

# A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO COMPORTAMENTO POSITIVO PÓS-DELITIVO NA EXECUÇÃO PENAL

COLLABORATION AWARDED AS POSITIVE BEHAVIOR IN CRIMINAL EXECUTION

**Lucas Andrey Battini**

Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP.

Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UEL. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e

Processo Penal Econômico pela PUC-PR. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8011358972349415>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2621-9399>

[battini@advocaciambledv.br](mailto:battini@advocaciambledv.br)

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é o estudo da colaboração premiada como espécie do gênero punibilidade, no qual o instituto é apresentado como um comportamento pós-delitivo, rumando à pesquisa, por meio de revisão bibliográfica nacional e estrangeira, para a problemática da discussão sobre a viabilidade da celebração do acordo após sentença penal transitada em julgado. A pesquisa se inicia com a definição do conceito de punibilidade, com maiores esclarecimentos para as causas de levantamento de pena/conduitas positivas pós-delitivas. Ao final, busca-se apresentar posição crítica e fundamentada quanto à celebração do acordo, orientado pela busca de um prêmio específico incidente na reprimenda em sede de Execução Penal.

**Palavras-chave:** Punibilidade – Comportamento pós-delitivo – Delação Premiada – Execução Penal.

**Abstract:** The objective of this article is the study of the award-winning collaboration as a species of the punishability genre, in which the institute is presented as a post-criminal behavior, heading the research, through national and foreign bibliographic review, to the problem of the discussion about the viability of the conclusion of the agreement after a final criminal sentence. The research begins with the definition of the concept of punishability, with further clarifications on the causes of post-criminal penalties/positive conduct. In the end, it seeks to present a critical and reasoned position regarding the conclusion of the agreement, guided by the search for a specific award incident in the reprimand in the context of criminal execution.

**Keywords:** Punishability – Post-delictive behavior – Awarded Collaboration – Criminal execution.

## 1. Introdução

A colaboração premiada é instituto que ganha cada vez mais destaque no cenário atual de aproximação da justiça negocial para o Direito Penal. Entendida aqui como uma espécie do gênero punibilidade, a colaboração premiada como comportamento pós-delitivo será o objeto de exame do presente estudo, em especial sua existência na fase de Execução Penal, isto é, após a sentença penal condenatória transitada em julgado, quando o colaborador já conhece os efeitos produzidos pela persecução penal do Estado que, contra ele, foi desenvolvida.

Aponta-se, em primeiro lugar, a existência da problemática e a viabilidade de sua discussão, pois, muito embora a Lei 12.850/2013 tenha estabelecido de maneira positivada a possibilidade de realização da colaboração na Execução Penal, parte da doutrina questiona seu manejo nesta fase em razão da: banalização do instituto; violação à coisa julgada; comprometimento do requisito voluntariedade; e o aumento da postura punitivista por parte do Estado.

Para que se busque uma solução para o problema, a pesquisa, desenvolvida a partir de extensa revisão bibliográfica, iniciará a partir do recorte metodológico que diz respeito à definição do conceito de punibilidade, com maiores esclarecimentos para as causas de levantamento de pena/conduitas positivas pós-delitivas para que, após, sejam apresentadas respostas às indagações atinentes a possibilidade da celebração do acordo de colaboração premiada após sentença penal condenatória transitada em julgado.

## 2. Punibilidade e comportamentos positivos pós-delitivos

No ponto específico de definição do que a doutrina entende como punibilidade, a utilização de expressões diversas procurando representar iguais significados é um dos pontos de tensão na definição do termo, o que gera o aparecimento de estudos que fazem referência à semântica da punibilidade, como: penalidade, responsabilidade, pressupostos de aplicação de pena, entre outros, principalmente com a denominação de condições objetivas, ou ainda, como causas de exclusão ou liberação da pena.

Pode-se definir punibilidade como sendo a restrição do âmbito do punível, limitador do *jus puniendi* estatal, fixadas as premissas de admiti-lo como um elemento de ligação entre o delito tentado ou consumado – cujo injusto e culpabilidade já estão determinados definitivamente – e a pena em concreto (BITTAR, 2015, p. 48).

Outros autores apresentam definições distintas. Octavio García Pérez menciona que os preceitos penais condicionam a imposição de pena à concorrência de uma circunstância adicional (condição objetiva de punibilidade) ou a ausência de um elemento determinado (escusa absolutória). Tanto as condições objetivas de punibilidade quanto às escusas absolutórias constituem circunstâncias que restringem o âmbito da pena (PÉREZ, 1997, p. 33).

