nº 7.492/86, cujo escopo se assenta na tipificação de crimes contra o sistema financeiro nacional, foi inserido no seu artigo 25 um segundo parágrafo. Em seu caput, o artigo 25 estatui que são responsáveis pelos crimes descritos na lei os seguintes agentes: o

controlador e os administradores da instituição financeira, tais quais gerentes e diretores: “são penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes”. E, logo em seguida, o parágrafo segundo do mesmo artigo oferece a esses mesmos agentes a possibilidade de se beneficiarem de uma causa de diminuição de pena, desde que assentes em colaborar efetivamente com a persecução criminal, obsequiando às autoridades competentes informações relevantes acerca do empreendimento delitivo: “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”.

No que concerne à Lei nº 8.137/90, por intermédio da qual foram definidos os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, a Lei nº 9.080/95, acrescentou-lhe um parágrafo único ao artigo 16. Presente nas disposições gerais, versa o referido artigo acerca da possibilidade de se provocar o Ministério Público ante o conhecimento da ocorrência dos crimes descritos na lei: “qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”. Neste contexto de se prestar informações ao órgão persecutório competente, o seu parágrafo único, em idênticos termos do artigo 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86, porta consigo a previsão de uma colaboração premiada.

O conteúdo dos instrumentos colaborativos constantes de ambos os dispositivos trazidos ao exame (artigo 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90) não diverge substancialmente dos dispositivos até então estudados: não se tratam de mecanismos negociais propriamente, senão de causas de diminuição de pena; tampouco baseiam-se eles na lógica contratual, baseando-se antes naquela própria do direito subjetivo (SONTAG, 2019). Talvez, a única novidade que se possa mencionar que destoe, embora não tão consideravelmente, dos demais dispositivos analisados anteriormente é um maior detalhamento, apontando expressamente os agentes públicos aos quais as informações poderão ser prestadas (autoridade policial, autoridade judicial e, por extensão, ao Ministério Público, haja vista ser ele o titular da ação penal pública, conforme dicção do artigo 129, I, da Constituição Federal, e a quem, portanto, destinar-se-ão os elementos de convicção que serão analisados e articulados em face de eventual propositura de uma ação penal).

3.2.4 Lei nº 9.099/95

Com a elaboração da Lei nº 9.099, o ordenamento jurídico brasileiro é provido, já em fins do ano de 1995, com o seu primeiro regramento criminal com contornos nitidamente consensuais, pautado pela negociação e cuja inspiração remonta inequivocamente à tradição estadunidense de uma Justiça Criminal arrimada na negociação. Com efeito, concomitantemente à regulamentação legal conferida ao artigo 98, I, da Constituição Federal, que determinara, entre outros expedientes, a criação de juizados especiais competentes ao processamento, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, trouxe a Lei 9.099/95 em seu bojo dispositivos que simplificaram e atenuaram procedimentos, por assim dizer, mais ortodoxos de Justiça Criminal, característicos de um padrão jurídico conflitivo e sobre o qual a Justiça Criminal brasileira está estruturada. (GOMES; SILVA, 2015)

No seu capítulo primeiro, dispõe a Lei nº 9.099/95, em apenas dois artigos, acerca de sua criação assim como de seus preceitos norteadores, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, optando-se preferivelmente, pelas vias da conciliação e da transação, sendo desde já possível constatar a evidente mudança paradigmática no âmbito penal brasileiro, porquanto não apenas praticável como também preferível o uso do instituto da transação penal à instauração de um processo:

art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Insculpido no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, a transação penal é uma instrumento consistente num acordo entabulado entre as partes interessadas – o Ministério Público, no caso de ação penal pública, ou o querelante, no caso de ação penal de iniciativa privada, e o ofensor –, em que o ofensor se compromete a se submeter voluntariamente a uma sanção penal diversa da prisão, ao passo que o órgão ministerial prescinde, como contrapartida, de oferecer uma denúncia em seu desfavor: “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Acontece que, até a vigência da lei em comento, não era dada ao Ministério Público a possibilidade de apreciar livremente acerca da pertinência ou oportunidade de uma ação penal. Isto porque prevalece no sistema processual corrente o princípio da obrigatoriedade. De modo que, presentes os elementos suficientes de autoria e materialidade delitivas, não havia até então alternativa outra ao Ministério Público senão a propositura da ação penal, sendo este um dever legal, desprovido, pois, neste quesito, de discricionariedade, nos termos do artigo 24 combinado com o artigo 28, ambos do Código de Processo Penal. Com o advento, entretanto, do instituto da transação penal, o princípio da obrigatoriedade foi sensivelmente mitigado, sendo agora praticável ao Ministério Público, mesmo em face de elementos bastantes de autoria e materialidade delitivas, embora apenas no âmbito dos juizados especiais criminais, dispor da propositura da ação penal, mediante acordo entabulado com o imputado:

No processo penal comum, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, segundo o qual aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Se a regra, em sede de ação penal pública, é o princípio da obrigatoriedade, é certo que, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento da denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do art. 76 da Lei dos Juizados, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor a transação penal, com a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multa. (LIMA, 2017, p. 1459)

No entanto, imprescindível a observação, ao tempo do acordo, do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos por parte do autor, sem os quais se tornaria ele inadmissível. Conforme Renato Brasileiro de Lima (2017), são eles os seguintes: ser a infração de menor potencial ofensivo, conforme inteligência do artigo 61; não ser o caso de arquivamento dos autos do termo circunstanciado (artigo 76); não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (artigo 76, § 2º, I); não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa (artigo 76, § 2º, II); que os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem a suficiência da adoção da medida (artigo 76, § 2º, III); que sejam crimes de ação pública incondicionada, condicionada à representação ou mesmo privada, a despeito da redação restritiva do *caput* do artigo 76, que menciona apenas as duas primeiras; que, no caso de crimes ambientais de menor potencial ofensivo, haja prévia composição dos danos ambientais, excetuando-se a situação de impossibilidade comprovada, conforme dicção do artigo 27 da Lei nº 9.605/98. Perfeitos os

requisitos, deverá o Ministério Público, já em sede preliminar e, portanto, na ausência de processo, propor a transação penal, que, se aceita por imputado e defensor, será levada a apreciação judicial (artigo 76, § 3º). O juiz, então, a apreciará e, verificando a higidez do instrumento, homologará o acordo, aplicando imediatamente a pena restritiva de direitos ou multa constante do acordo (artigo 76, § 4º).

Como se pode perceber pelo exposto, representou a Lei nº 9.099/95 em considerável medida uma inflexão em relação ao caminho até então trilhado pelo sistema penal brasileiro, a despeito, consigne-se, da introdução paulatina de mecanismos colaborativos, que, conforme já asseverado outrora, não constituíam instrumentos negociais propriamente. Afinal, porquanto assentado em normas positivadas e animado pelo princípio da obrigatoriedade, dado que divisada e subsumida determinada conduta delitiva à norma de direito penal respectiva, até então deveria o seu agente ser impreterivelmente objeto de persecução penal, promovida pelo Estado, por intermédio de seus órgãos competentes, a ponto de não estarem estes legalmente autorizados a prescindir, sob qualquer pretexto, deste encargo.

Mas, se esta é a regra a que ainda hoje se subordina a persecução penal no Brasil, então razão assiste à asserção de que introduziu a Lei nº 9.099/95 no ordenamento jurídico brasileiro uma exceção (FILGUEIRA; COIMBRA, 2016). Afinal, ao trazer em seu bojo o expediente da transação penal, facultou-se ao Ministério Público a alternativa de não submeter a um processo penal aquele investigado que, conforme a regra do sistema penal vigente, deveria se ver forçosamente denunciado, propondo, em substituição, a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa. Como resultado prático disso, tem-se a flexibilização do princípio da obrigatoriedade, visto que se tornou contingente, pelo menos no âmbito dos juizados especiais, aquilo que fora necessariamente obrigatório, aproximando, por consequente, o sistema penal brasileiro da experiência penal estadunidense, em que é exequível às partes transacionarem livremente, sem a necessidade de ser o caso criminal submetido a um processo judicial (FILGUEIRA; COIMBRA, 2016).

3.2.4.1 A justiça negocial estadunidense e o instituto do *Plea Bargaining*

Em razão das particularidades da construção histórica estadunidense bem como de necessidades pragmáticas, há tempos o modelo de Justiça assentado no consenso e na negociação constitui-se como paradigma no ordenamento jurídico daquele país, tendo se espalhado à seara penal sob o epíteto algo genérico de *Plea Bargaining* (VIEIRA, 2018). A remontar as suas origens ao século XIX, o direito premiativo estadunidense, como o próprio

nome sugere, trata-se, grosso modo, de um mecanismo por meio do qual são viabilizadas negociações entre promotoria e imputado, de maneira que, ao passo que este oferece a sua confissão, que é absoluta no ordenamento jurídico estadunidense, bem como informações pertinentes à investigação criminal; como contrapartida, o Ministério Público oferece ao indivíduo objeto da imputação criminal benefícios, entre os quais certamente a não persecução penal figura entre os seus principais. Toda a pactuação, desde as primeiras entrevistas até a formalização do instrumento, deverá ser necessariamente acompanhada por advogado; a totalidade do que é negociado entre as partes entabulantes é devidamente documentada; por derradeiro, o documento resultante do acordo é submetido à supervisão de um juiz de direito, que, certificando-se da higidez do instrumento, deverá homologá-lo (GOMES; SILVA, 2015).

Note, pois, que não apenas a liberdade como também a discricionariedade conferida à promotoria é bastante ampla, permitindo-se mesmo que o expediente negocial seja empregado a qualquer tipo de crime ou a qualquer tipo de imputado, haja vista a carência de requisitos objetivos à sua aplicação. Malgrado esta insuficiência, deverão ser observados, entretanto, o requisito subjetivo da voluntariedade, sendo cabível a revogação do instrumento em face de vícios de vontade bem como por eventual uso de provas ilícitas. Em outras palavras, a fim de que seja considerado válido o acordo entabulado com a promotoria, é preciso que o investigado ou réu, sendo, pois, juridicamente capaz, tenha manifestado a sua vontade livremente, de maneira que não tenha incidido sobre ele qualquer sorte de coação que a inviabilizasse ou viesse a inquiná-la; também imprescindível que estivesse ciente e pudesse compreender a que tipo de situação se sujeitava (VIEIRA, 2018).

Quanto às razões à adoção do expediente do *Plea Bargaining*, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015, p. 165) arrolam as seguintes:

o excesso de processos, amplo poder discricionário ao MP, complexidade do tribunal do júri, satisfação dos interesses dos atores processuais (excesso de trabalho com escassez de meios, pessoas e recursos, racionalização do trabalho; ganho de honorários mais rápido; evitar penas mais severas; excesso de trabalho dos defensores públicos, previsibilidade do resultado do processo, “crime wave” dos anos 60 nos EUA, reconhecimento da plea bargaining nos anos 70 pela Suprema Corte etc.) [...]

Com a adoção de mecanismos consensuais de resolução de conflito pela Justiça Penal estadunidense, como o *Plea Bargaining*, visava-se, portanto, afora à obtenção de vantagens às diversas personagens a compor o enredo processual, ao robustecimento do sistema acusatório, ficando o encargo da persecução penal sobre o Ministério Público, à redução substantiva das

demandas judiciais na seara criminal assim como à simplificação dos procedimentos afeitos ao processo criminal, afastando o quanto mais possível os entraves decorrentes de sua constituição formal. Em suma, pretendia-se com mecanismos tais como o *Plea Bargaining* tornar a Justiça daquele país célere, eficiente e dinâmica.

Empreendida esta sumária digressão acerca do instituto do *Plea Bargaining*, que, conforme constatamos, caracteriza, entre outros institutos, o sistema penal estadunidense como um modelo de Justiça Consensual, parece-nos razoável concluir, antes de mais nada, que os contornos procedimentais do *Plea Bargaining* aproximam-no bem mais do instituto da colaboração premiada, insculpido na Lei nº 12.850/13, do que da transação penal, constante da Lei nº 9.099/95, embora sejam ambas, transação penal e colaboração premiada, espécies do gênero justiça penal negociada (MORAIS, 2018); bem como razão assiste a Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva (2015), ao pontificarem que a introdução de mecanismos cada vez mais abrangentes de justiça negociada no Brasil, cuja Lei nº 9.099/95, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto da transação penal, foi notadamente influenciada pela experiência estadunidense. No entanto, ao se deixar permear por institutos tanto mais alheios ao seu característico sistema de Justiça, assentado no conflito entre as partes e pela rigidez dos seus procedimentos, o Brasil passa a fazer parte daquilo que Fábio Ramazzini Bechara e Gianpaolo Poggio Smanio (2016, p. 275-276) denominaram de cultura processual alternativa, caracterizada pela simplificação e flexibilização do procedimento tradicional assim como pela mitigação do seu conhecido e amplo garantismo:

A cultura processual alternativa mostra-se mais antiga nos Estados Unidos, e mais recente na Europa Continental e nos países da América Latina, concretizando-se pelo abandono do mito do modelo procedimental único, e pela flexibilização das estruturas procedimentais, e a atenuação do pleno garantismo.

Pois bem. As inovações trazidas pela Lei 9.099/95, já em fins dos anos 1990, ao ordenamento jurídico brasileiro, guarneceram-no ainda mais vigorosamente de alternativas nada ortodoxas de resolução de conflitos, tendo como centro de defluência, conforme se observou, a tradição negocial na qual se encontra arrimada a Justiça Criminal estadunidense. A introdução de tais alternativas à rigidez procedimental inerente ao sistema conflitivo brasileiro, ensejou a sua flexibilização e simplificação assim como levou o princípio da obrigatoriedade, sensivelmente mitigado, a ceder ainda que um pequeno espaço ao princípio da oportunidade, a

constituir uma nova lógica de construção de verdade, em que o consenso se coloca como o seu centro gravitacional:

Os mecanismos de negociação no processo criminal revelam, de um lado, uma nova lógica de construção da verdade pautada pelo consenso, em que, por exemplo, o princípio da obrigatoriedade é cada vez mais atenuado pelo princípio da oportunidade, e de outro lado, a preocupação em estabelecer salvaguardas ou standards de garantias individuais. (BECHARA; SMANIO, 2016, p. 276)

Evidentemente que detalhes há, e são os mais diversos, acerca de dispositivos da Lei nº 9.099/95 que não foram aqui minudenciados com o esmero devido assim como não foram discutidos os diversos desacordos ensejados por interpretações divergentes dos seus dispositivos. Contudo, enfrentá-los suplantaria sobremaneira os objetivos do presente trabalho, cuja pretensão está concentrada no exame do instituto da colaboração premiada constante da Lei nº 12.850/13, servindo a análise dos demais dispositivos de leis apenas à apresentação sintética do panorama geral que serviu, se não como embrião à colaboração premiada hodierna, certamente como uma espécie de catalizador do afluxo no sentido de se tornarem menos rígidos os procedimentos concernentes à esfera penal. Ademais, importante acrescentar, quanto ao instituto da transação penal, tratar-se ele de expediente despenalizador, porquanto, como se disse outrora, não apenas possível como também preferível o afastamento do processo criminal, com a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, contanto que satisfeitos os condicionantes legais.

3.2.5 Lei nº 9.269/96

Conforme já estudado anteriormente, a Lei nº 8.072/90 incluiu ao artigo 159, do Código Penal, um 4º parágrafo, em que se incorporou uma causa de diminuição de pena ao dispositivo, benefício este a ser concedido ao colaborador que, por meio das informações prestadas, facilitasse o resgate da vítima de seu cativo. A Lei nº 9.269, datada de 02 de abril de 1996, por seu turno, embora a manter a estrutura base da primeira dicção conferida ao parágrafo 4º, inclusive quanto à causa de diminuição, que restou inalterada, deu-lhe uma nova redação, a fim de que a colaboração abrangesse um número maior de situações em que o crime de extorsão mediante sequestro pudesse ocorrer: “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Não tendo havido alterações substantivas na redação do dispositivo, as mesmas ponderações feitas naquela oportunidade quanto à colaboração do imputado subsistem ainda aqui, podendo ser aplicadas integralmente à nova redação.

3.2.6 Lei nº 9.613/98

A Lei nº 9.613 também trouxe em seu bojo, já em seu primeiro texto, a promessa de concessão de um prêmio àquele que colaborasse espontaneamente com a persecução penal. Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em março de 1998, a referida lei foi concebida com os escopos precípuos de: tipificar o crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores, de prevenir a utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes nela descritos bem como criar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). O seu artigo 1º traz a tipificação do crime de lavagem de dinheiro assim como a cominação da sanção respectiva. Já nos parágrafos por ele perfilhados: são arrolados ainda crimes análogos aos constantes do *caput* do artigo (§ § 1º e 2º), versa-se sobre a modalidade tentada (§ 3º), dispõe-se sobre uma causa de aumento de pena (§4º) e, no derradeiro parágrafo 5º, prevê-se a viabilidade de se colaborar com as autoridades criminais:

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

Consoante consignado no texto da lei, para que o auxílio prestado à Justiça tenha implicações jurídicas em favor do colaborador, de modo a convalidar o seu direito, forçoso que as informações prestadas contribuam ao efetivo deslinde da apuração dos fatos delitivos bem como de suas respectivas autorias ou ainda concorram para que os bens, direitos ou valores em questão sejam devidamente descobertos pelos agentes públicos. Aqui também, como na Lei nº 9.034/95, a colaboração deverá ser realizada de maneira espontânea, ou seja, sem o aconselhamento ou influência de terceiros, como ato de vontade própria do colaborador, inspirado pelo seu desejo de colaborar – embora, evidentemente, até mesmo por uma questão de necessidade técnica, deverá o acusado ser aconselhado pelo seu patrono. Portanto, o que pretende a lei com a expressão colaboração espontânea não é uma declaração assentada na pureza de sua desafetação; mas, de outro modo, afastar a possibilidade bastante tangível de ser

o eventual colaborador cooptado, impelido ou persuadido por outros atores processuais, com interesses próprios, como o Ministério Público, a prestar o auxílio necessário à Justiça sob pena de, por exemplo, ter a sua situação processual agravada.

