José Carlos G. Xavier de Aquino

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

8ª edição
Revista, atualizada
e ampliada

Colaboradora
Aparecida Tatiana Gomes Barbosa Consalter

2025

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

XVII

DA COLABORAÇÃO PREMIADA

1. INTRODUÇÃO

1.1. Sistemas penais

O processo penal, a depender dos princípios que venham a informá-lo, pode ser acusatório, inquisitivo ou misto.

O sistema *acusatório* possui raízes na Grécia e na Roma Republicana e consiste em um modelo que tem "o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, a qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção"[1].

Tem-se, portanto, a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, todas essas conferidas a personagens distintos, bem como a existência de procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade.

Por sua vez, chama-se *inquisitório (ou inquisitivo)* o sistema que se desenvolveu, primeiramente, na Roma Imperial e que põe em evidência estruturas judiciárias burocratizadas, como também procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz.

---

1 Luigi Ferrajoli, *Direito e razão – teoria do garantismo penal*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 519-520.

Nesse modelo, o magistrado abandona sua posição de árbitro imparcial, concentrando em si as funções de acusar, defender e julgar, por meio de um procedimento escrito e sigiloso, excluindo ou limitando o contraditório e a ampla defesa. Tem-se, dessa forma, a mitigação de direitos e garantias individuais em favor de um suposto interesse social na punição do acusado.

No sistema *misto*, a fase preliminar investigatória fica a cargo da Polícia Judiciária, sendo certo que tal procedimento tem caráter eminentemente inquisitório, não se observando, desta feita, o postulado *nullum judicium sine accusatione*. Todavia, uma vez recebida a queixa ou a denúncia, inicia-se a instrução criminal e, neste passo, aplica-se o modelo acusatório, com todas as garantias constitucionais previstas.

Com efeito, o processo penal brasileiro tem natureza mista[2], muito embora a reforma advinda com o famigerado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) tenha introduzido o art. 3º - A no CPP, dispondo que o nosso sistema processual possui estrutura acusatória ("o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a

2 Na mesma linha, Guilherme de Souza Nucci explica que "o sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal". (Cf. Manual de processo penal e execução penal, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, ISBN 978-85-309-6952-3, 2016. E-book, p. 113). Por sua vez, Renato Brasileiro de Lima pondera que "é bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Toma-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988" (Cf. Manual de direito processual penal ..., p. 41).

iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação")[3].

Não se pode deixar de observar, contudo, que ainda existe o ranço do sistema inquisitivo ao permitir, no art. 209 do CPP, que o magistrado possa, ao seu bel talante, de ofício, ouvir outros testigos, como também ordenar, mesmo na fase inicial do procedimento, a produção antecipada de prova ou ainda, quando achar necessário, possa ouvir as testemunhas que lhe aprouverem, daí por que não se pode deixar de afirmar que o Código de Processo Penal continua a ser misto. Nem se diga que com a introdução do mencionado art. 3º-A, como em um passe de mágica, transformaria todos os demais dispositivos existentes em artigos com características do sistema acusatório.

Com o advento da justiça negociada, que veio para combater com mais agilidade esse, por assim dizer, "processo sem processo" que, na verdade, tem características eminentemente inquisitivas[4] e, em nome da celeridade processual que, no mais das vezes, faz ouvidos surdos às formalidades exigidas no sistema acusatório, busca a todo custo a obtenção da admissão por parte do delator da prática delitiva, almejando informações que possam resultar no desmantelamento da organização criminosa.

Mesmo entre aqueles que defendem a justiça negociada admitem que esse novo modelo macula os corolários do devido processo legal, tendo em vista o abandono dos postulados da ampla defesa e do contraditório.

---

3 O STF atribuiu interpretação conforme ao art. 3-A do CPP, no sentido de que o juiz pode determinar a realização de diligências suplementares, nos limites legalmente autorizados, para diminuir dúvida sobre ponto relevante para o julgamento do mérito (ADI 6298, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-12-2023 PUBLIC 19-12-2023).