Para Heleno Cláudio Fragoso, a punibilidade é representada por suas condições, as quais são acontecimentos exteriores ao tipo, que a lei estabelece como indispensáveis à punibilidade do fato (FRAGOSO, 1962, p. 161).

De acordo com Claus Roxin, as circunstâncias a serem adicionadas a um injusto capaz de gerar a punibilidade denominam-se condições objetivas de punibilidade. Entre elas estão, acima de tudo, certos resultados que fundamentam a punibilidade e que não precisam se referir ao dolo ou à culpa do autor (ROXIN, 1997, p. 970).

Juan Carlos Ferré Olivé defende que a punibilidade se refere à exclusiva necessidade preventiva da pena, sendo que tais elementos não se fundamentam na culpabilidade e lesão a um bem jurídico, mas sim em razões de política-criminal. Dessa forma, com a constatação de que uma conduta dispõe do conjunto de características exigidas, pode-se afirmar se é merecedora de pena, ou seja, se pode sofrer uma desaprovação jurídica tão intensa e acarretar um castigo (FERRÉ OLIVÉ, 2008, p. 7).

Há ainda dois paradigmas: se a punibilidade deve apenas contribuir com elementos do delito já existentes sem que com eles se perfilhe, ou se haveria que se criar uma nova categoria a ser adicionada ao conceito analítico de delito.<sup>1</sup>

Nesta última posição – criação de uma nova categoria –, também se encontram posicionamentos que partem do pressuposto de um sistema funcional de Direito Penal,<sup>2</sup> em que é comum observar a fundamentação da existência de um injusto culpável, no qual o legislador decide não castigar o agente restringindo o alcance da punibilidade por considerações político-criminais, ou ainda, baseado em critérios alheios ao Direito Penal.

Octavio García Pérez, em trabalho recente que buscou analisar o estado atual de debate da punibilidade nos últimos vinte anos, afirma que a categoria consiste em determinar se a pena pode ser justificada do ponto de vista do Direito Penal. Dessa forma, só caberá recorrer à pena quando resulte funcional tanto para o sistema de controle social como para o subsistema do Direito Penal. Será o caso, unicamente, quando as funções da pena não possam ser alcançadas por outras vias menos gravosas, de modo que a punibilidade obtém seu fundamento por meio do Princípio da Subsidiariedade (PÉREZ, 2019, p. 970).

Apontadas as divergências sobre o tema e, com o devido recorte metodológico necessário, no que respeita o que se propõe abordar – condutas positivas pós-delitivas –, o que interessa aos comportamentos pós-delitivos é que suas condutas recebam, de alguma forma, valoração positiva pelo sistema de justiça, isto inclui a reparação dos danos acarretados à vítima, diminuição dos seus efeitos, ainda que não seja efetivamente possível compensá-los (CABANA, 2000, p. 32).

Alguns exemplos estão previstos no art. 34 da Lei 9.249/1995, que prevê a extinção da punibilidade nos casos em que o agente promova o pagamento do tributo devido antes do recebimento da denúncia, nos delitos definidos na Lei 8.137/1990 e na Lei 4.729/1995; no art. 168-A, quando o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento de contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, antes do início da ação fiscal.

De igual forma, nos delitos ambientais, a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa (art.76, Lei 9.099/1995) está condicionada à composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade (art. 27, Lei 9.605/1998) e, em relação à suspensão condicional do processo, a extinção da punibilidade prevista no artigo 89, § 5º, da Lei 9.099/1995, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental (excetuando-se os casos de impossibilidade – art. 28, I, Lei 9.605/1998) (CARVALHO; CARVALHO, 2008, p. 5178).

### **3. A delação premiada como espécie de comportamento positivo pós-delitivo na fase da execução da pena**

Há identificação da colaboração premiada como comportamento pós-delitivo em razão de sua posterioridade, sua voluntariedade e sua efetividade (efeitos positivos).

No que tange ao limite temporal do exercício da colaboração premiada, também há conexão com um de seus traços característicos, qual seja: a voluntariedade. Isso porque as causas de supressão total ou parcial da pena exigem que o sujeito atue voluntariamente, o que, no caso da colaboração premiada, é o mais complexo dos requisitos a ser satisfeito (CARVALHO; ÁVILA, 2019, p. 161).

O sentido positivo desse comportamento manifesta-se pela obtenção de determinados resultados: identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas (art. 4º, I); revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa (art. 4º, II); prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa (art. 4º, III); recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, IV); ou localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, V).