Quanto ao benefício, há três possibilidades: uma causa de diminuição de pena, que pode chegar mesmo a dois terços combinada com o cumprimento da pena em regime inicial aberto, a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e, até mesmo, a sua inaplicação, cuja concessão certamente dependerá do calibre do material trazido à baila pelo colaborador. Portanto, a despeito de suas idiossincrasias, diferentemente de um dispositivo com contornos lógicos afeitos à justiça negociada, como encontramos na Lei nº 9.099/95, o parágrafo 5º, do artigo 1º, da Lei nº 9.613/98 porta consigo um instrumento colaborativo muito mais intimamente relacionado à lógica do direito subjetivo (SONTAG, 2019): prestadas as declarações e verificada a sua suficiência à persecução penal, o benefício é direito que se estabelece ao colaborador, cuja pactuação recairia somente sobre o benefício a ser oferecido.

3.2.7 Lei nº 9.807/99

Também conhecida como lei de proteção à testemunha, a Lei nº 9.807 passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro em meados do ano de 1999. Como sugere a sua alcunha, dispõe ela acerca do regramento pertinente à organização e manutenção de programas de proteção, além de adoção de medidas com idoneidade à salvaguarda e assistência de vítimas, testemunhas ou acusados que tenham colaborado com a investigação ou processo criminal e, por conta disso, tenham sua integridade física ou psíquica submetidas a incessantes ameaças. Quanto à proteção conferida especificamente ao réu colaborador, constante do capítulo II, dois artigos nos são particularmente relevantes, quais sejam: o artigo 13 e o artigo 14, cujas redações são as seguintes:

art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-

autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

De maneira análoga aos diversos dispositivos das leis produzidas ao longo da década de 1990 e já analisadas no presente trabalho, vislumbramos em ambos os artigos direitos subjetivos (SONTAG, 2019) a serem conferidos ao investigado ou réu colaborador, contanto que satisfeitos os seus respectivos requisitos ensejadores.

No que tange ao artigo 14 não há novidades: trata-se de uma causa de diminuição de pena, que poderá chegar ao limite máximo de dois terços, e mínimo de um terço, a ser aplicada, em face de sentença condenatória, na segunda fase da dosimetria da pena em favor do apenado. No entanto, para que o colaborador seja deste modo beneficiado, forçoso que se satisfaçam os seguintes requisitos trazidos pelo texto legal: apontar às autoridades competentes os demais agentes perpetradores do delito no qual se encontra incurso, auxiliar no resgate da vítima com vida ou ainda na recuperação do produto do crime.

O artigo 13, contudo, malgrado a sua essencial similaridade com o artigo precedente, é revelador de maiores minudências. Decorrente de uma redação algo mais criteriosa, tal rigor poderia se justificar pelo significativo valor do direito ali positivado. Afinal, enquanto no artigo 14 o que se verifica é uma causa de diminuição de pena, no artigo 13 o que se tem é uma causa de extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, IX, do Código Penal. Logo, cumpridos os requisitos legais do artigo 13, poderá o colaborador ver declarada extinta a sua punibilidade. No entanto, para que o colaborador possa granjear este benefício, diferentemente do artigo 14, necessária a observação não apenas de requisitos objetivos como também de requisitos subjetivos. São requisitos subjetivos: estar desembaraçado o colaborador dos efeitos da reincidência (primariedade), a colaboração ser voluntária e, nada obstante, conforme inteligência do parágrafo único, exige-se ainda que observe o juiz se a personalidade do colaborador assim o recomenda. Em se tratando dos requisitos objetivos, embora dispostos em três incisos, os critérios são os mesmos daqueles constantes do artigo 14.

Visto tratarem-se, quer o benefício do artigo 13, quer o benefício do artigo 14, de direito subjetivo (SONTAG, 2019) do colaborador, perfeitas as condições, deverá ser de quaisquer deles beneficiário.

3.2.8 Lei nº 11.343/06

De maneira análoga ao artigo 14 da Lei nº 9.807/99, também a Lei nº 11.343 previu em um de seus dispositivos uma causa de diminuição de pena ao colaborador voluntário com a persecução penal. Datada de 23 de agosto de 2006, a reputada lei de tóxicos definiu crimes com o fito de dar combate às drogas, estabeleceu normas à sua repressão assim como à sua produção não autorizada, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas bem como preconizou medidas destinadas à prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Em seu capítulo II, após versar sobre os delitos e as suas respectivas penas, é estatuído no artigo 41 um mecanismo, por assim dizer, premiativo, nos mesmos moldes do artigo 14 da lei anterior:

art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Conforme se pode observar, em linhas gerais não há no dispositivo inovação. Oportuniza ele não apenas ao réu mas também ao investigado a possibilidade de gozar de significativa diminuição de pena, na eventualidade de sua condenação, contanto que contribua com o processo criminal ou com a investigação policial, contribuição esta que deverá importar num dos seguintes resultados: identificação dos demais agentes criminosos ou recuperação do produto do crime.

Sendo a colaboração voluntária assim como satisfeitos quaisquer dos dois requisitos objetivos mencionados, deverá beneficiar-se o colaborador de uma diminuição de ao menos um terço de sua pena, podendo este percentual alcançar o patamar máximo de dois terços, a depender da relevância do esforço colaborativo. Portanto, assim como já foi dito outrora acerca de dispositivos semelhantes, muito embora seja ele tributário de um contexto jurídico negocial, no qual se insere o instituto da colaboração premiada, a sua compleição o aproxima bem mais de um direito subjetivo (SONTAG, 2019) do que de um mecanismo em que a pactuação e o interesse das partes entabulantes propriamente possuem primazia inclusive sobre o interesse público de punir do Estado.

3.2.9 Lei nº 12.683/12

Seis anos mais tarde, já em meados de 2012, nova lei foi promulgada com o franco desiderato de alterar em diversos pontos a Lei nº 9.613, dando nova redação, por conseguinte, ao artigo 1º, § 5º, que, como vimos, versava sobre direito premiativo. Visando sobretudo à eficiência dos mecanismos persecutórios atinentes ao crime de lavagem de dinheiro, a Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012, manteve praticamente incólume, quanto à sua estrutura e benefícios oferecidos, o parágrafo 5º, do artigo 1º, da Lei nº 9.613, apenas esmerando-se em minudenciar aspectos concernentes à sua mais correta e justa aplicabilidade. Eis a sua nova e hodierna redação:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Como se vê, foi mantido o benefício da causa de diminuição de pena assim como a possibilidade, facultada ao juiz, de deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos. No entanto, caso aplicada a redução da pena, o regime inicial aberto não figura mais como o seu consentâneo necessário, porquanto ampliada a possibilidade neste sentido com a também viável fixação do regime inicial semiaberto. Também restaram inalteradas a disposição acerca da colaboração espontânea, que, consigne-se, é diversa da voluntária, conforme esclarecido numa anterior oportunidade, bem como as condições objetivas da colaboração, quais sejam: a prestação de informações relevantes à compreensão da trama delitiva, a delação de agentes criminosos assim como a localização de bens, direitos ou valores decorrentes das condutas criminosas. De mais a mais, restam inalteradas as considerações feitas quando da análise do dispositivo com a redação anterior, podendo ser aplicados integralmente ao presente caso, ressalvadas, claro está, as modificações aqui apontadas.

3.2.10 Um breve interregno

Dando continuidade à nossa digressão pelas leis penais no tempo que portem consigo institutos que apresentem como contrapartida à colaboração do réu ou investigado um benefício

ou, se assim o preferirem, um prêmio, chegamos a 2013, ano em que foi promulgada a mais importante lei neste sentido: a Lei nº 12.850. Antes, contudo, de passarmos ao seu estudo, entendemos indispensável dar um passo atrás e retrocedermos ainda um momento no tempo, a fim de melhor organizarmos e explicitarmos ideias e fatos reputados centrais à melhor compreensão do tema colaboração premiada bem como acrescentar-lhes novas, porém imprescindíveis, informações.

3.2.10.1 Colaboração enquanto direito subjetivo e colaboração enquanto “contrato”

A primeira observação a se fazer é a de que, em consonância com Sontag (2019), não vislumbramos em absoluto nas Ordenações Filipinas uma espécie de nascedouro do instituto da colaboração premiada. A despeito de algumas semelhanças, são elas apenas aparentes e superficiais; extrínsecas, portanto. Isto porque, enquanto o atual instituto da colaboração premiada é estruturado a partir de componentes oriundos e atinentes à lógica negocial – em que as partes, em maior ou menor medida, transacionam acerca de um acordo a ser firmado e que gozará de força obrigacional –, a colaboração das Ordenações é produto de uma racionalidade demasiado diversa da negocial: é ela regida pela lógica da mercê, espécie de graça concedida pelo rei como recompensa a favores, a serviços relevantes que lhe foram prestados. De modo que se a possibilidade de se granjear um benefício decorrente da delação, no caso das Ordenações Filipinas, foi versada na seção 3.1, isto se deveu muito mais à necessidade de distingui-la do que de aproximá-la dos institutos colaborativos modernos e, sobretudo, da colaboração premiada constante da Lei nº 12.850/13.

Igualmente importante é perceber que os dispositivos colaborativos trazidos pelas leis vicejadas ao longo de toda a década de 1990 não eram, com exceção da transação penal constante da Lei nº 9.099/95, institutos propriamente negociais, muito embora, diferentemente da mercê constante das Ordenações Filipinas, em certa medida se relacionassem com a lógica da justiça negocial. Mas, ora! Se não eram institutos negociais precisamente, o que se tinha então? O que se tinha eram institutos que, conquanto reservassem às partes processuais uma margem à pactuação, este espaço revelava-se demasiado exíguo, até mesmo pela considerável objetividade do texto normativo, a outorgar benefícios determinados ao colaborador. Tecnicamente mais preciso, portanto, que fossem esses institutos colaborativos compreendidos como, em vez de institutos negociais, direitos subjetivos (SONTAG, 2019) do réu, vez que fundamentados no fato de que, preenchidos os requisitos legais, a sua fruição, pelo colaborador, seria questão de direito.

Destarte, o aspecto transacional propriamente somente veio a se assomar com evidente vigor e substância com o advento da lei dos juizados especiais, a trazer em seu bojo a possibilidade de transação penal e afastamento do processo criminal. Em outras palavras, o que se assevera aqui é que, inobstante a emersão de diversos dispositivos de lei no ordenamento jurídico brasileiro a viabilizar a eventualidade da colaboração do imputado com a Justiça em troca de um benefício, tais quais os outrora apresentados, não proporcionaram eles uma efetiva mudança de paradigma na Justiça brasileira, sendo tal guinada observada somente com o advento da lei dos juizados especiais, que trouxe em seu bojo o instituto da transação penal (GOMES; SILVA, 2015). No entanto, o instituto negocial constante da Lei nº 9.099/95 estava reservado exclusivamente aos crimes de menor potencial ofensivo. Quanto aos crimes de maior potencial ofensivo, as mudanças somente foram se dar, embora também em fins do século XX, a partir do caso conhecido como Banestado (FILGUEIRA; COIMBRA, 2016).

3.2.10.2 O caso Banestado – um marco no emprego da colaboração premiada contra o crime organizado – e a experiência italiana

O escândalo do Banestado – arranjo delitivo descoberto já em fins do século XX, mediante o qual vultuosas somas em dinheiro, decorrentes de atividades ilícitas perpetradas de maneira sistemática e organizada por empresários, políticos e doleiros, eram enviadas, por intermédio dos malfadados “laranjas”, a uma agência do Banco do Estado do Paraná (Banestado), localizada na cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos – representou mais uma inflexão rumo a um modelo de Justiça pautada pela negociação entre partes. Pois foi no bojo das investigações e processos judiciais encetados por este caso que a colaboração premiada passou a adquirir feições objetivamente negociais. No entanto, como até aquele momento não havia lei própria em que se desse a regulamentação do instituto da colaboração premiada, mas apenas leis diversas a versar-lhe em maior ou menor medida, os acordos então entabulados entre imputados e representantes de órgãos persecutórios decorreram da articulação dos institutos colaborativos já vigentes no ordenamento jurídico brasileiro com a experiência colaborativa italiana, no bojo do seu combate ao crime organizado (VIEIRA; MORILLAS, 2018).

Assolada pela atividade criminosa organizada das chamadas máfias, enredadas principalmente na prática do tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, extorsão mediante sequestro, entre outros crimes igualmente graves, a República Italiana, em princípios da década de 1970, envidou esforços no sentido de dar uma resposta legal à corrosão do Estado e de suas estruturas de funcionamento. Até este momento, contudo, os chefes mafiosos, por intermédio

de suas respectivas organizações delitivas – dentre as quais citamos como exemplo as poderosas e temidas *Cosa Nostra* (siciliana), *Ndrangheta* (calabresa) e *Camorra* (napolitana) – operavam os seus negócios ilícitos, inclusive nos mais altos postos do poder político, com a desfaçatez que é própria de todo aquele que se sente seguro de sua impunidade.

A confiança demasiada numa espécie de imunidade dos criminosos, ou melhor dizendo, dos mafiosos, quanto às suas respectivas responsabilidades criminais assentava-se sobretudo no fato de que havia uma intensa relação de cumplicidade entre os componentes das famigeradas máfias. Proporcionada por um grau considerável de identificação de um membro não apenas com a organização criminosa como também com os seus correligionários, esta relação de camaradagem era de tal modo amalgamada que, mesmo em face da captura de um membro da facção criminosa pelas autoridades responsáveis pela persecução criminal, difícil, se não impossível, de se chegar a seus líderes por meio de declarações do preso – assim era a cumplicidade tácita, ou, para valer-nos da expressão correlata em italiano, *omertà*, que vigia entre os mafiosos. Em virtude de uma conjuntura em que reinava o mais absoluto silêncio entre os membros das facções criminosas, entendeu-se que imprescindível à sua descontinuação o oferecimento de estímulos ainda mais fortes do que aqueles decorrentes da cumplicidade tácita que unia os seus membros. Foi justamente com este desiderato que o direito premiativo foi introduzido na Itália. (FILGUEIRA; COIMBRA, 2016)

Com o advento da colaboração premiada, tornou-se possível ao imputado, na medida em que se dispusesse a romper a lei do silêncio existente entre os componentes de determinado grupo mafioso, prestando o auxílio necessário à Justiça, gozar de benefícios penais até então inexistentes no ordenamento jurídico italiano. O objetivo, pois, não era outro se não o de alcançar os líderes mais proeminentes da organização criminosa, quiçá mesmo os ditos *capi dei capi*, assim como granjear informações tais que permitissem aos representantes dos órgãos responsáveis pela persecução penal compreender o funcionamento interno de cada organização. Concomitantemente à adoção da colaboração premiada como meio de combate ao crime organizado, novos tipos penais foram gradualmente criados assim como penas de crimes já tipificados foram agravadas ou qualificadas, a fim de dar uma resposta mais efetiva às modalidades de crimes praticadas por tais organizações. Outrossim, foram introduzidos na legislação italiana, sobretudo a partir das experiências concretas e à guisa de maiores incentivos à colaboração, novos benefícios aos colaboradores. (FILGUEIRA; COIMBRA, 2016)

Tendo sido a Itália o primeiro país ocidental com bases jurídicas arraigadas no modelo de Justiça do *civil law* a utilizar o expediente da colaboração premiada em larga escala com o fim específico de combater, quiçá mesmo desbaratar, as atividades delitivas de grupos

criminosos organizados que fustigavam a sociedade bem como as estruturas de funcionamento do Estado italiano, serviu ela como uma espécie de modelo e referência à utilização do expediente da colaboração premiada no Brasil em fins da década de 1990. (VIEIRA; MORILLAS, 2018)

À experiência italiana, a valer de exemplo e inspiração à aplicação do instituto da colaboração premiada no Brasil, somou-se o aproveitamento do arcabouço jurídico vertido ao longo dos anos 1990, a prestigiar institutos premiativos, para então engendrarem as condições formais e materiais dos acordos a serem pactuados. Para tanto, as balizas necessárias foram encontradas sobretudo em dispositivos pertinentes e constantes da Lei nº 9.807/99 bem como da Lei nº 9.034/95, notadamente os artigos 13 e 14 daquela e o artigo 6º desta, tomado este último artigo por requisito especial. Por conseguinte, tais artigos poderiam ser combinados ainda com aqueles constantes de diplomas legais atinentes à imputação criminal específica, conforme cada caso concreto. (GOMES; SILVA, 2015)

Portanto, a experiência proporcionada pelo caso Banestado, que, por seu turno, inspirou-se no modelo de combate ao crime organizado da Itália, foi especialmente representativa, pois, com base nos acordos de colaboração premiada entabulados no bojo de investigações e processos criminais ensejados por ela, o instituto da colaboração premiada passou a adquirir no ordenamento jurídico brasileiro contornos objetivamente negociais. Ademais, toda essa conjuntura serviu de paradigma para outros casos em que se lançaria mão do instituto da colaboração premiada.