4 Nesse tocante, impende destacar que, embora as características da delação sejam inquisitivas, elas não retiram do processo penal o seu caráter público.

A justiça negociada traz em seu bojo princípios que divergem do processo tradicional, sendo certo que prevalecem a informalidade, a diminuição das garantias processuais antefaladas e, sobretudo, pelo fato de que a verdade real é colocada em segundo plano. Em outros termos, a confissão do colaborador, ainda que mentirosa, é o quanto basta para a formalização do acordo, abstração feita se a questão da mentira, *per fas et nefas*, saltar fora.

Vê-se, portanto, que o mote da colaboração premiada que, diga-se, foi baseada no *plea bargainig*, instituto admitido em alguns estados norte-americanos, é a confissão, fazendo-me lembrar de Franz Kafka que, em sua obra "O Processo", muitos anos antes e como num exercício de futurologia, delineia perfeitamente o instituto em comento, ao obtemperar o seguinte:

"*No me pregunte nombres, pero corríjase de su defecto, no sea tan obstinado. No se tiene armas contra esta justicia, es preciso confesar. Confiese em la primera ocasión y solamente después podrá usted tratar de escaparse, pero solamente después. Y aun entonces solo lo conseguirá si alguien le ayuda*"[5].

Observa-se que o problema do *patteggiamento*, nomenclatura que se dá à justiça negociada na Itália, encontra o primeiro obstáculo na natureza jurídica do processo penal brasileiro, porquanto como se disse acima, embora nosso sistema seja misto, para que ele tenha valia é mister que se submeta ao princípio do contraditório, da ampla defesa, do *due process of law* e todas as demais regras a eles inerentes, quando então o nosso processo se torna proeminentemente acusatório puro.

Da mesma forma, não vejo empenho seja do legislador ou dos doutrinadores no sentido de assegurar àquele que foi delatado as garantias constitucionais *retro* mencionadas. Há um *iter* a ser trilhado e nele se percebe que o legislador se preocupou muito

5 Franz Kafka, *El processo*, Buenos Aires, Clásicos Losada, 2006, p. 148.

mais com o delator do que com o delatado, haja vista que o princípio da individualização da pena, bem como o consectário da proporcionalidade, fere a expectativa de justiça tradicional, pois quem delata recebe um prêmio.

Sei que, se por um lado, nos dias que correm, a simplificação dos processos é medida imperiosa; por outro, devemos encontrar um meio termo, de molde a não desprezar as formalidades previstas para o ajuizamento da ação.

A controvérsia é tamanha, pois o juiz não mais decide solitariamente, mas depende, para entregar sua prestação jurisdicional, de ajuda de terceiros que jamais se encontraram no vértice do triângulo do *actum trium personarum*. Ademais, verifica-se que na colaboração premial se dá muito mais importância para o efeito prático do, por assim dizer, processo. Esse novo *design* da justiça brasileira, ao introduzir elementos estranhos a ela, proporciona meios que agilizam os "processos", dando de ombros, isso não se pode negar, ao delatado, em homenagem a uma justiça rápida.

Muito embora existam operadores do Direito que se posicionem em um sentido e outros no sentido inverso, acredito na nova forma de se aplicar justiça, com ênfase nas negociações entre o representante do Ministério Público e o colaborador, com chancelamento do agente do Poder Judiciário. Não tenho dúvidas de que o juiz deva ser um homem do seu tempo, voltando sua ótica para o estudo da arte de negociar, pois só assim saltará fora a justiça consensual. Isso porque a colaboração premiada se corporifica em um modelo antigarantista[6] e cabe ao magistrado, dentro desse

6 André Karam Trindade explica que o movimento garantista é derivado da "teoria liberal do direito penal elaborada com base na herança jusfilosófica iluminista, nos ambientes progressistas da cultura jurídica italiana a partir da segunda metade dos anos 70" (Cf. *Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli*, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo--pensamento-luigi-ferrajoli?imprimir=1>. Acesso em: 12 maio 2015). Um dos seus maiores expoentes é o autor Luigi Ferrajoli, que ensina que o termo "garantismo"

novo paradigma, assegurar ao investigado o sacrossanto direito de defesa, sempre norteado pelo consectário da presunção da não culpabilidade.