A Lei 12.850/2013 estabeleceu de maneira positivada a possibilidade de realização da colaboração na fase da Execução Penal, delimitando os benefícios a que faz jus o delator que colaborar depois de proferida sentença penal condenatória, sendo que a realização de acordos na seara executória já é realidade há muito tempo, momento no qual é celebrada a maior parte dos acordos de colaboração premiada, eis que o delator tem sua situação processual já definida (BITTAR; ROEHRIG *apud* GOMES; SILVA; MANDARINO, 2018, p. 586).<sup>3</sup>

O debate, todavia, é polêmico. Seu início é marcado pela suposta violação à coisa julgada quando sua celebração ocorre em sede de Execução Penal. Sob esse aspecto, Gilson Dipp afirma que esse obstáculo formal, em respeito ao princípio da verdade real e diante da possibilidade de flexibilização de padrões de interpretação não ofende a essência da Constituição, mas provoca uma extrema relativização da coisa julgada (DIPP, 2015, p. 19).

Ainda, para aqueles que não compactuam com a celebração dos acordos de delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o indivíduo serviria como mero instrumento para o alcance de fins sociais, além do que, eventualmente, a voluntariedade/efetividade estaria viciada por meio de uma colaboração comprometida.

Como contraponto, importante a lição de Alamiro Velludo Salvador Netto, no sentido de que a execução da pena pode significar algo bastante valioso no momento das negociações, eis que, afinal, um ajuste no modelo executório pode implicar sensível diminuição do grau de dor e de sofrimento que a sanção carrega consigo. Por isso mesmo, sob o plano prático e forense, acordar o programa de execução interessa a todos, seja ao órgão acusador, que cede algo cobijado em função da contrapartida, seja à defesa que, em último grau, minora o flagelo do cliente (SALVADOR NETTO, 2019, p. 5).

É válido dizer ainda que a legislação se encarregou de restringir o rol de benefícios com a criação de uma diferença entre sua concessão antes e após sentença condenatória, justamente para que não se apresente de forma conflituosa com o ordenamento, motivo pelo qual se diz não ser possível que a pactuação na fase pós-processual de benefícios previstos para a fase pré, visto que as benesses previstas se subordinam aos preceitos da legalidade criminal, e

vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas.

A colaboração premiada como comportamento positivo pós-delitivo realizada após o trânsito em julgado da sentença condenatória – há muito – é uma realidade. É preciso, todavia, que exista estrita observância, por parte dos órgãos atuantes, dos benefícios que podem ser concedidos ao colaborador especificamente nesta fase, sobretudo pois distintos da fase pré.

A não observação do destaque presente na lei, quanto à diferença existente para aquele que opta pela delação na fase da execução, implica no desestímulo da delação na fase pré-sentença, tendo em vista que, se não há limites para a concessão de prêmios, a motivação para a renúncia ao direito às prerrogativas constitucionais, em especial ampla defesa do réu, sofre evidente desprestígio (BITTAR; ROEHRIG *apud* GOMES; SILVA; MANDARINO, 2018, p. 594).

#### 4. Conclusão

O comportamento positivo pós-delitivo é marcado pela voluntariedade, reparação do dano ou a contribuição com a administração da justiça, o que torna a conduta posterior do agente valorada como positiva e, por consequência, seja possível o alcance da punibilidade total ou parcial.

Em algumas situações, como é o da colaboração premiada, o requisito da contribuição com a administração da Justiça tem-se muito claro, principalmente quando a lei condiciona à valorização positiva a um atuar que diga respeito à obtenção de resultados probatórios práticos com reflexos no interesse público.

Isso porque o comportamento posterior ao delito, ao se situar no âmbito da punibilidade, encontra-se com os influxos de posturas político-criminais e alia-se às funções da pena. Quando tais motivos se sobrepõem – por assim melhor interessarem à sociedade – às finalidades meramente retributivas da reprimenda, cria-se, por

consequência, uma possibilidade de atuar positivamente para que, diante do cumprimento de determinados requisitos, uma conduta seja valorada e alcance a punibilidade.

Partindo desta premissa, a Execução Penal seria, talvez, o momento de mais lucidez processual, em respeito ao devido processo legal, para que o colaborador possa atuar positivamente, dentro de sua culpabilidade – tratada aqui como limite da pena e já definida com a sentença passada em julgado –, na obtenção de um prêmio que repercuta no interesse do próprio Estado.