3.2.11 A Lei nº 12.850/13

Inobstante o emprego significativo de expedientes colaborativos como instrumentos de combate ao crime, sobretudo quando organizado, desde os últimos anos do século XX, o que se viu até então foi, por assim dizer, uma substantiva ampliação dos espaços de consenso no âmbito do direito penal brasileiro, sem, contudo, promover a positivação da colaboração premiada, consolidando assim a inflexão rumo à quebra de paradigmas no âmbito da persecução penal já encetada pela transação penal. No entanto, imprescindível reconhecer que todas essas experiências colaborativas reunidas, talhadas e limadas pelas contingências relacionadas a casos determinados e concretos, especialmente as mais recentes, atreladas ao caso do Banestado, contribuíram sobremaneira ao estabelecimento das bases para algo de mais concreto no que concerne à regulamentação da colaboração premiada e às mudanças a ela atinentes. É dentro deste contexto de adaptação do nosso sistema jurídico, pautado por uma Justiça

predominantemente contenciosa, a expedientes característicos do modelo de Justiça negocial, assentado na pactuação entre as partes interessadas, que, por intermédio da elaboração da Lei nº 12.850/13, a colaboração premiada é regulamentada.

Antes, contudo, de tecermos comentários acerca da lei retro mencionada, promulgada no ano de 2013, insta salientar que, desde lá até o presente momento, sofreu ela diversas alterações produzidas por leis que traziam consigo artigos destinados precipuamente ao aperfeiçoamento de alguns de seus institutos ou ainda à inclusão daqueles por ela ainda não previstos. A última alteração, contudo, ocasionada pela Lei nº 13.964, datada de fins de 2019, produziu mudanças significativas em toda a lei, mas, sobretudo, na seção destinada ao instituto da colaboração premiada. Com o intento de não nos prolongarmos demasiadamente em nossa incursão acerca da lei e do próprio instituto da colaboração premiada, prescindiremos, salvo exceções que entendermos pertinentes, de nos determos acerca das redações pretéritas, focando a nossa análise no texto legal recente com as modificações já consumadas.

Constituída por 03 (três) capítulos – sendo o seu segundo capítulo subdividido ainda em 05 (cinco) seções distintas –, entre os quais são distribuídos os seus 27 (vinte e sete) artigos, a Lei nº 12.850/13 não apenas definiu o conceito de organização criminosa como também tipificou o crime correspondente. Dispôs ainda acerca de infrações criminais correlatas, dos meios idôneos à obtenção de provas assim como sobre as investigações e os procedimentos criminais a serem adotados em circunstâncias tais. Na oportunidade, alterou ainda o Código Penal quanto à redação do artigo 288 bem como o preceito secundário do artigo 342. Não obstante, revogou, em sua totalidade, a Lei nº 9.034/95. Em suma, em virtude das novidades legislativas bem como dos aperfeiçoamentos insculpidos em seu bojo, a Lei nº 12.850/13, ao envidar esforços no sentido de adequar o ordenamento jurídico brasileiro ao combate ao crime organizado, representou, sem dúvida nenhuma, uma nova inflexão quanto aos paradigmas então vigentes sobretudo no âmbito da persecução penal.

Em seu capítulo primeiro, intitulado “Da Organização Criminosa”, logo após ser delimitado no artigo 1º os propósitos específicos da lei em questão e, por conseguinte, o seu âmbito de incidência, em seu parágrafo 1º é dada a definição de organização criminosa, identificada pelas seguintes características (DIPP, 2015): reunião de quatro ou mais pessoas; afinidade associativa entre as pessoas que, embora desempenhem atividades diversas, trabalham pelo mesmo intento delitivo com propósitos comuns; estrutura ordenada (uma racionalidade), quer formal, quer informalmente; com o objetivo precípua de obter vantagens, independentemente de sua natureza, desde que convertível em valor pecuniário; realização de atividades criminosas cujas penas máximas sejam maiores que 4 anos ou constituam crimes

transnacionais. Perfeitas estas características, identificada a existência de uma organização criminosa e, por conseguinte, a pertinência da incidência da lei ao caso concreto, ou seja, em face daquela situação em que se divise a ação de uma organização criminosa, a presente lei terá a sua aplicação.

Atraem igualmente a incidência da lei em comento as situações descritas no parágrafo 1º do artigo 2º bem como nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 1º, quais sejam: obstrução de investigação, as “infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” (art. 1º, § 2º, I, Lei nº 12.850/13) e as organizações terroristas. Afora, portanto, os crimes envolvendo organizações criminosas ou a estes equiparados (obstrução de investigação, crimes previstos em tratados ou convenções internacionais e crimes praticados por organizações terroristas internacionais) não há se falar em aplicação de dispositivos da Lei nº 12.850/13. Do que se segue que o regime da colaboração premiada se refere a este plexo específico, não se estendendo a outros diversos dele (DIPP, 2015).

Outrossim, no artigo 2º é tipificado o delito de organização criminosa; nos parágrafos 2º, 3º e 4º, do mesmo artigo, são formuladas possíveis exasperações à pena, como no caso de participação de criança ou adolescente (artigo 2º, § 4º, I); e nos parágrafos derradeiros (5º, 6º, 7º, 8º e 9º) são estabelecidas as providências cabíveis nos casos de participação de funcionários públicos e nos casos em que há já decisão condenatória exarada pelo Juízo competente.

No capítulo referente à investigação e aos meios de obtenção da prova, o artigo 3º serve-lhe de baliza, na medida em que apresenta, em seus 08 (oito) incisos, os meios de obtenção de prova admitidos não apenas durante as investigações como também quando já encetado o processo criminal. São eles: a colaboração premiada (I); a captação ambiental (II); a ação controlada (III); acesso a registro de ligações, a dados cadastrais constantes de bancos de dados e a informações eleitorais e comerciais (IV); interceptação de comunicações (V); levantamento de sigilos financeiro, bancário e fiscal (VI); infiltração em atividades investigativas, realizada por policiais (VII); e cooperação entre instituições e órgãos públicos federais, distritais, estaduais e municipais, no que tange a informações relevantes à persecução penal (VIII). A despeito, contudo, do número limitado dos meios de obtenção de provas admitidos na lei, não se trata aqui de um *numerus clausus*. Em outros termos, sem embargo dos meios de investigação e de obtenção de prova arrolados pela lei em comento, serão admitidos ainda a utilização de outros meios, desde que respaldados por lei vigente no ordenamento jurídico brasileiro (DIPP, 2015).

Indigitados os recursos investigativos e de obtenção de prova autorizados legalmente, pronuncia-se circunstancialmente a Lei nº 12.850/13 ainda acerca de 04 (quatro) destes, fazendo-lhes objeto central de cada uma das 04 (quatro) seções subsequentes, sendo a quinta seção destinada à tipificação de crimes decorrentes da investigação ou da obtenção de provas.

A primeira delas (Seção I), a principiar agora pelo novo artigo 3º-A, incorporado pela Lei nº 13.964/19, versa sobre o instituto da colaboração premiada. Ao dissertar acerca do acordo de colaboração premiada, apontando desde a sua natureza jurídica até as formalidades procedimentais a serem observadas, tais quais legitimidade, sigilo de informações, medidas de segurança e proteção, entre outras, com o fito de serem asseguradas a higidez do instrumento a ser elaborado assim como a preservação de garantias aos envolvidos, sobretudo ao réu ou investigado colaborador, mais do que simplesmente prevê-lo em lei ou estabelecer uma espécie de rito à constituição do acordo, tem-se a sua efetiva regulamentação do instituto (FILGUEIRA; COIMBRA, 2016). Portanto, temos certamente aqui uma das principais inovações trazidas pela Lei nº 12.850/13. Afinal, muito embora a possibilidade de se colaborar com a Justiça tenha sido prevista, conforme verificamos, em diversas leis surgidas ao longo de toda a década de 1990, tendo sido mesmo utilizada, em fins do Século XX, no combate à criminalidade organizada, notadamente no caso Banestado, pela primeira vez o instituto da colaboração premiada é efetivamente regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro. E de tal modo, que os requisitos e procedimentos constantes da Lei nº 12.850/13 passaram a servir de parâmetro a colaborações encetadas no bojo de outros diplomas legais (GOMES; SILVA, 2015). Acerca da colaboração premiada, entretanto, serão prestados melhores esclarecimentos e minudenciados os seus procedimentos em momento oportuno.

Já na seção II, como o próprio título sugere, “Da Ação Controlada”, os seus 02 (dois) artigos dão conta não apenas dos aspectos gerais do instituto como também do modo pelo qual será devido e, portanto, lícito o retardamento da atuação policial ou administrativa quando do combate à criminalidade organizada.

Mais meticulosa que a anterior, a seção III encarrega-se da investigação policial, mais especificamente da infiltração de agentes policiais envolvidos na investigação criminal. Nela são tratados: os aspectos mais gerais pertinentes ao expediente investigativo em tela (artigo 10); a sua viabilidade no ambiente virtual (artigo 10-A) bem como algumas de suas idiossincrasias (constantes dos respectivos parágrafos); as demais ocasiões em que é cabível (artigo 10, § 2º); o período de tempo durante o qual, via de regra, será admitida (artigo 10, §§ 3º e 4º); os direitos dos agentes infiltrados (artigo 14); além de pormenores imprescindíveis a uma condução técnica, apropriada e escrupulosa de uma investigação que se valha do expediente da infiltração.

Já a seção IV é destinada à sistematização do seguinte meio de obtenção de prova, constante do inciso IV do artigo 3º: acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações. Sob este enfoque, chama a atenção, sobretudo, que, conforme dicção do artigo 15, seja dispensada a autorização judicial quanto ao acesso a dados cadastrais do investigado não apenas ao delegado de polícia como também ao representante ministerial. Ressalte-se, contudo, que esta, por assim dizer, ressalva legal, recai somente sobre dados concernentes à qualificação pessoal, filiação e endereço do investigado, ou seja, informações que permitem apenas e tão somente a sua identificação, destituídas de idoneidade a produzir-lhe eventuais prejuízos e, portanto, vilipendiarem o direito do imputado de não produzir provas contra si, garantido pela Constituição Federal (artigo 5º, LXIII) e respaldado pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. Outrossim, os artigos 16 e 17 estabelecem, respectivamente, às empresas de transporte e às concessionárias de telefonia fixa e móvel o dever de, pelo período de tempo de 05 (cinco) anos, disponibilizarem às autoridades competentes os dados e registros requeridos e pertinentes à investigação criminal.

Por derradeiro, a sessão V se destina à previsão bem como à cominação de penas a crimes porventura cometidos no transcorrer das investigações criminais como também por intermédio do manejo de meios de obtenção de prova, como no caso do artigo 19, que comina pena de reclusão de um a quatro anos àquele que, sob pretexto de colaborar com a Justiça, imputar falsamente a prática de um delito a pessoa, ainda que ciente de sua inocência.

Em suas derradeiras disposições, constantes do capítulo III, a Lei nº 12.850, haja vista encampar o espaço ocupado outrora pela Lei nº 9.034/95, ampliando-o substantivamente além de sistematizar mais meticulosamente os meios operacionais destinados à repressão de organizações criminosas, revoga-a expressa e integralmente (artigo 26). Nada obstante, promove ainda modificações nos dois artigos já mencionados do Código Penal.

No caso específico do artigo 288, as mudanças foram mais drásticas, na medida em que não apenas transmutou o *nomen juris* do delito de “Quadrilha ou Bando” para “Associação Criminosa” como também tornou menos abrangente o tipo delitivo, que passou a exigir um número menor de agentes, qual seja: pelo mínimo três, em vez de quatro ou mais agentes, conforme redação anterior. A despeito do preceito secundário, que permaneceu incólume, as mudanças quanto a este artigo, entretanto, não pararam por aí. Pois, a nova redação conferida ao seu parágrafo único estatuiu, para o caso de se tratar de associação criminosa armada ou ainda envolver o empreendimento delitivo a participação de criança ou adolescente, uma causa de aumento de pena da ordem da metade, quando na redação pretérita não se previa a exasperação em face da participação destes eventuais agentes. Entretanto já havia a previsão de

exacerbação da pena quanto ao uso de armas pelo bando ou quadrilha, que poderia alcançar, na hipótese de pena máxima, até os seis anos, haja vista que a pena deveria ser aplicada em dobro. No que tange à alteração efetuada no preceito secundário do artigo 342, as penas mínima e máxima foram exasperadas, passando de um a três anos para dois a quatro anos.

Cumprе ressaltar ainda que, na hipótese de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e intentada a ação penal em decorrência de quaisquer dos crimes previstos na Lei nº 12.850/13 e com eles conexos, deverá o processo seguir o procedimento comum ordinário, nos termos do seu artigo 22. Ao passo que o seu parágrafo único estatuiu o prazo limite de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável por mais até 120 (cento e vinte) dias, desde que mediante decisão judicial fundamentada, para o encerramento da instrução, em casos a envolver réu preso. Por derradeiro, o artigo seguinte trata da ocasião de, também mediante decisão judicial fundamentada e, portanto, ante fundada necessidade, decretar-se o sigilo da investigação criminal. No entanto, decretado o sigilo, há ser respeitado o direito de acesso aos autos ao advogado da parte interessada, conforme parágrafo único do artigo em comento, como corolário do direito à ampla defesa.

Em suma, ao trazer em seu bojo não apenas elementos de cunho material, como a tipificação do crime de organização criminosa e daqueles a ele afeitos, como também elementos próprios do direito processual, como os procedimentos investigativos a serem adotados e os meios de obtenção de prova admitidos, aspirou-se estabelecer, sob um único diploma legal, uma espécie de amálgama normativo cujo escopo precípua era o combate à criminalidade organizada, fato este evidenciado já em seu artigo 1º, no qual fica definido o seu âmbito de atuação. De maneira que, com a elaboração da Lei nº 12.850/13, intentou-se concentrar, numa única lei, todos os elementos necessários, decorrentes seja de inovações ou ainda de aperfeiçoamentos, a uma persecução efetiva e eficiente de crimes de elevado potencial ofensivo.

Visava-se com isso, sobretudo, suplantar a experiência malograda de outrora, em que, a partir da consulta de diversos outros diplomas legais, pretendia-se extrair a experiência colaborativa bem como o procedimento indispensável à promoção do combate ao crime organizado. Portanto, não se afigura de maneira nenhuma descomedida a asserção de que, com a sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro, a principal proposta da Lei nº 12.850 seria a de regular todos aqueles procedimentos afeitos ao combate à criminalidade organizada, concentrando-os o quanto mais possível em um mesmo diploma legal. De modo que, ao congregaг institutos e sistematizar expedientes com o fito de se bater contra uma modalidade de crime que grassava na sociedade contemporânea e que até então os meios tradicionais de repressão não se mostravam capazes de contê-la, a Lei nº 12.850/13 se assomou como

promotora de significativas modificações no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais a sistematização do instituto da colaboração premiada figura certamente como a principal delas (DIPP, 2015).

Sob a perspectiva de uma inserção progressiva, no ordenamento jurídico brasileiro, de leis que traziam em seu bojo mecanismos próprios de um modelo de justiça negocial, dinâmica principiada na década de 1990, ampliaram-se significativamente os espaços de consenso num ambiente ferreamente orientado pelo modelo conflitivo clássico, sem, contudo, promoverem-se efetivas mudanças paradigmáticas, excetuando-se aqui, no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo, o instituto da transação penal, introduzido pela Lei nº 9.099/95. Ao se empenhar, no entanto, em adequar a Justiça brasileira ao combate à criminalidade organizada, conferindo sobretudo um novo trato normativo ao instituto da colaboração premiada, cujo resultado mais eloquente foi a sua regulamentação, a Lei nº 12.850/13 rompeu com os paradigmas até então vigentes no âmbito da persecução penal, na medida em que acomodou o nosso modelo de Justiça, pautado pelo conflito, a um instituto concebido e desenvolvido no interior de um modelo consensual:

A primeira das evidências, como já mencionado acima, é que a delação premiada rompe com padrões processuais históricos pelos quais a política de repressão penal, de punibilidade, de regime prisional e particularmente de relação do crime e da pena, e se apresenta como alternativa inteiramente nova ao encarceramento e às diligências caras e difíceis para o esclarecimento da criminalidade organizada. (DIPP, 2015, p. 64)

3.2.11.1 A colaboração premiada

Topograficamente postada na seção I do capítulo II e autorizada pelo artigo 3º, I, da Lei nº 12.850/13, a colaboração premiada constitui meio de produção de prova. É o que consta da dicção do seu artigo 3º-A: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 583):

a palavra prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar*, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

Afigurando-se como meio de se auferir a confirmação de algo, de alguma coisa ou, no espectro circunscrito pela prática jurídico-criminal, de um fato delitivo, em suma, podemos definir prova, como o produto decorrente do resultado cognitivo extraído de um meio, que pode ser tanto pessoal quanto real, desde que dotado de idoneidade à formação da convicção do órgão jurisdicional acerca da autoria e da materialidade delitivas. Será, portanto, por intermédio dessas provas que serão reconstituídos, em juízo, os fatos objetos da imputação criminal, que outrora compuseram uma realidade história, buscando-se, o quanto mais possível, acercar-se dela.