Para tanto, observa-se que esse novo modelo de justiça encontra suas raízes na Inquisição, conforme será melhor explicado no item 3, e espera-se que os juízes não ultrapassem os lindes das teorias, olvidando-se dos bolorentos e abomináveis meios para alcançar, a qualquer custo, a admissão dos fatos por parte do delator ou delatado, mesmo porque o fulcro do processo penal é obtenção da verdade verdadeira e não uma verdade fruto de procedimentos inadmissíveis em matéria penal e que, *ictu oculi*, verifica-se abuso em sua colheita.

Desta feita, a colaboração premiada deve estar de mãos dadas com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição da República), princípio fundamental que representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a fim de não macular as informações extraídas por meio do instituto em debate.

Nesse sentido, o magistrado deve ser uma pessoa extremamente equilibrada e, porquanto atue nesse novo *design* processual, deve agir com cautela, de sorte a não se por em dúvida a sua imparcialidade, deixando para quem de direito determinadas di-

---

pode possuir três acepções, todas conexas entre si. Em um primeiro significado, designa "um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, própria do Estado de direito, que sob o plano epistemiológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos do cidadão." Em uma segunda definição, consiste em "uma teoria jurídica de validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas". Por fim, na terceira acepção, caracteriza "uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade". (Op. cit, p. 785-787).

ligências. Nesse passo, deve se colocar como *supra* parte e evitar agir de ofício, investigando, realizando prisões, determinando buscas e apreensões sem que tenha sido provocado pelo titular da *persecutio criminis*.

1.2. Teoria da pena

De há muito se construiu o conceito de que a retribuição estatal segue a norma penal incriminadora, baseado no brocardo jurídico *nulla poena sine crimine*, tornando esta questão entendimento que ninguém discrepava. Destarte, bastava alguém transgredir um tipo penal previsto anteriormente no código repressivo, para o Estado, titular do *jus puniendi*, após o devido processo legal, aplicar ao infrator a consequência do ilícito, isto é, a devida expiação.

Existe um nexo legal entre o crime formalmente descrito e a resposta do Estado, desde que não se vislumbre nenhuma causa, também prevista anteriormente em lei, que impeça o titular do direito de punir em aplicar o escarmento. Tais causas podem estar relacionadas à exclusão de: a) culpabilidade do agente (também são conhecidas como eximentes, exculpantes ou dirimentes e referem-se à imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa); b) ilicitude (art. 23 do Código Penal); c) tipicidade. São, portanto, hipóteses que obstaculizam as condições de punibilidade e procedibilidade.

Releva notar que a definição do delito levada a efeito pelo legislador anuncia que quem transgredir aquela definição legal anteriormente definida em lei (*nullum crimen nulla poena sine lege*), estará sujeito à sanção ou castigo e, ao mesmo tempo, revela que, quem assim não agir, nada sofrerá.

Nesse passo, a colaboração premiada violaria a teoria da pena, na medida em que considera uma conduta típica, antijurídica e culpável, sem causas que elidem a punibilidade, com pleno direito

de receber a benesse, baseado em critério de política criminal da não aplicação de retribuição estatal. Noutras palavras, que triunfe a impunidade, em nome do interesse maior da sociedade (Teoria Social), sopesando o confronto com os valores jurídicos lesados.

Sucede, porém, que o terceiro milênio trouxe consigo uma nova concepção a respeito da retribuição estatal, alargando o elenco de reprimendas para que o titular do *jus puniendi*, dentro do critério do homem comum, encontre a adequada sanção para o caso concreto[7].