A concessão de um prêmio como pressuposto de um comportamento positivo pós-delitivo, com o devido preenchimento dos requisitos comportamentais, não se incompatibiliza com os fins próprios da sanção. Não se pode confundir a orientação teleológica do sistema com objetivos meramente pragmáticos do Direito Penal como um fim em si mesmo, ancorado em concepções retribucionistas que visam, a todo e qualquer custo, a justiça mascarada em simples desfechos, ainda que de tais desfechos não se obtenha um verdadeiro resultado.

A legislação é permissiva no sentido de admitir possibilidade de realização da colaboração na fase da Execução Penal. Contudo, com extrema cautela, delimitou os benefícios a que faz jus o delator que colaborar depois de proferida sentença penal condenatória, fato este que demanda observância.

Nesse ponto, a fiscalização do prêmio não só se presta ao impedir o descrédito da própria colaboração realizada antes do decreto condenatório, como também fixa os limites de atuação do magistrado no instituto, pois, do contrário, caso proceda à homologação de acordos com benefícios que não dizem respeito à fase executória, colocar-se-á em risco, automaticamente, além de princípios fundamentais como a separação de poderes ao legislar, a própria voluntariedade como requisito do comportamento positivo pós-delitivo.

#### Notas

<sup>1</sup> Morillas Cueva afirma que alguns pressupostos legais devem ser adicionados para que se possa completar a hipótese delitiva. Para o autor, estas circunstâncias não podem se situar no mesmo nível da antijuridicidade e culpabilidade, mas sim como elemento a mais do delito (MORILLAS CUEVA, 2018, p. 325).

<sup>2</sup> É o caso de Claus Roxin. Com relação à punibilidade, assinala que se está diante de uma exceção, posto que o elemento que expressa uma decisão sobre a necessidade de sanção é alheio à Teoria dos Fins da Pena em razão de posições extrapenais. Conclui, portanto, que os critérios políticos criminais que fundam as bases de seu trabalho influenciam a Teoria do Delito, mas não a punibilidade (ROXIN, 1997, p. 970).

<sup>3</sup> Importante recordar que, por ser contraditório quanto ao preceito inserido pelo § 7º, II, do art. 4º, incluído pela Lei 13.964/2019, ou seja, posteriormente à Lei 12.850/2013, que limitou os prêmios inerentes à forma da progressão de regime, houve revogação tácita do § 5º, do art. 4º, não sendo mais permitido ao colaborador, em fase posterior à sentença, negociar a progressão de regime quando ausentes os requisitos objetivos, agora de acordo com a redação do novo § 7º, II, do art. 4º (BITTAR, 2020, p. 210). O referido § 5º especificou quais benefícios podiam ser conferidos ao colaborador caso fosse realizado o acordo após sentença, fato que veio a ser reforçado com a inclusão do § 7º, II, do art. 4º, pela Lei 13.964/2019.

#### Referências

BITTAR, Walter Barbosa. Algumas reflexões sobre as chamadas condições objetivas de punibilidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 293, 2002.

BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. *A punibilidade no Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: Direito, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BITTAR, Walter Barbosa; ROEHRIG, Mariel Marchiori. Há limites para a delação premiada na fase de execução penal? In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella (Org.). *Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 575-600.

CABANA, Patrícia Faraldo. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidade e fins da pena. *Ciências Penais*, v. 3, 2005.

CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento pós-delitivo positivo e as categorias do delito: uma contribuição à sua delimitação conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 875, p. 379-409, set. 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, 2019.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. A reparação do dano ambiental como comportamento pós-delitivo. In: *XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. DIPP. Gilson Langaro. *A "delação" ou colaboração*

*premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1744/A\\_De-la%E7%E3o\\_ou\\_Colabora%E7%E3o\\_Premiada.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1744/A_De-la%E7%E3o_ou_Colabora%E7%E3o_Premiada.pdf?sequence=1). Acesso em: 30 mar. 2020.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Punibilidad y proceso penal. In: *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. n. 15, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 158-179.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de Derecho penal: Parte General*. Dykinson, Madrid, 2018.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Parte general del derecho penal*. 3. ed. Pamplona: Aranzadi, 2009.

PÉREZ, Octavio García. *La punibilidad em el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

PÉREZ, Octavio García. Sobre el estado actual del debate en torno a la punibilidad. *Estudios Penales y criminológicos*. v. XXXIX, 2019. Disponível em: <https://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/6279>. Acesso em: 31 mar. 2020.

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

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Execução penal: ambiente de cogência ou espaço de dispositividade? *Boletim IBCCRIM*, v. 27, 2019.