Sob esta perspectiva, diferem as provas dos elementos informativos na medida em que, enquanto aquelas são produzidas sempre sob o lume do contraditório e da ampla defesa, em Juízo, portanto, estes são produzidos precipuamente de modo a servir de sustentáculo mínimo à persecução penal. A partir do momento em que se verifica a existência mínima de dados a corroborar o fato delitivo, servirão eles, pois, à propositura da ação penal respectiva, constituindo-se como uma das principais pilastras a amparar a peça acusatória vestibular. Logo, o seu destinatário é o titular da ação penal, seja ela pública, seja ela privada, cuja finalidade é a formação da *opinio delicti*. Vez que estes elementos são ratificados em Juízo, temos a produção de provas. (LIMA, 2017)

Compreendido o conteúdo mais geral do conceito de prova, cumpre agora distinguirmos meios de prova de meio de obtenção de provas. E mais uma vez aqui laçamos mão do magistério de Renato Brasileiro de Lima (2017), segundo quem meios de prova são, como o próprio nome sugere, os meios por intermédio dos quais aqueles elementos provenientes, quer de pessoas, quer de coisas e dos quais se extraem as provas, posto que dotados de capacidade para o esclarecimento, em qualquer aspecto que seja, do fato delitivo, são levados a integrarem o processo, a fim de corroborarem, por conseguinte, com a formação da convicção do órgão jurisdicional. Meios de prova são, portanto, em outros termos, recursos pessoais ou reais que, por conta das informações que portam consigo, e na medida em que concorrem à elucidação dos fatos delitivos em Juízo, auxiliam na resolução do processo criminal, cujo desfecho se dará mediante decisão exarada por um juiz ou por um órgão colegiado. Escusado, então, pontuar que meios de prova são, salvo exceções demasiado específicas, laborações produzidas já com o processo devidamente instalado e, por conseguinte, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Figuram como exemplos de meios de prova as declarações de uma ou mais testemunhas em Juízo ou ainda o conteúdo de um documento devidamente periciado. Ambos, as declarações da testemunha e o conteúdo do documento, ao permitirem ao órgão jurisdicional o deslinde do

fato delitivo, fornecendo-lhe provas dele – entendendo prova como o resultado da atividade cognitiva propiciada pelo meio de que se vale o processo criminal – constituirão meios de prova.

Meios de obtenção de provas, por seu turno, são expedientes legalmente assentidos e dos quais as autoridades responsáveis pela persecução penal – via de regra policiais, muito embora, em menor medida, também o Ministério Público – lançarão mão com o fito de obterem aqueles recursos pessoais ou reais com capacidade de fornecerem ao Juízo meios de prova. Tratam-se, portanto, de operações preambulares, frequentemente realizadas no interior do contexto investigativo, a fim de se perquirir por pessoas ou objetos dotados de informações que corroborem ou refutem o contexto que deu ensejo à investigação, quicá o próprio fato delitivo em sua integralidade. Em suma, meios de obtenção de prova são meios frequentemente utilizados durante a investigação criminal, recursos extraprocessuais, portanto, visando à identificação de testemunhas, documentos ou outros objetos – fontes de provas –, cujas declarações ou cujos conteúdos – a saber, meios de prova – muito amiúde constituirão o plexo necessário à emergência da prova, ou seja, os resultados cognitivos deduzidos dos meios de prova, corroborando assim, em Juízo, os fatos imputados a um ou mais indivíduos (LIMA, 2017). São exemplos de meios de obtenção de prova, conforme dicção do artigo 3º da Lei nº 12.850/13: a colaboração premiada, a captação ambiental, a ação controlada, o acesso a registro de ligações, a dados cadastrais constantes de bancos de dados e a informações eleitorais e comerciais, a interceptação de comunicações, o levantamento de sigilos financeiro, bancário e fiscal, a infiltração em atividades investigativas, realizada por policiais e a cooperação entre instituições e órgãos públicos federais, distritais, estaduais e municipais, no que tange a informações relevantes à persecução penal.

Sendo a colaboração premiada meio de obtenção de prova, que, conforme explicitado nos parágrafos precedentes, não é o mesmo que meio de prova, mas recurso investigativo, mediante o qual se buscará chegar aos meios de prova, possível asseverar que a regulamentação do instituto pela Lei nº 12.850/13 se prestou a estabelecer um dos principais expedientes à disposição das autoridades estatais, a fim de que mais facilmente se sobrepujassem as dificuldades inerentes a uma investigação criminal dessa natureza e, conseqüentemente, auferissem os meios de prova com idoneidade a elucidar a conjuntura delitiva objeto das declarações do colaborador. Logo, no âmbito circunscrito por um acordo de colaboração premiada, não configuram as declarações do colaborador meio de prova, mas apenas e tão somente o recurso por meio do qual serão granjeados os meios de prova.

Inobstante, as declarações prestadas pelo colaborador em Juízo, por exemplo, em sede de audiência de instrução e julgamento e, portanto, fora do contexto contratual e extraprocessual

da colaboração, ainda que idênticas às declarações prestadas por ocasião desta, serão consideradas meios de prova, visto que produzidas sob a observação do contraditório e da ampla defesa. No entanto, repise-se, dentro de um contexto instrumental, enquanto recurso investigativo a ensejar o conhecimento do arcabouço estrutural de uma organização criminosa, assim como as suas atividades e membros, a colaboração premiada figura apenas e tão somente como meio de obtenção de prova. E, portanto, não deverá servir de sustentáculo à prolação de eventual sentença condenatória, tampouco à decretação de medidas cautelares ou ao recebimento da denúncia. Tal é a inteligência do artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.964/19, dispondo as situações referidas, respectivamente, nos incisos III, I e II: “§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador: I - medidas cautelares reais ou pessoais; II - recebimento de denúncia ou queixa-crime; III - sentença condenatória”.

O artigo 3º-A também lança luz sobre um tema que, desde a promulgação da Lei 12.850/13, foi objeto de diversas controvérsias, qual seja: a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada. Como somente em fins de 2019 este artigo foi inserido pela Lei nº 13.964, durante muito tempo se discutiu acerca da natureza jurídica do instituto. Em meio a tantas polêmicas, a perspectiva de que era dotada a colaboração premiada daqueles elementos próprios de negócios jurídicos processuais rivalizara-se, de certo modo a colocá-la em posição antagônica, com aquela que via no instituto as características mais elementares de um acordo ultra partes.

Grosso modo, em consonância com Vieira (2018), para os que enquadravam o instituto da colaboração premiada como negócio jurídico processual, os efeitos decorrentes do estabelecimento do instrumento colaborativo somente incidiriam sobre as partes pactuantes, a saber, o Ministério Público ou a autoridade policial e o colaborador, limitando-se, pois, a estes. De acordo com tal entendimento, ao não se espriarem os seus efeitos para além das partes envolvidas, posto que restrito o seu alcance àqueles diretamente interessados, não poderiam afetar terceiros estranhos ao acordo então entabulado, como eventuais delatados, a sociedade ou mesmo o Poder Judiciário.

Acontece que uma das partes envolvidas no acordo, notadamente o Ministério Público, fala em nome do interesse público, qual seja o interesse de punir do Estado, que também se estende a toda a sociedade. Outrossim, em sua dicção, o *caput* do artigo 4º estatui algumas possibilidades de benefícios conferidas ao agente colaborador sujeitos à apreciação do Poder Judiciário. Ora! Se os efeitos da colaboração estão sujeitos à apreciação judicial, haja vista que será o juiz da causa quem imporá, com algum espaço à discricionariedade, a pena ou mesmo

deliberará quanto à concessão do perdão judicial, não há se sustentar que os efeitos do contrato entabulado pelas partes incidiriam somente sobre as partes contratantes. (VIEIRA, 2018)

Não por outro motivo, as vozes dos apologistas da colaboração premiada como acordo ultra partes ecoam ainda nos dias de hoje. Afinal, ainda de acordo com Vieira (2018), para os defensores do instituto da colaboração premiada como acordo ultra partes, os efeitos do acordo entabulado entre as partes suplantam-nas, alcançando terceiros estranhos ao contrato, embora nele interessados. De modo que a única hipótese sob a qual o instituto da colaboração premiada apresentaria natureza jurídica de negócio jurídico processual seria quanto à possibilidade outorgada ao Ministério Público de não oferecer a denúncia, insculpida no parágrafo 4º do artigo 4º da Lei nº 12.850/13. Quanto às demais hipóteses, todas terminariam por alcançar terceiros estranhos ao contrato. Destarte, conforme postulado pelos paladinos desta tese, melhor seria que fosse identificado o instituto em questão com o regime jurídico próprio de um acordo ultra partes.

Instado a se manifestar, em agosto do ano de 2015, no bojo do *Habeas Corpus* nº 127.483 (MORAIS, 2018), o plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que se tratava a colaboração premiada de negócio jurídico processual personalíssimo, dotado de feições contratuais. Desde então, muito embora tenha sido pacificada a questão, pelo menos quanto aos questionamentos judiciais concernentes à natureza jurídica do instituto, as discussões doutrinárias ainda assim se perpetuaram. Entretanto, agora, com as derradeiras alterações promovidas pela Lei nº 12.850/13, em que se fez questão de explicitar o regime jurídico a nortear a aplicação do instituto, a despeito de eventuais discordâncias, via de regra, decorrentes do reconhecimento das idiossincrasias do direito penal brasileiro, pautado pelo conflito e pelo interesse público, em face de um instrumento próprio do modelo de Justiça consensual, fato é que ficou legalmente estatuído que se trata o instituto da colaboração premiada de negócio jurídico processual.

Considerando o modelo predominantemente conflitivo, com vistas à satisfação do interesse público, que se dá por intermédio do *jus puniendi* estatal, no qual a Justiça Penal brasileira está assentada, em cotejo com o regime jurídico da colaboração premiada, abalizado por características próprias de uma justiça predominantemente negocial, a primeira e mais patente conclusão passível de ser extraída deste confronto é que não se amolda perfeitamente a pactuação prevista na Lei nº 12.850/13 ao direito penal brasileiro. Se o instituto em comento não se enquadra impecavelmente às particularidades do direito penal, em conformidade com Moraes (2018) melhor sorte não assiste quanto à sua harmonização à acepção civil de um contrato. Afinal, a lógica contratual civilista é orientada por princípios cujos atributos são tais

que os colocam em polos diametralmente opostos a muitos daqueles a orientar o direito penal. Exemplo disso é o princípio da autonomia da vontade. Enquanto, no âmbito civil, as partes são livres para regulamentar os seus interesses, na seara penal prevalece o interesse público ante os interesses particulares das partes entabulantes, a tal ponto que as cláusulas constantes dos acordos colaborativos deverão restar adstritas ao texto legal.

Visto que não se encaixa perfeitamente o instituto da colaboração premiada ao modelo penal brasileiro, tampouco às especificidades do direito civil; considerando ainda o reconhecimento de que possui o instituto particularidades que o tornam, por assim dizer, *sui generis*, posto que diferente de todos os negócios jurídicos atinentes ao ordenamento jurídico brasileiro, enquanto negócio jurídico processual voltado ao direito penal, importa que traz consigo a característica indelével do consenso entre as partes, tendente à flexibilização do *jus puniendi* estatal e do exercício do contraditório. Portanto, resguardadas as especificidades do modelo penal vigente no Brasil e a despeito delas, com a regulamentação de um instituto cuja natureza jurídica cria uma espécie de direito contratual penal, aquele afluxo que principiara outrora, com introdução de leis que traziam em seu bojo expedientes colaborativos e que interpretamos como a ampliação dos espaços de consenso, passando ainda pelo instituto da transação penal, a proporcionar mudanças paradigmáticas no âmbito jurídico-penal brasileiro, atinge agora o seu cume, visto atingir também os crimes de maior potencial ofensivo.

Conhecida a sua natureza jurídica e entendido que se trata de meio de se obter meios de prova com idoneidade a corroborar os fatos delitivos, avancemos à proposta propriamente dita de colaboração premiada, que, consigne-se desde já, é encetada mediante negociações preambulares entre o Ministério Público ou a autoridade policial e o colaborador e somente após aperfeiçoada e devidamente formalizada, ensejará a intervenção do Poder Judiciário.

Nos termos da Lei nº 12.850/13, as tratativas acerca de um eventual acordo de colaboração premiada são principiadas desde a manifestação de vontade do interessado. Para tanto, este deverá dirigir a sua proposta ao Ministério Público ou à autoridade policial competente, firmada de próprio punho bem como subscrita por seu advogado ou, não sendo este o caso, acompanhada de procuração outorgada pelo interessado ao seu patrono com poderes especiais para encetar as tratativas (artigo 3º-C, caput). Note-se, pois, a imprescindibilidade do acompanhamento do procedimento por advogado, seja ele público ou particular, o que é reforçado em seus termos pelo § 1º do mesmo artigo: “nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público”. Nada obstante, conforme dicção do artigo 3º-C, §§ 3º e 4º, ao ser formulada a proposta, deverá vir ela instruída ainda com a descrição pormenorizada dos fatos delitivos objetos de pretensão

colaboração e que, portanto, tenham relação com os fatos investigados, não sendo escusado deixar de apontar os elementos nos quais a sua narrativa possa ser corroborada (eventuais meios de prova). Devidamente integrada a proposta, nos termos da lei, deverá ser ela remetida à autoridade competente para apreciação e, caso deferida, para que sejam encetadas também as negociações.

Recebida e apreciada a proposta de formalização de acordo de colaboração premiada, duas são as alternativas dadas ao órgão competente: o deferimento ou o indeferimento sumário. Indeferida de plano a proposta, deverá, contudo, ser devidamente justificada, o interessado cientificado de sua negativa (artigo 3º-B, § 1º) e impedido de se valer o celebrante das informações ou elementos outros fornecidos de boa-fé pelo pretenso colaborador. Em face, todavia, do seu acolhimento, presta-se ele a demarcar não apenas o início das negociações entre as partes interessadas, momento em que serão sopesadas as vantagens e desvantagens de eventual acordo, como também a respectiva confidencialidade. É o que dispõe o *caput* do artigo 3º-B, que acrescenta ainda que, sob pena de quebra do sigilo, confiança e boa-fé, vedada a divulgação desses documentos preambulares até o levantamento do sigilo no momento oportuno ou por meio de decisão judicial. Ainda quanto à confidencialidade, deverão as partes interessadas firmar um termo que não apenas as vinculará como também desautorizará eventual indeferimento posterior (artigo 3º-B, §2º).

Então, vez que deferida e levada a termo a proposta assim como atermada a sua confidencialidade, firmadas pelo celebrante, pelo colaborador e por seu advogado, dotado de poderes específicos para tanto, nos termos do artigo 3º-B, § 5º, inescusável revisão posterior? O artigo 3º-B, §2º, aventa tal possibilidade em termos de justa causa. Logo, se embora inesperada, porém ulteriormente constatada, a má-fé do proponente, por exemplo, tal fato poderá ensejar a recusa posterior da proposta. No entanto, aqui temos uma exceção. A regra geral é: porquanto recebida a proposta e firmado o termo de responsabilidade, não poderá o órgão celebrante indeferir-la posteriormente.

Superada a, por assim dizer, fase propositiva, passam as partes interessadas às tratativas acerca da formalização do acordo de colaboração premiada. E aqui, o primeiro ponto a ser observado é o seguinte: se as negociações se dão entre as partes interessadas, depreende-se, pois, que ao órgão jurisdicional não será dado tomar-lhes parte, inteligência esta ratificada pela redação do artigo 4º, § 6º:

O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de

polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Ademais, o pretense colaborador será cientificado de que deverá renunciar ao seu direito, então garantido constitucionalmente, ao silêncio, sujeitando-se ao compromisso de dizer somente a verdade, nos termos do artigo 4º, § 14. No que concerne às questões a serem objeto de pactuação, inobstante não haver espaço a cláusulas destituídas de previsão legal, poderão ser formuladas e formalizadas cláusulas respeitando sempre os limites estatuídos em lei (MORAIS, 2018). Neste sentido, as partes poderão requerer ao Juízo, que o apreciará no momento devido que: seja reconhecida a colaboração como causa de diminuição da pena em até 2/3 (dois terços); seja substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos; seja concedido ao colaborador o perdão judicial (artigo 4º, *caput*); ou ainda, em face de colaboração já com decisão exarada, seja a pena reduzida à metade ou mesmo admitida a progressão de regime, a despeito de circunstancial carência de requisitos objetivos (artigo 4º, § 5º). Para tanto, deverá o celebrante, desde já, observar a possibilidade de decorrer da colaboração um ou mais dos resultados previstos nos 05 (cinco) incisos do artigo 4º, quais sejam:

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.

Considerando ainda estas condições, poderá o Ministério Público suspender o prazo para o oferecimento da denúncia em desfavor do colaborador ou deixar mesmo de oferecê-la, observadas as demais disposições do artigo 4º, parágrafos 3º, 4º e 4º-A, este último introduzido pela Lei nº 13.964/19 com o fito de explicitar o alcance da expressão conhecimento prévio da infração, constante do parágrafo anterior:

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador.

Estabelecidas, de comum acordo, as condições à formalização do acordo de colaboração premiada, este será levado a termo e abrangerá: os relatos pormenorizados dos fatos delitivos, as condições acordadas, a declaração de aceitação do colaborador, subscrita pelo seu patrono, as respectivas assinaturas das partes entabulantes bem como de eventuais representantes e circunstanciais medidas protetivas, em face de declarada necessidade, tudo nos termos do artigo 6º. Ressalte-se ainda que, não obstante serem atermadas as declarações do colaborador, estatui o artigo 4º, § 13, que não apenas os atos respeitantes à colaboração como também as negociações serão registrados mediante recursos de gravação, via de regra em mídias audiovisuais, como CD's. Cumpre também salientar, conforme se depreende das formalidades estabelecidas e dos cuidados especiais a resguardar o colaborador de eventuais prejuízos, inclusive processuais, cautelas estas que se principiaram desde a proposta de formalização de colaboração premiada, que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor” (artigo 4º, § 15, Lei nº 12.850/13).