Indaga-se: será que a impunidade do agente ativo do crime, em virtude da colaboração premiada, prevenirá, de forma geral ou especial, futuros delitos?

---

7 Com efeito, Luis Flávio Gomes expõe três modelos de resolução dos conflitos penais, baseado na lição de Garcia-Pablos de Molina e Gomes: "(a) Modelo dissuasório clássico, fundado na implacabilidade da resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contraria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Neste direito penal punitivista-retributivista não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um direito penal inflexível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contra- estímulo da pena; (b) Modelo ressocializador, que atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o direito penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade; (c) Modelo consensuado (ou consensual) de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (*plea bargaining*). Dentro deste terceiro modelo (que se ancora no consenso) impõe-se distinguir dois sub-modelos bem diferenciados: (a) modelo pacificador ou restaurativo (Justiça restaurativa, que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos à vítima, satisfação das expectativas de paz social da comunidade etc.) e (b) modelo da Justiça criminal negociada (que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc., ou seja, o *plea bargaining*)". (*Justiça conciliatória, restaurativa e negociada*. Disponível em: <http://caetanoarau.dominiotemporario.com/doc/Download9.pdf>. Acesso em: 7 maio 2015).

Ao longo da história, a justiça penal, nos moldes que ora se apresenta, demonstrou claramente a sua ineficácia, posto que os sistemas carcerários passaram a ser verdadeiros depósitos de malfeitores, sem nenhum programa destinado à sua recuperação.

Aliás, as prisões se consubstanciam não apenas em um verdadeiro curso de pós-graduação no crime, no qual proliferam as organizações criminosas, como também atuam como agentes causadores de aflições físicas (forma de vida e de tratamento) e psicológicas (isolamento, perda da sociabilidade, da afetividade e da identidade), abalos esses que aniquilam os seus caracteres de igualdade, legalidade e jurisdicionalidade.

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli pondera que o cárcere consiste em "uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva"[8].

Destaca o autor que a discricionariedade das autoridades carcerárias em relação ao conteúdo das prisões, que varia profundamente de acordo com os tipos de presos e de estabelecimentos prisionais, confere, assim, à pena privativa de liberdade um caráter substancialmente arbitrário e desigual, em contraste com a proclamada certeza e igualdade.

O referido jurista italiano ainda traz do Iluminismo a concepção de que "a pena deve ser necessária e mínima dentre as possíveis, em relação ao objetivo da prevenção de novos delitos"[9]. Cumpre ressaltar que tal pensamento traduziu a batalha iluminista contra a ferocidade punitiva e influenciou a Declaração de Virgínia de 1776, a Declaração de 1789 e as Constituições francesas de 1793 e de 1795.

---

8 Op. cit., p. 379-380.

9 Op. cit., p. 363.

Nesse sentido, ao citar Beccaria, complementa que "não há liberdade quando algumas vezes permitem as leis que em certos acontecimentos o homem deixe de ser pessoa e se considere coisa"[10]. Isto significa que o condenado não deve ser tratado como "meio" ou "objeto", mas como "fim" ou "pessoa", conforme prescreve o princípio moral do respeito à pessoa humana. É com base nesse conceito que se impõe uma limitação no que concerne à qualidade e à quantidade da pena, rechaçando-se, dessa forma, as penas de morte, as corporais, as infamantes, bem como a pena privativa de liberdade excessivamente extensa, além da prisão perpétua, que representa uma verdadeira morte civil.

Logo, explica o autor que "toda pena qualitativa e quantitativamente (supérflua porque) maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa"[11].

Com efeito, os princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana são complementares e vinculam a qualidade da pena aos critérios de igualdade e legalidade, bem como ao seu caráter privativo.