O fim das tratativas, com o aperfeiçoamento do instrumento, demandará, a partir de então, para que seja devidamente formalizado o acordo de colaboração premiada, a sua homologação perante o órgão jurisdicional. Conforme disposição constante do artigo 7º, *caput*, “o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto”. Distribuído o pedido, o conteúdo da colaboração, como as declarações do colaborador e o seu respectivo termo, bem como as demais documentos e informações adjacentes, como a cópia da investigação, serão remetidos para análise diretamente ao Juízo competente, cujo magistrado restará expressamente impedido de levantar o sigilo do acordo de colaboração premiada até o recebimento da peça acusatória vestibular (artigo 7º, §§ 1º e 3º). Ressalva o § 2º, contudo, em vista de se garantir o exercício do pleno direito de defesa que, mediante prévia autorização judicial, poderá o defensor, a resguardar os interesses do seu constituinte eventualmente objeto de representação, ter acesso aos elementos de prova respeitantes a ela, desde que, claro está, eventuais diligências já tenham sido cumpridas.

De posse do inteiro teor do instrumento colaborativo, deverá o juiz, guardando o devido sigilo, proceder à oitiva do colaborador, na presença do defensor respectivo, a fim de que verifique a higidez do acordo sob os seguintes prismas (artigo 4º, § 7º): regularidade (inciso I), legalidade (inciso I), adequação (incisos II e III) bem como voluntariedade (IV).

Ao observar a regularidade e a legalidade, interessa ao juiz identificar se o instrumento se aperfeiçoou sob a mais rigorosa atenção às regras atinentes à sua formação, insculpidas no texto legal. Em suma, verifica-se se o instrumento não foi constituído à margem dos limites fornecidos pelas regras da lei vigente.

Ademais, é analisada a compatibilidade dos benefícios pacutados e constantes do instrumento com aqueles trazidos no corpo da lei, quais sejam: perdão judicial, redução de até 2/3 da pena ou a sua substituição por pena restritiva de direitos, suspensão do prazo ao oferecimento da denúncia ou mesmo o seu não oferecimento bem como a redução da pena já exarada em sentença de até metade ou progressão de regime.

De modo análogo, será verificada a congruência dos resultados previstos e constantes do instrumento colaborativo com quaisquer daqueles exigidos minimamente pela lei: a identificação de coautores ou partícipes assim como as respectivas infrações nas quais estariam incursos, a revelação da estrutura hierárquica e operacional da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação de produtos ou do proveito decorrente de atividades criminosas no bojo da organização ou a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

Não menos importante a este, por assim dizer, escrutínio judicial é a observação da voluntariedade do colaborador. Neste ponto, a presença do colaborador, devidamente acompanhado de seu patrono, frente ao juiz, torna-se imprescindível. Afinal, deverá o juiz analisar ainda se não houve a concorrência de qualquer sorte de vício ao manifestar o imputado o seu desejo de entabular um acordo de colaboração premiada. Aqui, conforme se distinguiu outrora, a manifestação não precisa ser necessariamente espontânea, posto que plenamente aceitável que tenha sido inspirada por recomendações ou juízos de terceiros. Importa que o colaborador não tenha sido compelido, seja por sugestões de terceiros, seja pela imposição de medidas judiciais cautelares, tais como prisões, arrestos, sequestros, bloqueio de valores, entre outras (GOMES; SILVA, 2015).

Apreciados os requisitos de validade e existência necessários à formalização da avença, o juiz, sem adentrar o mérito, visto se tratar, neste momento, de uma análise meramente formal, com o fito de avaliar a higidez do acordo, verificará se foram cumpridas as formalidades necessárias bem como se há compatibilidade entre as cláusulas pactuadas livremente e o

ordenamento jurídico vigente e proferirá um juízo positivo ou negativo acerca da homologação do instrumento colaborativo. Sendo ele positivo, o imputado passa a gozar da condição formal de colaborador, com todos os direitos e deveres garantidos por lei. Caso negativo, em vista de circunstanciais inconstâncias, deverá o juiz devolver o acordo às partes interessadas para que promovam os ajustes necessários ao seu aperfeiçoamento (artigo 4º, § 8º). Realizadas as modificações devidas, o acordo é uma vez mais remetido ao Juízo competente para nova apreciação. Importante salientar ainda que, rejeitada a homologação do acordo, poderão quaisquer das partes impugnar a decisão: é a dicção do artigo 4º, § 7º-B, que acrescenta serem nulas de pleno direito cláusulas a prever a renúncia quanto a tal direito.

Considerando homologado o acordo em Juízo, o imputado, conforme se asseverou no parágrafo anterior, passa a gozar da condição formal de colaborador bem como de todos direitos e deveres a ela concernentes. Acerca dos direitos, estatui o artigo 5º os seguintes:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

No que concerne aos deveres, figuram entre eles: o de manter sob sigilo as informações a que teve acesso por ocasião da colaboração (art. 3º-B, § 5º), sob pena de incorrer no crime de obstrução da investigação (artigo 2º, § 1º); prestar todas as informações necessárias à consecução de ao menos um dos resultados constantes dos incisos do artigo 4º e, portanto, pertinentes à investigação, sob pena de rescisão do acordo, quando dolosa a omissão (artigo 4º, § 17); o de dizer sempre a verdade, abstendo-se, por conseguinte, do direito ao silêncio (artigo 4º, § 14); não mais se envolver em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena também de rescisão (artigo 4º, § 18).

Já asseveramos que, ao apreciar o acordo de colaboração premiada, a fim de homologá-lo ou não, o juiz atem-se restritivamente a avaliações de caráter formal. No que concerne ao mérito do acordo, somente será perscrutado quando do julgamento do feito, momento, aliás, em que o mérito de todo o processo também será objeto de exame, nos casos específicos em que ainda não tenha sido prolatada a decisão respectiva (MORAIS, 2018).

Consoante previsão insculpida no artigo 4º, ao analisar o mérito do feito, o juiz poderá conceder o perdão judicial, reduzir de até 2/3 a pena restritiva de direitos ou ainda substituí-la

por pena restritiva de direitos, tendo em conta o requerimento das partes, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração (artigo 4º, § 1º) bem como a efetividade da colaboração, que deverá, por sua vez, consubstanciar-se em quaisquer dos seguintes resultados: a identificação de coautores ou partícipes assim como as respectivas infrações nas quais estariam incursos, a revelação da estrutura hierárquica e operacional da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação de produtos ou do proveito decorrente de atividades criminosas no bojo da organização ou a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

Em linhas bastante gerais, é o que temos a dizer acerca das características mais gerais bem como da sistemática do instituto da colaboração premiada, consideradas as modificações mais recentes. Evidentemente que diversos pormenores trazidos pelo instituto não foram adentrados neste espaço, tampouco foram enfrentadas questões polêmicas ou objetos de eventuais questionamentos. Afinal, o que se pretendia aqui era apenas e tão somente apresentar os aspectos mais gerais do instituto, os seus contornos mais genéricos, a fim de conhecê-lo. De maneira que a discussão acerca de pormenores ou de questões controvertidas suplantaria sobremaneira o escopo desta seção, qual seja, repise-se: apresentar um panorama geral da colaboração premiada com enfoque no instituto insculpido na Lei nº 12.850/13, a fim de que sirva ele de arrimo ao seu exame sob a perspectiva da teoria do bem jurídico.

4 ROBUSTECIMENTO OU FRAGILIZAÇÃO DE BENS JURÍDICOS? – A COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A ÓTICA DO BEM JURÍDICO

4.1 O bem jurídico como técnica de tutela de valores

Em nossa despretensiosa incursão pelos meandros da teoria do bem jurídico, desenvolvida na seção segunda, tivemos a oportunidade de constatar que a concepção de bem jurídico despontou-se a partir de teorias políticas relacionadas à expansão do pensamento jusnaturalista contratual, que prosperou em solo iluminista setecentista como doutrinas utilitaristas de separação entre direito e moral e, conseqüentemente, como justificção externa do direito de punir do Estado. Neste sentido, a legitimidade conferida ao Estado de proibir e punir estaria atrelada à constatação de condutas ofensivas ou deletérias à segurança dos indivíduos colocados, direta ou indiretamente, sob sua tutela:

Para que se possa proibir e punir comportamentos, o princípio utilitário da separação entre direito e moral exige, como igualmente necessário, o fato de que os mesmos ofendam concretamente bens jurídicos alheios, cuja tutela é a única justificção das leis penais enquanto técnicas de prevenção daquelas ofensas. O Estado, com efeito, não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos nem mesmo promover-lhes, de forma coativa, a moralidade, mas, somente, tutelar-lhes a segurança, impedindo que os mesmos causem danos uns aos outros. (FERRAJOLI, 2002, p. 178)

Sob os auspícios das ideias elaboradas por Feurbach, que o expressara em termos de direitos subjetivos, como algo destituído de feições materiais, transmutou-se em dados concretos extraídos da realidade com Birbaum, dotado de materialidade, portanto; ato contínuo, tomou o conceito novo ímpeto sob o matiz positivista legalista, conferido pelas ideias de Binding; do âmbito jurídico irrestrito, ao qual restara relegado sob a perspectiva positiva, foi então redimensionado e remodelado por Von Lizst, que lhe emprestara feições tais que o fizeram transcender o mais absoluto legalismo, desaguando, mais contemporaneamente, após passagem por concepções axiológicas, nas assim denominadas concepções funcionais ou sistêmicas e constitucionais do bem jurídico. De maneira que vários são os enfoques sob os quais é plenamente possível entender validamente bem jurídico.

Nada obstante tão embaraçosa imprecisão conceitual, a destituí-lo, por isso mesmo, de um núcleo material estritamente delimitado, reconhecido e majoritariamente aceito por aqueles que pretendam manejá-lo com algum grau de segurança, podemos caracterizar bem jurídico a

partir das seguintes proposições basilares: são entes, materiais ou imateriais, cujo valor para a sociedade ou para o ser humano, individualmente considerado, embora sempre em relação com terceiros, revele-se de tal modo relevante à sua existência, associação e desenvolvimento a ponto de justificarem e, conseqüentemente, atraírem para si a tutela estatal sob a sua forma mais drástica: o direito penal.

Note, portanto, que a caracterização de determinado bem como bem jurídico depende de escolhas pautadas por um juízo de valor. De modo que bem jurídico corresponderá sempre e necessariamente a uma apreciação valorativa, revelando-se, conforme Luiz Régis Prado (2014, p. 220), a partir do seu plano axiológico:

Nessa linha de pensamento, convém evidenciar-se que o bem jurídico não se identifica exatamente com o seu substrato: revela algo mais que sua base, visto ser resultado de um juízo positivo de valor sobre algo, que se lhe encarna, e acaba por dar-lhe um conteúdo ímpar de cunho empírico-valorativo. É sempre portador de um sentido, de algo valioso para o ordenamento jurídico, sendo expressão de uma relação empírico-axiológica.

Como juízo positivo de valor sobre um ente, dado ou realidade, de caráter social, pode ter o bem jurídico um componente ideal (v.g. , depoimento da testemunha). O citado juízo supõe integrar esse ente no contexto de uma determinada ordenação axiológica das realidades sociais. Estas últimas formam o suporte do bem jurídico, que, no caso específico do bem jurídico de um preceito incriminador, sofre um processo de abstração ou generalização que o desvincula de suas concretas formas de manifestação (v. g., no delito de furto, o bem jurídico "propriedade" não faz referência à propriedade X).

Das proposições assentadas outrora acerca da ideia central de bem jurídico, importante ressaltar ainda, em conformidade com Luiz Régis Prado (2014), que, quanto à titularidade, os bens jurídicos podem ser individuais, porquanto voltados à proteção de bens de seres humanos individualmente considerados, bem como transindividuais ou mesmo metaindividuais, na medida em que o âmbito de sua salvaguarda extravasa o campo de incidência meramente individual, visando à tutela de um conjunto de indivíduos, do âmbito social e, portanto, da vida em sociedade:

[...] estão para além do indivíduo - afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade -; supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.

Esses bens jurídicos, próprios do Estado social de Direito, são primordiais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano enquanto pessoa, bem como sua real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada. (PRADO, 2014, p. 224)

Firmadas as características mais elementares acerca da ideia de bem jurídico, as especificidades trazidas, seja pelas suas perspectivas mais contemporâneas, como a constitucional e a funcional-sistêmica, seja por perspectivas de certo modo já relegadas à história do Direito, como as noções mais “primitivas” desenvolvidas por Feuerbach e Birnbaum, seja ainda por perspectivas subjetivistas e arbitrárias, arrimadas na valoração ética e na discricionariedade, ou objetivas legalistas, pautadas por uma legalidade inflexível, fundada na onipotência do legislador e no Direito como valor encerrado em si mesmo, assomar-se-iam apenas como espécies de acréscimos, de particularizações do conceito, a fim de atender ao escopo intrínseco abrangido por determinada corrente teórica, na medida em que se propõe a delimitar o conteúdo material do bem jurídico.

4.2 Colaboração premiada: meio de obtenção de prova

Na seção terceira, destinada ao estudo da colaboração premiada, traçamos um panorama relacionado ao movimento geral de ampliação dos espaços de consenso no âmbito da Justiça Criminal brasileira, que culminou com a regulamentação do instituto da colaboração premiada pela Lei nº 12.850/13. Para tanto, trouxemos à colação diversas leis, introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro a partir do ano de 1990, que portavam consigo expedientes colaborativos. Falamos ainda da incipiente experiência colaborativa brasileira, aplicada ao conhecido caso Banestado, cuja prática foi proporcionada pela combinação de dispositivos constantes da Lei nº 9.807/99 com aqueles da Lei nº 9.034/95. Registramos também que a experiência Banestado foi inspirada na prática penal italiana de combate à criminalidade organizada, que, por seu turno, procurou adaptar ao sistema do *civil law* esse instrumento tão tipicamente afeito e com origens no sistema anglo-saxão do *common law*. Ademais, analisamos, embora perfunctoriamente, a Lei nº 12.850/13, a partir da qual procuramos compreender ainda os aspectos mais gerais do instituto da colaboração premiada nela regulamentado.

No que tange à colaboração premiada, verificamos se tratar de um expediente investigativo, consubstanciando-se, portanto, tão somente como meio de obtenção de provas. Ao figurar como instrumento por meio do qual serão extraídos elementos que, por ventura, ensejarão a produção de provas em juízo, depreende-se que o seu propósito precípua é o de suplantar a alegada dificuldade de se levar a efeito, de modo suficiente e eficiente, a persecução penal, em face de atividades criminosas bastante específicas e reputadas labirínticas, produto de uma sociedade cada vez mais dinâmica, cumulada por toda sorte de interconexões e dotada de características diversas da já tecnicamente distante sociedade do século XX. Do que se segue,

consequentemente, a pretensão a uma maior responsabilização dos agentes perpetradores dos crimes objetos de persecução penal.

Sendo a maior efetividade quanto à responsabilização dos criminosos o objetivo precípua de um acordo de colaboração premiada, tal feito seria obtido por intermédio, por exemplo, de informações privilegiadas acerca da ocorrência de infrações penais, por meio da identificação da autoria e/ou participação de agentes envolvidos em articulações pertinentes, entre outras referências colaborativas previstas legalmente. Lado outro, como contrapartida ao auxílio prestado pelo colaborador, ao mesmo tempo que incentivo à colaboração, seria outorgado a ele benefícios tais como: diminuição da pena, substituição de pena privativa de liberdade, extinção da punibilidade, entre outros. Em suma, mediante o uso do instituto da colaboração premiada pretendia-se um combate mais célere e eficiente a crimes a guardar grandes especificidades, dentre os quais se destaca aquele tipificado como organização criminosa, e, por conseguinte, auferir a tonificação dos bens jurídicos colocados sob a tutela do direito penal.

4.3 A colaboração premiada e a tutela dos bens jurídicos

Compreendido bem jurídico penal como aqueles interesses indispensáveis à realização da vida humana em sociedade, cuja ameaça ou a lesão propriamente teriam o condão de colocar o indivíduo ou a coletividade sob iminente risco de vilipêndio, quiçá mesmo de irremediável deterioração; e o instituto da colaboração premiada como o expediente por meio do qual presta o colaborador auxílio à Justiça, fornecendo informações concernentes a agentes, infrações, divisão de tarefas ou estrutura hierárquica, em suma, todas aquelas informações até então escusas, embora imprescindíveis ao melhor conhecimento do empreendimento delitivo, em troca da concessão de benefícios penais previstos em lei, resta, pois, nos questionarmos se, como consequência do manejo deste instituto colaborativo, segue-se necessariamente o robustecimento da tutela de bens jurídicos penais.

Dentre os crimes abrangidos pela Lei nº 12.850/13 e, portanto, para os quais é viável a aplicação do expediente cooperativo em comento, há se considerar: o de organização criminosa (artigo 2º, *caput*) – que abrange ainda a prática de diversos crimes circunscritos pelo seu espectro de incidência, tais quais roubos, receptações, estelionatos, entre outros –, o de obstrução de investigação (artigo 2º, § 1º), afora os crimes previstos em tratados ou convenções internacionais (artigo 1º, § 2º, I) bem como os crimes praticados por organizações terroristas internacionais (artigo 1º, § 2º, II). De modo que, saliente-se, o regime do instituto da

colaboração premiada se refere a esse plexo específico de crimes, não se estendendo a outros sobressalentes a ele (DIPP, 2015). O que não quer significar em absoluto que os parâmetros estabelecidos pela regulamentação da colaboração premiada não devam ser levados em conta em situações colaborativas outras, previstas por outros diplomas legais. Pelo contrário, a regulamentação do instituto da colaboração premiada ensejou, em verdade, a imprescindibilidade de se observar, em qualquer situação colaborativa prevista em lei, a presença dos requisitos gerais estabelecidos pela Lei nº 12.850/13 (GOMES; SILVA, 2015). Entretanto, no bojo da lei mencionada, o expediente da colaboração premiada somente será aplicável aos crimes de organização criminosa, obstrução de investigação, aqueles tipificados em tratados ou convenções internacionais bem como aos praticados por organizações terroristas internacionais (DIPP, 2015). E, em face deste espectro já limitado de crimes alcançados pela colaboração premiada no âmbito da Lei nº 12.850/13, pretende-se, até mesmo para fins de concisão e delimitação do presente trabalho, remeter ocasionalmente nesta seção apenas aos crimes efetivamente tipificados pela Lei nº 12.850/13, quais sejam, os crimes de organização criminosa e de obstrução de investigação.