Assevera, ainda, que a retribuição estatal não pode perverter o condenado, quer dizer, se ela não possui uma finalidade corretiva, tampouco pode funcionar como um agente corruptor. Por fim, aponta que as condições de vida dentro da prisão devem ser as mais humanas e menos aflitivas possíveis, pois, somente assim, poderão impedir a função perversa e criminógena do cárcere.

De fato, ainda hoje, os detentos são tratados como coisas e não como sujeitos de direitos, de forma que é difícil, para quem é tratado assim, recuperar-se. De mais a mais, essas circunstâncias demonstram que a retribuição estatal extrapola a sanção estabe-

10 Idem, supra.

11 Idem, p. 364.

lecida pelo juiz criminal, de sorte que cada agrura que o detento sofre na prisão exsurge como mais uma punição que ele tem que carregar consigo.

Além disso, as penas ultrapassam a figura do delinquente, na medida em que seus parentes se submetem a uma série de humilhações, revistas vexatórias, assédios sexuais, constrangimentos, entre outros, para poder visitá-los nos estabelecimentos prisionais.

Destarte, se o preso não demonstrar periculosidade, há a possibilidade de o juiz conceder-lhe o direito de cumprir sua pena em prisão domiciliar, com a utilização da tornozeleira eletrônica, por exemplo.

De há muito que a pena reclusiva tem demonstrado a sua ineficácia, tendo em vista que o castigo infligido não recupera, razão pela qual o legislador se obriga a encontrar uma sanção alternativa, que não o cárcere, a fim de que a resposta do Estado, quando entrega a pena propriamente dita nesse aspecto, ou seja, de punição, seja efetiva e que propicie o condenado a se regenerar.

Entretanto, é evidente que o cárcere ainda não pode ser abolido do sistema penal, porquanto existem criminosos que demonstram a impossibilidade de serem regenerados. Logo, é chegada a hora de repensar em outros modelos de retribuição estatal que possam mostrar novos horizontes ao condenado (trabalho, educação ou até mesmo religião), propiciando, assim, uma esperança ao sair do sistema carcerário, o que evitaria a sua reincidência.

Gherardo Colombo, em artigo inserto em *Notizie Radicali*[12], quando indagado se seria possível educar no sentido do bem por meio do mal, respondeu secamente: - não!!!

12 Si può educare al bene attraverso il male? Giustizia e pena secondo Gherardo Colombo. In *Notizie.Radicali*, 02 abr. 2012. Disponível em: <http://notizie.radicali.

O ilustre conferencista, que no passado atuou na Operação "Mãos Limpas"[13], questiona o seu passado, colocando em discussão, nos dias de hoje, a sua ideia de pena.

Ademais, nesse sentido, publicou um livro sob o título de "O perdão responsável" (Milano, Editora Ponti alle Grazie, 2011), do qual, posteriormente, participou de um debate com Dom Virgílio Balducchi, inspetor geral da administração penitenciária, ocasião em que sustentou a contradição entre um sistema penal que, de um lado, inflige maus tratos físicos e psicológicos a um número sempre crescente de detentos; de outro, deixam impunes mais de noventa por cento dos criminosos e que produz taxas de reincidência cerca de setenta por cento dos condenados.

Nesta ocasião, o inspetor geral acima citado introduz na discussão a possibilidade de aplicação do perdão judicial, assim denominado como um entendimento entre a vítima e o autor do crime, uma relação que gira em torno do ressarcimento do dano e a reconstrução dos vínculos sociais, o que vale dizer que foram debatidos os princípios da justiça restauradora. Noutras palavras, a possibilidade da administração da justiça de recorrer à mediação penal, não só no tocante aos processos da infância e da juventude, mas, sobretudo, nos processos criminais que envolviam os adultos.

Nesse sentido, Antonino Cappelleri, procurador geral junto à Corte de Apelação de Veneza, em sua tese de doutorado, sustenta que a prisão é uma parte integrante do mundo em que se vive e

---

it/articolo/2012-04-02/intervento/si-pu-educare-al-bene-attraverso-il-male-giustizia-e-pena-secondo-ghe>. Acesso em: 19 maio 2015.