4.3.1 A generalidade prática a partir de dados concretos

Feitas as considerações devidas, tem-se que, em face de notícia ou de flagrante a dar conta de lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico tutelado por norma penal incriminadora, de imediato é colocada em movimento a máquina persecutória estatal. Seguindo os procedimentos investigativos o seu curso mais trivial, haverá a instauração de um inquérito criminal ou, mais circunstancialmente, a instauração de procedimento investigatório criminal, a fim de se apurarem os fatos que deram ensejo à persecução penal. Desde então, assomar-se-ão aos órgãos persecutórios, via de regra, diversas dificuldades que deverão ser necessariamente enfrentadas, bem como preferencialmente suplantadas, sob pena de ser malogrado o cumprimento do desiderato propulsor da engrenagem estatal punitiva, qual seja: a proteção de bens jurídicos.

Dentre as tantas dificuldades arrostadas pelas autoridades responsáveis pela investigação, o embaraço quanto à reconstituição de um fato delitivo, com todas as suas idiossincrasias, certamente não é destituído de importância, haja vista a sua potencialidade de levar um caso a patamar tal de obscuridade que possa se tornar mesmo inexpugnável. E não são poucas as situações objeto de perscrutação criminal em que pairam tantas indeterminações, como espécies de vácuos nos quais impera a mais absoluta turvação, que lhes lançar luz chega a tangenciar o âmbito do impossível.

Seja pela falta de preparo técnico dos mais diversos agentes envolvidos, seja pela carência de uma estrutura tecnológica minimamente apropriada à apuração dos fatos sob perquirição criminal, constitui dado concreto e objetivo que muitos dos casos objetos de investigação criminal não são solucionados a contento sequer em sede de investigação criminal, os quais são levados a termo, muito amiúde, com um singelo pedido de arquivamento. Casos há, contudo, em que a persecução penal, em vista dos elementos aparentemente bastantes de autoria e materialidade delitivas, fornecidos apenas pela fração mais imediatamente visível, embora quicá diminuta de todo o contexto fático, até chegam a suplantam a fase investigativa. Com efeito, são levados à Justiça, por meio do libelo acusatório; sob o crivo do contraditório, são cotejadas as provas produzidas, as quais são carreadas aos autos; e, com a prolação da sentença, as discussões são encerradas, pelo menos na instância de origem. E assim, enquanto a sua parcela mais ínfima, tal qual a menor porção divisável de um iceberg desde o meio exterior, virá a lume, com o consequente resguardo apenas parcial dos bens jurídicos correspondentes já lesados bem como daqueles ameaçados de lesão, a sua fração incógnita, imersa até então numa imbricada teia de circunstâncias escusas, porventura sequer tangenciada pela contemplação perscrutadora atinente à persecução penal, restará negligenciada, e, destarte, relegados à própria sorte os bens jurídicos respectivos.

Talvez se possa pensar que se tenha empregado uma paleta de cores com matizes demasiadamente ardentes na composição do quadro mais comumente atrelado à persecução penal, tendente a uma perspectiva um tanto infausta. De modo que, em vez de um relato parcimonioso, pautado pelos dados fornecidos pelo contexto fático, de uma descrição sóbria da realidade, portanto, ter-se-ia levado a efeito uma composição meramente imagética, derrotista, quicá mesmo com inclinações ao catastrofismo. A tal objeção, opõe-se que casos com feições análogas às descritas no parágrafo anterior não só não configuram excessos retóricos como sobretudo pululam, embora em diferentes extensões, nas mais diversas varas criminais de qualquer comarca do país, sendo certamente tanto maiores os seus percentuais quanto o são, em proporção direta, complexos e labirínticos os eventos delitivos. Exemplo disso são os números trazidos pela pesquisa realizada pelo Instituto Sou da Paz (2020), que revela que somente 11 (onze) estados da federação chegam a esclarecer o ínfimo percentual de 30% (trinta por cento) dos casos de homicídio praticados em cada um desses estados.

Imagine-se então, como suplemento ao contexto já descrito, uma conjuntura delitiva determinada e delimitada por uma quantidade expressiva de crimes, tais quais roubos, extorsões, receptações qualificadas, dentre outras condutas igualmente graves, a consumarem-se reiteradamente, perpetuando-se, expandindo-se e, muito amiúde, a reproduzirem-se nos mais

diversos locais e em tempos diferentes. Imagine-se ainda que esses mesmos crimes estejam todos articulados entre si, praticados com o fito precípua de se obter vantagens de múltiplas naturezas; que sejam levados a efeito de maneira coordenada, de certo modo a orbitarem em torno de um mesmo centro gravitacional, qual seja, o núcleo de uma estrutura complexa e hierarquicamente ordenada; que os mais variados agentes componentes do arranjo delitivo possuam funções específicas, quiçá mesmo distribuídas em núcleos e subnúcleos que respondam pela idealização, comando, estruturação e concepção de novos projetos delitivos, pela execução e por intermediações, pela ocultação e transfiguração dos recursos ilícitos provenientes das atividades escusas, perpetradas no bojo desta organização, em recursos lícitos, mediante o uso de expedientes como o branqueamento de capitais, ou pela cooptação de agentes públicos e privados, por intermédio, por exemplo, de reiterados subornos; em suma: que se trate de um engendramento de tal modo concatenado que a sua sistemática seja pautada por uma divisão definida de tarefas entre os componentes do arranjo delitivo com o fito precípua de se obter vantagens por intermédio da prática reiterada de atividades ilícitas e que, enredado a tudo isso, exista uma disciplina capaz de, por um lado, favorecer a coordenação global de toda a organização e, por outro, dificultar sobremaneira a apreensão integral de toda a estrutura por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal.

Se casos mais corriqueiros estão sujeitos a, por vezes, passarem ao largo da observação estrita e técnica dos órgãos competentes, relegando, por conseguinte, à imprevidência a tutela estatal devida aos bens jurídicos correspondentes, maior razão assiste à suspeita de que enredamentos tão equívocos, mas sobretudo evasivos, como os que frequentemente compõem o contexto de uma organização criminosa, levariam com muito maior facilidade à sucumbência o dever ao qual se arrogou o Estado de proteger os bens mais preciosos à constituição e desenvolvimento da vida em sociedade.

Exemplos concretos a dar conta das dificuldades inerentes à apreensão das mais variadas facetas a compor o plexo delitivo empreendido por uma organização criminosa como um todo intrincado, constituído como partes integrantes de uma única engrenagem dorsal, embora a operar aparentemente como frações autônomas entre si, não nos faltam e certamente são encontrados com facilidade em praticamente qualquer comarca do país, sobretudo quando lotadas em cidades de médio ou grande porte. Atenho-me, contudo, aqui ao caso bastante ilustrativo de um flagrante delito, distribuído à 4ª Vara Criminal da comarca de Uberlândia-MG, sob o nº 0702.16.041327-5, em que ao autor foi imputado o crime de tráfico de uma quantidade significativa de cocaína.

Preso em flagrante delito o agente, o inquérito policial foi concluído pela autoridade policial e encaminhado os autos ao Ministério Público. À denúncia oferecida pelo Ministério Público, com a imputação do crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o processo seguiu o seu trâmite regular, com a notificação do imputado, a apresentação de sua defesa preliminar bem como o recebimento da denúncia pelo juiz competente, oportunidade em que foi designada data para a audiência de instrução e julgamento. E, supondo que o processo tivesse seguido o seu curso, por assim dizer, regular, possivelmente haveria de ter desfecho análogo ao aventado em parágrafo anterior: com o encerramento da instrução, seguida dos debates orais e a prolação da sentença, a punição e, conseqüentemente, o resguardo devido a bens jurídicos ocorreria apenas de forma bastante parcial, visto que a sua parcela incógnita restaria na mais absoluta obscuridade.

No caso em tela, contudo, por conta de questões laterais, embora pertinentes a ele, o processo teve um desdobramento insólito antes mesmo dos seus derradeiros passos. Pois, três imputados já sentenciados no bojo dos autos de outro processo, aparentemente sem relação nenhuma com este, optaram por entabular um acordo de colaboração premiada com o Ministério Público, lançando luz no desconhecido e ampliando sobremaneira todo o contexto delitivo até então apurado pelas autoridades policiais quanto à ocorrência do tráfico de drogas como também levando ao seu conhecimento a ocorrência de tantos outros crimes relacionados com este. Por intermédio deste acordo, portanto, foi descoberta toda uma imbricada rede, meticulosamente organizada e voltada à prática reiterada de crimes, estruturada segundo a disciplina hierárquica imposta por um comando central, com o fito precípua de obter vantagens à organização mediante a ação coordenada dos seus agentes. Daí originou-se a grande intervenção persecutória, deflagrada já em fins do ano de 2017, a que se deu o nome de Operação Fênix, no bojo da qual foram desvendados diversos crimes graves, como roubos de carga, tráfico de montantes elevadíssimos de drogas, assassinatos, corrupção ativa e passiva, entre outros, todos perpetrados a partir de uma organização criminosa integrada não apenas por particulares, como advogados e empresários, mas também por agentes públicos, como delegados de polícia, escrivães, policiais civis, militares, etc.

Da observação dos aspectos mais gerais e externos, proporcionada pela descrição do caso paradigmático acima relatado, bem como de um ponto de vista mais imediatista, talvez a conclusão mais razoável a se tirar seja a de que o manejo do expediente da colaboração premiada ensejaria a tonificação dos bens jurídicos protegidos pela lei penal incriminadora. Afinal, não fossem as declarações prestadas pelos colaboradores, bastante improvável que as autoridades responsáveis pela persecução penal desenredassem toda a complexa trama a

envolver diversos agentes imiscuídos com a prática concertada e repetida dos crimes perpetrados no bojo da organização criminosa. E assim o seria pelos mais diversos motivos: porque a organização criminosa detinha poder financeiro, do qual lançava mão inclusivamente para corromper autoridades, de tal forma que muitos dos crimes foram cometidos com a anuência e sob a proteção das autoridades cooptadas pelo arranjo delitivo; porque a verificação de alguns dos crimes perpetrados pela organização criminosa implicariam em laboriosa investigação, como os crimes de lavagem de capitais; porque, em vista de uma espécie de estrutura de constrangimento e dependência recíprocas, imperava com maior vigor entre os seus integrantes a lei do silêncio; em suma, porque a própria constituição labiríntica de uma organização criminosa, com as suas muitas divisões e subdivisões, faziam dela um objeto muito mais difícil de ser apreendido, ainda que pelas vistas mais escrupulosas dos órgãos persecutórios, do que um crime cuja preparação, execução e consumação se perfizessem sem muitos desdobramentos, mediante algumas poucas ações de um ou de alguns poucos agentes.

Se supostamente relegada ao desconhecimento dos órgãos persecutórios a própria existência da organização criminosa, com a sua abrangente articulação a concorrer para a perpetuidade das suas atividades delitivas e, conseqüentemente, para o favorecimento do arranjo criminoso como um todo, seguir-se-ia que, necessariamente, o bem jurídico penalmente protegido, paz pública, continuaria, na medida diretamente proporcional à reiteração da prática dos seus vários delitos, a ser sistematicamente vilipendiado. Portanto, admissível, posto que respaldada pelo contexto fático, a consideração feita inicialmente de que o advento do instituto da colaboração premiada contribuiria para o fortalecimento da tutela estatal de bens jurídicos.

Se, contudo, seguimos adiante em nosso exame e nos questionamos se a primeira conclusão aventada acerca do problema é suficiente, no sentido de que dá conta da complexidade inerente à apreciação do expediente colaborativo à luz da proteção de bens jurídicos, a resposta não pode ser outra se não negativa. É ela negativa pelo seguinte motivo fundamental: porque relega à desconsideração elementos essenciais e constituintes da noção mais geral de bem jurídico, formulada inclusive no início da presente seção, vez que impõe a primazia de um conjunto de elementos sobre outros sem maiores explicações e fundamentos razoáveis, o que torna essa conclusão, pois, demasiadamente sectária. No entanto, a fim de entendermos melhor a que nos referimos aqui, retomemos as proposições basilares formuladas acerca do bem jurídico.

4.3.2 Da colisão entre bens individuais e metaindividuais

No início da seção 4.1, salientamos que os bens jurídicos, em termos de titularidade, podem ser tomados por individuais ou metaindividuais. Serão individuais aqueles entes cuja relevância para a manutenção e desenvolvimento da pessoa, considerada em sua individualidade, atraíam para si a tutela estatal; lado outro, serão metaindividuais aqueles bens cuja significância recairia sobre toda uma coletividade de pessoas numa dimensão mais ampliada, que pode ser, entre outros, o meio social. São exemplos do primeiro tipo a liberdade e a propriedade, que muito embora no processo de assimilação pelo ordenamento jurídico como objetos dignos de proteção adquiram tal grau de abstração que não se possa mais falar, para me valer do magistério e do exemplo trazido anteriormente por Luiz Régis Prado (2014), da propriedade X, pertencente ao indivíduo Y, mas da propriedade enquanto generalização de um bem individual. Individuais são, portanto, os bens relacionados à salvaguarda do indivíduo, inclusive do poder de punir do Estado. Figuram, lado outro, entre os bens jurídicos metaindividuais, por exemplo, o meio ambiente e a paz pública, que, inobstante por vias reflexas a sua salvaguarda sirva à manutenção e desenvolvimento do indivíduo, tem por escopo precípuo e alvo mais imediato a tutela do meio e do sistema social em que o ser humano está inserido, da vida em sociedade, portanto. Destarte, em apertada síntese, enquanto o objeto de tutela individual é o indivíduo, seja ele o indivíduo X, Y ou Z, o objeto de tutela metaindividual é o conjunto de indivíduos, a coletividade, a sociedade.

Desde esta célere digressão constatamos, então, que há bens individuais, a corresponder a artigos reputados momentosos ao indivíduo, e bens metaindividuais, julgados relevantes a todo o conjunto social. E, ao falarmos da colaboração premiada, a primeira ideia que nos acorrera fora a de que concorre ela para o robustecimento dos bens jurídicos tutelados pelas normas pertinentes. E assim o fizemos a partir estritamente da perspectiva do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, voltada ao resguardo de um ente metaindividual – pautados, pois, pela consideração do bem jurídico protegido pelo art. 2º da Lei nº 12.850/13, qual seja: a paz pública.

Acontece que, ao conferir primazia ao ente objeto de tutela da norma em comento, prescindimos de nos atentarmos a outros bens jurídicos igualmente envolvidos no contexto colaborativo, embora não normatizados pela lei em questão, mas sem dúvida nenhuma de impreterível consideração, posto que tutelados por normas constantes inclusivamente da Constituição Federal de 1988. Refiro-me especificamente à liberdade e à honra, pelo menos

dois bens jurídicos individuais passíveis de serem feridos de morte em face de uma colaboração inescrupulosa. Mas, a liberdade e a honra de quem? Do agente eventualmente apontado pelo colaborador como incurso no empreendimento delitivo no decorrer de suas declarações e que, por isto mesmo, terá tais bens quase que instantaneamente pendidos sob a espada de Têmis. Afinal, vez que proporcionado o reconhecimento de determinado agente a partir do expediente da colaboração premiada, muito amiúde fica a sua liberdade sob iminente ameaça de constrições, sejam elas pessoais, sejam elas de cunho patrimonial.

Mas, não só, pois figurar como objeto de persecução criminal, sobretudo quando esta é acompanhada de prisões, buscas e apreensões, sequestros e arrestos, tudo isto sob os holofotes dos hoje múltiplos meios de comunicação e dos olhares histéricos da famigerada e assim denominada opinião pública, implica necessariamente em passar a portar consigo, por todo o decurso de sua vida, uma chaga aberta em sua própria reputação. E aqui nem mesmo o amiadado provérbio popular “quem não deve, não teme”, vulgarmente utilizado para rechaçar ou justificar a possibilidade de excessos perpetrados em favor de uma espécie de sanha persecutória, já não vem mais ao socorro de quaisquer dos muitos rábulas, porquanto despicienda a necessidade de se dever para se temer: suficiente a mera declaração do colaborador, no mais das vezes conjugada com o reles semblante do fato praticado.

De maneira que, se se pretende uma aferição minimamente equânime ou, pelo mínimo, o quanto menos limitada possível acerca da conveniência do instituto da colaboração premiada para o fortalecimento dos bens jurídicos, necessário que o ente metaindividual protegido pela norma seja submetido ao cotejo com os bens jurídicos individuais do agente – que, por ocasião da colaboração entabulada, será objeto de persecução penal e, conseqüentemente, terá sob ameaça de lesão os seus bens jurídicos individuais.

A contraposição entre bens individuais e metaindividuais, contudo, não figura como uma tarefa simples, pois implica, necessariamente e em última instância, na reflexão sobre a ascensão de uma classe de bens sobre a outra. E se um bem predominará sobre outro, isso quer dizer também que, pelo menos em situações determinadas, um deles será tomado como mais relevante que outro, o que servirá de justificativa, conseqüentemente, à sua preponderância.

No campo do conhecimento, várias são as correntes do pensamento consolidadas e proeminentes a propalar pela ascendência da sociedade sobre o indivíduo. Em linhas gerais, são concepções em que o indivíduo, se ao menos se encontra implicado no funcionamento da engrenagem do mecanismo social, não representa muito mais do que um número, uma cabeça, no cômputo mais amplo da composição do conjunto social. Exemplo disto, é a dogmática elaborada, conforme entendimento do filósofo austríaco Karl Popper (1974, p. 233), por Hegel

e o seu séquito hegeliano, a partir da qual "argumentavam que, visto devermos nossa razão à "sociedade" – ou a uma certa sociedade, tal como uma nação – a "sociedade" é tudo e o indivíduo nada é; o que qualquer valor que o indivíduo possua é derivado do coletivo, o portador real de todos os valores". Como exemplo ainda desta mesma perspectiva, pode-se citar, no âmbito do desenvolvimento da teoria do bem jurídico, a sua concepção funcionalista-sistêmica, por seu turno tributária da sociologia sistêmica, cujo autor mais proeminente, pelo menos dentro do contexto jurídico, foi o sociólogo alemão Niklas Luhmann. Conforme estudado na seção 2.8 deste trabalho, para o funcionalismo sistêmico, a sociedade era considerada como um sistema fechado a manter-se e a reproduzir-se no interior de si mesmo como uma espécie de ser partenogenético, e que, embora se admita a existência e a participação de indivíduos, não é por estes integrado, haja vista se tratar a sociedade de um sistema de comunicações, e não de seres humanos:

O sistema social é um sistema comunicativo, que tem a participação do indivíduo, mas que não é integrado por ele. Em outras palavras, a sociedade se compõe de comunicações e não de seres humanos. Estes últimos pertencem ao ambiente que a envolve: entre o homem e a sociedade só existe uma relação ecológica. Os sujeitos nessa teoria são os sistemas, nunca os indivíduos. Trata-se de uma sociedade sem homens. (PRADO, 2007, p. 108)

Inobstante as ideias apresentadas, entre outras existentes, a propugnar pela prevalência da sociedade sobre o ser individualmente considerado, não nos parece razoável asseverar, pelo menos a princípio, que a sociedade deva prevalecer sobre o indivíduo em sede de colisão entre bens jurídicos por ocasião da celebração de um acordo de colaboração premiada. Importante ressaltar, contudo, que a recusa em assumirmos tal posição num primeiro momento não implica necessariamente em abraçarmos como verdadeira a sua concepção avessa, de que é o indivíduo que possui, ou ao menos deva possuir, primazia sobre a sociedade. O que se pretende aqui é, antes de qualquer coisa, a adoção de uma postura inicialmente isenta, que somente deixará de sê-la na medida em que se justifique o seu deslocamento para um ou outro lado. Portanto, ante a dificuldade de estabelecermos de saída e de forma satisfatória, porquanto racional, a ascendência da sociedade sobre o indivíduo ou do indivíduo sobre a sociedade, acompanhamos também aqui Karl Popper (1974, p. 215-216), segundo quem, ao questionar as proposições da sociologia moral, no cerne da qual se verifica a ideia da primazia da sociedade sobre o indivíduo, assentou:

É bastante verdadeiro serem os homens e seus objetivos, em certo sentido, um produto da sociedade. Mas, é também verdadeiro que a sociedade é um produto do homem e de seus objetivos e que assim poderá tornar-se crescentemente. A principal questão é esta: qual desses dois aspectos das relações entre homens e sociedade é mais importante? Qual deve ser acentuado?

Compreenderemos melhor o sociologismo se o compararmos com a concepção "naturalista" análoga, segundo a qual o homem e seus objetivos são um produto da hereditariedade e do ambiente. Mais uma vez devemos admitir que isto é bastante verdadeiro. Mas é também inteiramente certo que o ambiente do homem é, em extensão crescente, produto desse homem e de seus objetivos (em limitada extensão, o mesmo poderia ser dito até de sua hereditariedade). E voltamos a perguntar: qual dos dois aspectos é mais importante, mais fértil?

Logo mais adiante, Popper (1974) acentua que tais questões estão inexoravelmente atreladas ao problema metafísico do livre-arbítrio – o problema, grosso modo, de se saber se é o ser humano efetivamente livre ou se a sua vida é condicionada por fatores determinantes –, relacionando determinismo e indeterminismo, hereditariedade, influência do ambiente e do próprio meio social determinantes com a ocorrência de eventos acidentais ou contingências, fatores estes a infundir sobre a vida do indivíduo toda uma pletora das mais variegadas modificações. E, nesta esteira, podemos estender ainda a tensão existente entre sociedade e indivíduo, que Popper submeteu ao problema do livre-arbítrio, ao conflito, patente sobretudo no âmbito criminal, entre poder estatal, ou o direito de punir do Estado, e direitos fundamentais, dicotomia que, como vimos, inspirou e motivou sobretudo os autores jusnaturalistas a discorrer sobre o bem jurídico.

Mas, retomando a reflexão entabulada por Popper (1974), traz ele, à guisa de exemplificação, a experiência paradigmática do músico alemão Ludwig van Beethoven, que viveu entre os séculos XVIII e XIX. Segundo Popper (1974), é plenamente possível e correto compreender Beethoven como o produto da tradição musical de sua época bem como da educação musical a ele dispensada. A despeito da correção de tal acepção, forçoso reconhecer que ela não é capaz de alcançar sozinha a amplitude da conjuntura que deu ensejo ao despontar do, por assim dizer, fenômeno artístico Beethoven, visto ser ele também, além de produto, produtor, uma entidade criativa.

Tal exemplo vem bastante a calhar, pois, não obstante ter sido criado e, portanto, ter desenvolvido as suas habilidade musicais no interior de uma tradição musical predominantemente clássica, representada por nomes de enorme envergadura, como Mozart e Haydn, contemporâneos seus, em uma parcela considerável das obras de Beethoven o que se verifica é a manifestação de caracteres musicais próprios da tradição clássica mesclados com

tendências da geração romântica seguinte, sobretudo no que tange ao resultado da combinação entre subjetivismo e idealismo, tão presentes em muitas de suas obras. Portanto, se por um lado, há se reconhecer a forte influência da tradição clássica em sua produção musical, sobretudo em suas primeiras obras; lado outro, impossível deixar de reconhecer que, em diversos aspectos, a sua música representou uma ruptura com a tradição clássica, concorrendo para o vicejar de uma nova tradição musical, a tradição romântica, identificada, entre outros aspectos, pelos arroubos dramáticos dessas obras, pelo subjetivismo, pela predominância, por conseguinte, dos aspectos individuais sobre as convenções sociais. São exemplos a portar consigo tais características as sinfonias: 3^a, também conhecida por heroica, 5^a, 6^a (pastoral); e a sua obra magna, a 9^a sinfonia. Em todas estas obras, divisamos muito claramente, embrulhados, por assim dizer, em um continente clássico, a insinuação de diversos aspectos da tradição romântica, ainda que de maneira não tão pronunciada como em obras de compositores do porvir, como Wagner, Liszt e Chopin.

Portanto, ao considerarmos Beethoven como um criador, vislumbramos em sua produção artística o irromper da inovação, de sua ação inventiva, de sua particularidade sobre os elementos tradicionais, a ponto inclusive de sobrepujá-los. Mas, assim como outrora rechaçamos a ideia de que o reconhecimento de que somos influenciados significativamente pela sociedade não implica necessariamente na opinião conclusiva de que somos produtos dela, tampouco somos levados agora a pensar que a força da ação moduladora do indivíduo sobre a sociedade implica na conclusão de que é o indivíduo que determina o curso da sociedade, que é a individualidade que prepondera sobre os elementos a compor a tradição social vigente. Muito embora Beethoven, refletido do ponto de vista de sua atividade criativa e das inovações proporcionadas pela sua produção musical, revele que ao indivíduo é dado modificar o âmbito social em que jaz inserido, tal perspectiva não afasta em absoluto a influência e ascendência das circunstâncias sociais sobre a sua obra. Do que se segue que interpretações tais como a sociológica, a propugnar pela primazia do desenvolvimento social sobre o indivíduo, terminam por carecer de explicações científicas:

Não nego que haja certos aspectos sociológicos importantes na obra de Beethoven. É bem sabido, por exemplo, que a transição de uma pequena para uma grande orquestra sinfônica está ligada, de certo modo, a um desenvolvimento sócio-político. As orquestras deixam de ser os divertimentos privados de príncipes e são pelo menos em parte sustentadas por uma classe média cujo interesse pela música aumenta grandemente. Estou disposto a apreciar qualquer "explicação" sociológica dessa espécie e admito que tais aspectos possam ser merecedores de estudo científico. (POPPER, 1974, p. 217)

Com efeito, se temos em conta a mudança mais ampla a compreender a passagem da tradição musical clássica para a tradição romântica, sendo a primeira expressão de um padrão moral, expectativas e autoimagem próprios da aristocracia cortesã, ao passo que a tradição romântica refletiria o código moral, expectativas e autoimagem próprios de uma burguesia em franca ascensão, em paralelo com as dinâmicas políticas desse mesmo período, constatamos que, na medida em que decaía o poder das mãos de reis e príncipes, recrudescia a influência política da burguesia. Logo, forçoso reconhecer que alguma margem de acerto assiste à explicação sociológica. A questão é, contudo, saber em que extensão o argumento central da teoria sociológica é plausível, no sentido de que se aplica sem desvios cognitivos ou idealizações; em que extensão o seu resultado é corroborado pela experiência, em que medida se verificam comprovações práticas de suas assertivas e, conseqüentemente, se há integração entre teoria e prática.

Destarte, conclui Popper (1974, p. 217-218) que o problema não jaz nas acepções propriamente ditas acerca do tema, mas no exagero proporcionado por generalizações de quaisquer espécies, sejam elas sociológicas, sejam elas individualistas:

Se explicarmos a orquestra sinfônica de Beethoven pelo modo acima sugerido, teremos explicado muito pouco. Se descrevermos Beethoven como a representar a burguesia no processo de emancipar-se, teremos dito muito pouco, ainda que isso fosse verdade. Tal função poderia com total certeza ser combinada com a produção de música má (como vemos em Wagner). Não podemos tentar explicar o gênio de Beethoven dêsse modo, ou de qualquer outro.

Perspectiva análoga à de Popper, em sua oposição a uma espécie de determinismo social, caracterizado nas ciências sociais por uma obsessão pelo fundamento social, é adotada por Alexis de Tocqueville, que, ao tratar da temática da fisionomia literária das eras democráticas, em seu livro *A Democracia na América*, assenta o entendimento de que a literatura de uma nação, muito embora deva a sua produção principalmente à influência proporcionada pelo seu estado social e pela sua constituição política, não está absolutamente restrita a ela. Sendo tais relações muito mais complexas e numerosas:

Iria mais longe que meu pensamento se dissesse que a literatura de uma nação é sempre subordinada a seu estado social e à sua constituição política. Sei que, independentemente dessas causas, há várias outras que proporcionam certas características às obras literárias; mas essas me parecem as principais.

As relações que existem entre o estado social e político de um povo e o gênio de seus escritores sempre são muito numerosas; quem conhece um nunca ignora completamente o outro. (TOCQUEVILLE, 2000, p. 68)

Outrossim, segundo concepção esposada por Popper (1974), não se deve entender por sociedade uma coletividade abstrata, um ente meramente especulativo, impalpável e figurativo, mas sobretudo uma referência a indivíduos concretos, colocados em relações uns com os outros. Daí resultando a irrelevância, se tomados por si mesmos, sem referência a relações pessoais concretas, de conjuntos de valores tais como tradição, dogmas, entre outros produzidos por determinada sociedade e por ela reverenciados:

Devemos muito, por certo, à tradição, e a tradição é muito importante, mas o termo "tradição" deve ser também analisado à luz de concretas relações pessoais. E se o fizermos poderemos então ficar livres daquela atitude que considera cada tradição como sacrossanta, ou valiosa por si mesma, substituindo-a pela atitude que considera as tradições como valiosas ou perniciosas, conforme o caso, de acôrdo com a sua influência sôbre os indivíduos. E assim compreendemos que cada um de nós (por meio do exemplo e da crítica) pode contribuir para o crescimento ou supressão de tais tradições. (POPPER, 1974, p. 234)

Não sendo, portanto, possível firmar um juízo *a priori* acerca da ascensão do indivíduo sobre a sociedade ou da sociedade sobre o indivíduo, do que se extrairia a prevalência do bem jurídico individual sobre o metaindividual ou vice-versa, então como podemos fazer prevalecer um bem sobre outro quando ambos são igualmente importantes, em face de eventual conflito, como no caso da colaboração premiada?

Na seção terceira, quando trouxemos à colação o arcabouço normativo a respaldar o instituto da colaboração premiada, verificamos tratar-se ela, assim como outros expedientes discriminados legalmente, de um meio de obtenção de prova (artigo 3º, I; artigo 3º-A, ambos da Lei nº 12.850/13). Ainda ao desenvolvermos a referida seção, vimos também que, sendo um meio investigativo e, portanto, extraprocessual à disposição das autoridades responsáveis pela persecução penal, tem-se que o objetivo precípua de um acordo de colaboração premiada seria a aquisição de recursos de ordem pessoal ou real, testemunhas ou documentos, por exemplo, com o fito de respaldar, afora a imposição de medidas cautelares, o oferecimento de uma eventual denúncia e, num segundo momento, na medida em que, mediante os meios de prova coletados haveria produção de provas em Juízo, de uma decisão judicial.

No entanto, desde a sua promulgação até o ano de 2019, a Lei nº 12.850/2013 não trazia consigo expedientes normativos capazes de exercer um controle, por assim dizer, qualitativo

acerca das declarações colaborativas prestadas, de modo tal que o acordo prestado pudesse ser tomado por idôneo ou inidôneo com base em critérios legais, preferencialmente objetivos. Ao longo de todo esse período, o controle da integridade da colaboração entabulada estava relegado ao arbítrio dos órgãos persecutórios, muito amiúde realizado, com efeito, somente ao final do processo, oportunidade em que o juiz, ao verificar que por meio da colaboração havia sido possível identificar autores, revelar a estrutura hierárquica, prevenir infrações, recuperar produtos ou proveitos oriundos das atividades delitivas ou localizar eventuais vítimas, concederia ou não ao colaborador um ou mais daqueles benefícios constantes do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.

Todavia, até que se chegasse o processo-crime a seu fim, com o julgamento e análise da efetividade da colaboração prestada, prisões já teriam sido efetuadas, medidas cautelares de cunho real teriam sido igualmente decretadas, inclusive para arrecadar elementos corroborativos das declarações prestadas, indivíduos teriam sido denunciados bem como carregado às espaldas o pesado fardo de um processo penal, às vezes mesmo gratuitamente. Em suma, sob a justificativa de se proteger o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, diversos bens jurídicos individuais teriam sido sumariamente vilipendiados. E, no mais das vezes, tudo isso aconteceria tendo por garantia apenas e tão somente a plausibilidade das declarações prestadas pelo colaborador. De maneira que, a despeito da necessidade implícita de que declarações fossem respaldadas por informações suplementares, via de regra a legitimidade das declarações prestadas pelo colaborador estava relegada, em última instância, somente ao final do processo e à discricionariedade de um juiz.

Com a promulgação da Lei nº 13.964, em dezembro de 2019, contudo, foram incluídos dois dispositivos na seção I do capítulo II, da Lei nº 12.850/2013, pertinentes à colaboração premiada, impondo ao expediente colaborativo algumas contenções mais ao instituto. Embora não figurem necessariamente como limitações vigorosas, representam tais limitações, pelo menos em larga medida, um avanço no sentido de se estabelecer uma proteção algo mais encorpada à apreciação quanto à legitimidade e à validade das colaborações eventualmente entabuladas e até então relegada ao arbítrio das autoridades persecutórias, especialmente em sede de investigação criminal, em que os procedimentos nem sempre são acompanhados da observância do contraditório e da ampla defesa. Fala-se aqui, pois, especificamente da incorporação do artigo 3º-C, §4º, bem como do artigo 4º, § 16.

No que concerne ao primeiro dispositivo, ao estatuir que “incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração”, possível inferir daí que

as declarações pura e simplesmente prestadas pelo colaborador, se não respaldadas por elementos de corroboração ou mesmo meios de prova, não constituiriam meio idôneo à formação do instrumento. Muito embora o comando normativo tenha sido constituído como uma obrigação, um ônus dirigido à defesa, ante a necessidade de se indicar elementos que possam consubstanciar as declarações do seu patrocinado e pretenso colaborador, cria este dispositivo, consequentemente, uma baliza, *prima facie*, à pactuação de uma colaboração premiada bem como um limite às suas repercussões. Afinal, se não são apresentados dados outros a corroborarem as declarações do colaborador, não haverá em tese viabilidade ao seguimento do procedimento colaborativo, em vista da invalidade do documento.