13 Gherardo Colombo, Antonio di Pietro e Piercamillo Davigo formavam o *pool* Mani Pulite, isto é, um grupo de promotores que liderou as investigações relacionadas a crimes contra a Administração Pública, na Itália da década de 90, gerando grande repercussão nacional, por envolver políticos e empresários de grande destaque no cenário italiano. Chamada inicialmente de Caso Tangentopoli (cidade do suborno), a Operação Mãos Limpas representou uma ruptura com o quadro político surgido no pós-guerra, conforme se verá mais adiante.

apresenta lacunas, contradições e fragilidades. Tanto assim, que a Corte de Cassação Italiana reconheceu, em 1991, que o cárcere representa um ambiente deletério e perigoso.

Tendo isso em vista, destaca-se uma tendência moderna que objetiva alterar o sistema de penas, procurando alternativas para substituir a presença de certos elementos no cárcere. Nos dias que correm, os legisladores, no afã de encontrarem uma saída para o problema antefalado, têm estabelecido retribuições estatais como penas pecuniárias, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (art. 43 do Código Penal) e perdão judicial.

Para determinados réus, principalmente aqueles que sempre viveram na "ala grande", a pena carcerária se torna inócua, sem possibilidade de reabilitação. Nesses casos, uma pena de perda de bens e valores se mostra muito mais adequada, pois ficariam sem condições financeiras mínimas para manter o seu *status quo.*

Na Itália, por exemplo, a pena de prisão perpétua (*ergastolo)* tem desaparecido do ordenamento jurídico daquele país, ante a flexibilização da consequência do crime, isto é, da pena como retribuição estatal.

Nesse contexto, é importante destacar que a reforma penal de 1984, derivada do movimento minimalista e sob o signo despenalizador do princípio da intervenção mínima, introduziu o sistema de penas alternativas (Lei n. 7.209/84 e Lei n. 7.210/84). Observa-se que o referido movimento defende o uso da prisão como a última *ratio*, com base no binômio criminalidade grave/pena de prisão *versus* criminalidade leve/penas alternativas.

Por sua vez, a corrente abolicionista acredita na extinção da cultura punitiva, por meio de mudança de percepções, atitudes

e comportamentos. Para os seus defensores, o cárcere deve ser substituído por outras formas de controle, utilizando direito penal mínimo como passagem ou trânsito para tanto.

1.3. Reflexões sobre o cárcere

De há muito se sustenta em matéria penal que aquele que infringir a norma penal incriminadora faz por merecer o preceito sancionador que sempre segue o tipo penal.

Bettiol obtempera que a pena do malfeitor nada mais é do que um castigo em retribuição ao crime por ele praticado, porquanto todo cidadão que vive em determinado círculo deve obediência à lei estabelecida pelo código repressivo daquele grupo, de molde, se for o caso, retirar o delinquente do seio da sociedade, como uma forma preventiva de evitar reiteração de conduta e de demonstrar às demais pessoas que copiarem o seu agir que também estarão sujeitas às penas da lei. É a chamada punibilidade pedagógica.

Como é sabido, a retribuição estatal só pode ser aplicada quando o tipo penal previsto no ordenamento jurídico próprio efetivamente se concretiza, quer dizer, quando o tipo penal sai da letra fria da lei e passa a figurar no mundo real.

Como se vê, a punibilidade exercida pelo poder estatal de castigar e ressocializar[14] o infrator deve ser empregada após a prática do crime, pois até então não passa de mera hipótese.

Essa afirmação já causa um mal estar entre o conceito de punibilidade e a retribuição estatal prevista no instituto da colaboração premiada, que refoge dos padrões tradicionais, razão pela qual, antes do advento do instituto em debate, Claus

14 Não gosto de utilizar a expressão "ressocializar", porquanto muitos delinquentes sequer foram socializados, vivendo como aparas da sociedade.