Ainda sob a perspectiva de se apresentarem os dispositivos apontados acima como uma barreira ao irregular desenrolar do acordo de colaboração premiada, o artigo 4º, § 16, por seu turno, dá um passo adiante, na medida em que estipula que, tanto medidas cautelares, sejam elas reais ou pessoais, quanto o recebimento de uma exordial acusatória, afora a prolação de uma sentença condenatória, não serão decretadas se arrimadas apenas nas declarações de um colaborador. Do que se segue que, ainda que, à revelia da inteligência constante do artigo 3º-C, §4º, a estatuir a imprescindibilidade de serem as declarações prestadas pelo colaborador seguidas dos elementos corroborativos devidos, for aperfeiçoado o acordo de colaboração premiada, não poderá servir de argumento a cancelar as medidas judiciais apontadas acima. E não sendo possível levar a cabo tais medidas, verificamos um robustecimento não apenas de bens jurídicos individuais como também daqueles metaindividuais.

O fortalecimento da barreira de contenção ao vilipêndio de bens individuais se dá pelo motivo óbvio, portanto, de que, não sendo decretadas medidas acautelatórias em face do indivíduo apontado pelo colaborador, tampouco encetada em seu desfavor a persecução penal, consequentemente não terá de arcar com o ônus de ter a sua liberdade ou honra constrangidas pelo arrogado direito de punir estatal. No que concerne a bens metaindividuais, ressalte-se que a intervenção estatal, no sentido de se proteger de lesão ou ameaça de lesão bens jurídicos tutelados, somente é efetiva quando dirigida a objeto, a indivíduo determinado, causador da lesão ou sob o desígnio do qual o bem se encontra ameaçado. A persecução penal cega, sem um objetivo claro, embasamento e foco determinado não possui idoneidade para proteger bem jurídico qualquer, incluindo o bem metaindividual paz pública, porque abandona à própria sorte a compreensão de todo o evento delitivo, com autores e *modus operandi* determinados. De maneira que, longe de robustecer a tutela e proteção de bens metaindividuais, visto não resguardar o bem objeto da norma incriminadora, repise-se paz pública, relegado à possibilidade bastante tangível de sofrer mais e maiores lesões, visto os ataques contra ele não

serem obstados pela persecução penal, atenta ainda, pelo menos, contra a liberdade e a honra de indivíduos sob os quais não pairam razoáveis dúvidas sobre o seu comprometimento no empreendimento delitivo.

Portanto, como resposta à pergunta feita na seção 4.3 se, mediante o manejo do instituto da colaboração premiada, auferir-se-ia o robustecimento da tutela de bens jurídicos, podemos tecer algumas derradeiras e breves considerações que reputamos importantes. Em primeiro lugar, cumpre salientar que nem sempre o que consta dos códigos é, pelos mais diversos motivos, inclusive interpretativo, levado a efeito na prática. Há se considerar ainda que o direito e a legislação, enquanto manifestação daquele, encontra-se no plano do dever ser, no plano deontológico, portanto; enquanto que a prática jurídica, no plano do ser. Então, se temos em conta o nosso problema sob o ponto de vista da constituição da Lei nº 12.850/13, sem ponderar possíveis desvios relacionados, quer com a discrepância entre composição prática e ideal, quer com desvios jurídicos e morais, podemos asseverar que sim: observados os cânones legais, tem o manejo do instituto da colaboração premiada capacidade de fortalecer os bens jurídicos tutelados e enredados por ocasião da pactuação colaborativa. Pois, respeitados os cânones legais, serão protegidos não apenas bens individuais como também bens metaindividuais. De maneira que a cessão de um em relação a outro, em face da tensão entre eles, decorrerá necessariamente do maior robustecimento de um colocado defronte do outro, afastada, ainda, a ideia de preponderância evidente por si mesma e desafeta ao caso concreto.

5 CONCLUSÃO

Fruto de uma construção histórico-social, a qual podemos, grosso modo, remontar às convicções iluministas da segunda metade do século XVIII, a ideia de bem jurídico foi gestada pela filosofia penal num contexto em que se despontava aquilo a que demos o nome, posteriormente, de Direito Penal moderno. Feuerbach, um de seus precursores, desenvolveu a teoria dos direitos subjetivos, a constituir o núcleo do conceito de delito. Sob a sua perspectiva, o reconhecimento do delito estaria afeto à lesão ou à ameaça de lesão a tais direitos, de modo que a inexistência ou a impossibilidade de sua lesão afastaria a incidência de qualquer sorte de punição no âmbito penal. Já bem dentro do século XIX, outro teórico alemão, Birnbaum, substituiu a ideia de direitos subjetivos pela concepção algo material de “bem”, empregando-a no sentido de dados concretos extraídos da realidade. Entretanto, foi somente com Binding que nos foi transmitida a, por assim dizer, moderna concepção de bem jurídico. Sob a perspectiva de que consistia o delito numa lesão ou ameaça de lesão a direito estatal, Binding consubstanciou a sua noção de bem jurídico, diferentemente de Feuerbach e Birnbaum, não em um direito subjetivo, radicado no indivíduo, mas na agressão a um bem do Estado, reconhecendo ainda a inextrincável relação entre este bem e a norma de direito penal. Ato contínuo, a von Liszt atribuímos o feito de ter lapidado o conceito de bem jurídico plasmado por Binding, conferindo-lhe a envergadura material que lhe atribuímos de maneira bastante aproximada nos nossos dias: bem ou valor próprio de uma determinada sociedade que, justamente pela sua grandeza axiológica, é tutelado pela ordem jurídica.

A partir desta concepção, por assim dizer, matricial, foram desenvolvidas ainda tantas outras teorias, cujo objetivo precípuo pode ser focalizado na necessidade de se discriminar parâmetros seguros ou, pelo menos, razoavelmente palpáveis à identificação de um bem jurídico. Neste sentido, a teoria neokantiana assomou-se com o entendimento de que bem jurídico e conteúdo da norma de direito material tendem a se confundir num todo único. Portanto, para os neokantianos bem jurídico seria o valor expresso pela norma jurídica.

Em seguida, divisamos a irrupção de diversas teorias de cunho sociológico-sistêmicas, teorias organicistas que desenvolveram o conteúdo material do bem jurídico a partir do seu entendimento acerca de uma sociedade organicamente integrada: um grande sistema do qual, muito embora dele participasse, o indivíduo não era considerado parte para fins de suas elaborações, inclusive criminais. E, concomitantemente a esta última perspectiva do bem jurídico, no bojo de um movimento quase que irresistível de constitucionalização e, portanto, de positivação em termos de norma fundamental, assomaram-se as teorias constitucionalistas,

que encontraram na norma de direito constitucional o fundamento e limite à produção legislativa ordinária em sede criminal e, por conseguinte, ao *jus puniendi* estatal.

Com efeito, nesta primeira parte do presente trabalho, dedicada ao estudo do bem jurídico, os esforços envidados foram concentrados quase que com exclusividade no anseio de se compreender bem como de apresentar um panorama geral da maneira pela qual se cultivou, vicejou, desenvolveu, floresceu, rendeu e ainda continua a render frutos a teoria do bem jurídico. E, considerando-se os diferentes prismas sob os quais ela foi enfocada bem como as possíveis conclusões daí decorrentes, salienta-se aqui que, antes de mais nada, falar em bem jurídico é também falar de um conjunto de formulações que, ao mesmo tempo em que são aparentadas entre si em maior ou menor medida – haja vista a existência de conteúdos mais ou menos comuns entre as muitas de suas acepções –, por vezes contrapõem-se de tal modo a ponto de se antagonizarem entre si.

Reconhecida tal característica, despicienda, pois, a afirmação de que não há concepção unívoca de bem jurídico; tampouco há dele uma compreensão inequívoca, capaz de rechaçar de maneira convincente e suficiente perspectivas que lhe sejam adversas e, destarte, apta a respaldar um consenso majoritário em torno do seu conteúdo material. Porquanto demasiadamente fluido e dinâmico, aberto aos constantes influxos provenientes de novas e velhas concepções teóricas, sob qualquer prisma a partir do qual se pretenda divisá-lo, restará ainda como algo, por assim dizer, dotado de uma semântica plúrima, destituído de definição precisa e, até mesmo por isso, constantemente exposto ao assalto de interesses escusos e da casuística.

Seja ele considerado direito subjetivo, direito material, direito estatal, valor, direito comunicativo sediado na sociedade ou ainda direito positivado por normas constitucionais, em suma, tratando-se o bem jurídico de uma elaboração animada pelas mais diversas concepções, a se tangenciarem com maior ou menor intensidade, a depender da situação social, política e jurídica que ensejaram a sua emersão; de uma elaboração a partir da qual emanam e para a qual são canalizadas defluências diversas, o que há de mais seguro e sólido, em termos de sua concepção, é o fato de se constituir ele como um ente, material ou imaterial, cujo valor para a sociedade ou para o ser humano revela-se suficientemente relevante à sua existência e desenvolvimento a ponto de justificar e atrair para si a tutela estatal, além de se apresentar como uma referência indispensável à reflexão do injusto penal.

Dando continuidade ao nosso estudo, dedicamos a terceira seção deste trabalho, intitulada “Uma digressão temporal acerca do instituto da colaboração premiada”, à exploração

da experiência jurídico-colaborativa no decorrer da história brasileira, enfocando o instituto da colaboração premiada constante da Lei nº 12.850/13.

Muito embora tenha sido regulamentado bem como granjeado expressão e contornos de instrumento efetivamente negocial, no caso de crimes de maior potencial ofensivo, somente com a edição da Lei nº 12.850/13, produzindo no ordenamento jurídico brasileiro uma inflexão paradigmática, o instituto da colaboração premiada não pode ser compreendido simplesmente como produto de uma extravagância legislativa pontual e determinada. Isto, porque se desenvolveu ele desde paulatinas incorporações, por meio da promulgação de leis esparsas, de uma série de mecanismos colaborativos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo ao longo de toda a década de 1990, bem como de experiências como a do caso Banestado.

Inspiradas por um modelo de Justiça consensual, no transcurso da década de 1990 foram editadas diversas leis que traziam em seu bojo meios colaborativos. A tal ponto que, já em fins dessa mesma década, tornou-se possível entabular diversos acordos de colaboração premiada, sobretudo por ocasião das operações encetadas pelo caso Banestado. Inobstante tenha sofrido grande influência da experiência italiana no combate às malfadadas máfias, que procurou adaptar o expediente colaborativo ao seu modelo de Justiça arrimado no *civil law*, originou-se o instituto da colaboração premiada, em verdade, do modelo estadunidense de Justiça negocial com seus institutos específicos.

Até o ano de 2013, contudo, a colaboração premiada figurara como uma espécie de colcha de retalhos, alicerçada principalmente por duas leis (Lei nº 9.807/99 e Lei nº 9.034/95) e sem gozar da sistematização devida. Todavia, em agosto do ano mencionado, a Lei nº 12.850, espécie de lei híbrida, a trazer conteúdos de direito material e processual concomitantemente num único dispositivo legal, não apenas definiu organização criminosa, tipificando o crime respectivo, como regulamentou no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da colaboração premiada, como um dos principais instrumentos de combate ao crime organizado, ganhando novo impulso em fins de 2019 com as novas modificações produzidas na Lei nº 12.850/13.

Outrossim, a despeito das aparentes similitudes do instituto da colaboração premiada com o benefício constante das Ordenações Filipinas, verificamos que não estão relacionados progressivamente entre si. Afinal, estão assentados ambos sob bases diversas, a tal ponto de se tratar de um anacronismo fazer remontar as origens do acordo de colaboração premiada, de caráter eminentemente contratual, à sistemática da mercê nas Ordenações Filipinas.

Portanto, em apertada síntese, apontamos o instituto da colaboração premiada como um instrumento característico do sistema de Justiça penal estadunidense, arrimada no consenso, cuja experiência colaborativa italiana no combate ao crime organizado se apropriou e adaptou,

influenciando ainda a Justiça brasileira no combate à sua criminalidade organizada. Designamos igualmente como marco introdutório de instrumentos colaborativos no Brasil o ano de 1990, mediante as diversas leis promulgadas ao longo desta mesma década, a ampliar os espaços de consenso no âmbito da Justiça penal brasileira e cujo ponto mais alto da inflexão, pelo menos até o presente momento e em sede de crimes de maior potencial ofensivo, foi representado pela regulamentação do instituto da colaboração premiada, levada a efeito no ano de 2013, por ocasião da elaboração da Lei nº 12.850.

Por derradeiro, submetemos a colaboração premiada às balizas estabelecidas no Direito pela reflexão sobre o bem jurídico. Para tanto, distinguimos bens jurídicos individuais de bens metaindividuais. Com base nisto, constatamos a impossibilidade de, *prima facie*, sem considerar as vicissitudes do caso concreto, estabelecer a primazia de um sobre o outro, exceto por juízos de ordem política eivados de conteúdos meramente ideológicos, mais afeitos, por consequente, a ideais preestabelecidos do que à necessidade inspirada pela prática.

Do que se seguiu, como possível resposta ao problema enfocado neste trabalho, a de que, desde que respeitados os ditames legais bem como o contraste existente entre bens individuais e metaindividuais, extraído a partir da experiência colaborativa concreta, rechaçada ainda a ideia de preponderância em si mesma em face do conflito entre eles, somente se obedecidas estas condições, portanto, admissível a asserção de que o instituto da colaboração premiada possuiria idoneidade ao robustecimento de bens jurídicos tutelados pelo Direito.

Evidentemente que, ao chegar a seu termo este trabalho, conseguimos divisar as suas muitas limitações e imperfeições. Há limitações, entre tantos outros motivos, porque as possibilidades de se refletir o tema sob pontos de vista diversos são imensas, assim como igualmente imensas as possibilidades de se chegar a conclusões diferentes. Há também imperfeições visto a carência de traquejo em se manipular com a galhardia devida os institutos jurídicos, materiais ou processuais, bem como aquelas ideias sediadas no campo da filosofia, sociologia ou história. Esforços, contudo, foram envidados no sentido de se suplantar ambas as adversidades. Começando pelo fim, quanto às dificuldades de se entender os mais diversos institutos, sobretudo aqueles de áreas estranhas ao Direito, procurou-se mitigá-las com leituras de apoio, inclusive de comentadores, algumas das quais foram referenciadas ao longo deste trabalho. E quanto ao problema, creio eu, mais complexo de se superar as limitações inerentes a determinado enfoque, procurou-se superá-lo observando-se os mais variados prismas proporcionados pelo enfoque específico adotado, buscando sempre o regresso ao objeto de estudo, não com a pretensão de se extrair dele a sua essência, o seu espírito ou a sua verdade, mas, pelo contrário, buscando sempre os possíveis usos que poderíamos fazer dele, desde que

constituído dessa ou daquela forma. Do que não se seguiria necessariamente a conclusão de que o instituto da colaboração premiada deveria ser tomado por bom, ruim ou mau, a depender do enfoque utilizado. Afinal, não se tratou aqui de uma abordagem moral. Pretendeu-se, pois, que, a depender do modo como fosse manejado o instituto, socorrendo-se ainda das balizas teóricas e técnicas adotadas, prestigiar-se-ia mais um fim do que outro, a saber, a maior ou menor proteção de bens jurídicos, ficando a apreciação moral à disposição dos moralistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECHARA, F. R.; SMANIO, G. P. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. **Caderno de Relações Internacionais**. Recife, v. 7, n. 13, p. 273-295, 2016.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/756/1/Tratado%20de%20Direito%20Penal%20-%20Parte%20geral%20-%20-%20-%20Cezar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Uberlândia. **Auto de prisão em flagrante delito nº 0413275.83.2016.8.13.0702**. Distribuído por Sorteio em: 14/06/2016, Data da Publicação: 15/06/2016.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19080.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19269.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

DIPP, G. **A delação ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei.** Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015.
Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

DWORKIN, R. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELIAS, N. **O processo civilizador: formação do Estado e civilização.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. v. 2.

ELIAS, N. **Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILGUEIRA, M. H. B.; COIMBRA, M. Colaboração premiada: desde a origem até os dias atuais. **Violência e Criminologia.** Jacarezinho, v. 6, p. 131-150, 2016.

GODOY, R. M. B. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

GOMES, L. F.; SILVA, M. R. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. **Revista Fides.** Natal, v. 6, n. 1, p. 164-175, 2015.

GROSSI, P. **A ordem jurídica medieval.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HESPANHA, A. M. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.** Coimbra: Edições Almedina, 2012.

HUNT, L. **A invenção dos direitos humanos: uma história.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade?:** porque o Brasil precisa de um indicador nacional de esclarecimento de homicídios. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/politicas-de-seguranca-publica/controle-de-homicidios/?show=documentos#3969>. Acesso em: 28 mar. 2021.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2008.

KIST, D. J. Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções. **Direito e Democracia**. Canoas, v. 4, n. 1, p. 145-179, 2003.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MELO, T. C. B. **Bem jurídico penal**: a contextualização do bem jurídico no Estado Social e Democrático de Direito. 2005. Dissertação (Mestrado em Dogmática Jurídica em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005.

MORAIS, H. D. **Regime jurídico da colaboração premiada**: direitos e deveres das partes e poderes do juiz. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

POPPER, K. R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. v. 2.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SMANIO, G. P. O bem jurídico e a Constituição Federal. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 8, p. 1-11, 2004.

SONTAG, R. Para uma história da delação premiada no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 441-468, 2019.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América**: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações Filipinas**. Coimbra, 1998. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

VIEIRA, H. F. C. E. **A delação premiada na lei 12.850/2013 – lei das organizações criminosas – e seu valor probatório no processo penal brasileiro**. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

VIEIRA, R. D.; MORILLAS, J. P. Do instituto da delação premiada: conceito, abordagem comparativa alienígena, evolução legislativa no Brasil e posicionamentos doutrinários. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Salvador, v. 4, n.1, p. 23-44, 2018.