Roxin já sustentava que a punibilidade não estaria enquadrada no conceito de crime, porquanto exsurgia como um filtro em certos casos.

Desse modo, os legisladores do terceiro milênio verificaram que a política de punir na forma de castigo propriamente dito, isto é, o delito como corolário obrigatório à sanção aflitiva e reclusiva, não era medida imperiosa[15]. Daí por que começaram a fazer experiências junto ao sistema penitenciário e a estudar sobre a necessidade de empregar uma política de punir, razão pela qual o enclausuramento dos malfeitores foi substituído por medidas não aflitivas, aguardando que essa circunstância pudesse obstaculizar a possibilidade do delinquente reincidir. Assim, passaram a questionar se haveria necessidade de punir ou teria outro sistema que poderia dar lugar à retribuição estatal.

Em razão de ser novo esse desenho de retribuição estatal feito por meio da mediação e aguardando uma resposta satisfatória daqueles que enveredam pelo caminho do ilícito, observa-se, em razão do noviciado do instituto, que não se pode abolir o preceito sancionador que segue a norma incriminadora, muito embora o *quantum* da pena possa ser reestudado, no caso de, efetivamente, surtir o resultado esperado pelos legisladores (penalidade mais branda somada ao fato de se propiciar uma retribuição estatal que, ao invés de corrigir, lapida o malfeitor no sentido de sair do sistema carcerário pós-graduado em crime, como visto anteriormente).

---

15 O sistema de execução penal norueguês exclui a ideia de vingança, em razão do emprego da teoria da reabilitação, reforma e correição do preso, que se pauta em reparar as deficiências do indivíduo, a fim de que ele retorne à sociedade como um membro produtivo. Nesse modelo, se o malfeitor não se recuperar no prazo de cumprimento da pena, serão aplicadas prorrogações sucessivas de cinco anos, até que a sua reintegração à sociedade seja comprovada. (João Ozório de Melo, Noruega consegue reabilitar 80% de seus criminosos, In *Consultor Jurídico*, 27 jun. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-27/noruega-reabilitar--80-criminosos-prisoes>. Acesso em: 17 jun. 2015).

Portanto, na chamada justiça negociada, a punibilidade aparece como um elemento autônomo na estrutura do delito, porquanto a informação de fatos relevantes levam ao aplicador da lei e, por via de consequência da punibilidade, poder minimizá-la ou sequer estabelecê-la, criando-se, dessa forma, na doutrina da pena mais uma categoria de não penalidade, tais como a prescrição, anistia e o perdão da vítima.

É efetivamente uma medida de política criminal, que se concede ao julgador a fim de que ele, por meio da retribuição estatal imposta, alcance um objetivo maior do que aquele prescrito para determinada conduta específica.

Embora seja, *a priori*, para os conservadores, uma medida inapropriada, é um agir que atinge o direito à convivência em sociedade, de forma que o interesse da coletividade se sobreponha ao do indivíduo.

É um meio que favorece poucos, mas, sem dúvida, tutela bens jurídicos muito maiores do que a penalidade específica. Não se negue que a supressão de um perigo que pairava sobre uma vítima de sequestro que, com a delação, teve sua liberdade restituída diante das informações fornecidas pelo delator, por si só explicaria a aplicação, conforme o caso, da indulgência sobre o malfeitor. Na balança do justo, a libertação do homem de bem fundamenta o abrandamento da expiação, mormente quando se sabe que existem defensores do fim do encarceramento, justificando pela quase nenhuma recuperação do delinquente.

Vale lembrar que, nos dias de hoje, os sistemas carcerários mundiais, com raríssimas exceções, consubstanciam-se em depósitos de presos, sendo certo que o detento não tem a mínima chance de ali se recuperar.

Como é cediço, os grandes estabelecimentos prisionais exsurgem como verdadeiras cidades e com os problemas a elas inerentes. No caso do Brasil, homens e mulheres ficam confinados