

Comentários sobre a Lei nº 12.850/2013: arts. 1º a 7º

Comments on Law No. 12.850/2013: arts. 1st to 7th

René Ariel Dotti (*in memoriam*)¹
Guilherme de Oliveira Alonso²
Alexandre Knopfholz³
Gustavo Britta Scandelari⁴

Received: 30.10.2023
Accepted: 02.12.2023
Vol. 1, 2024, p. 490-558
ISBN: 978-65-00-97652-6

Sumário: 1. Introdução; 1.1 Antecedentes legislativos; 2. Comentários à Lei nº 12.850/2013: arts. 1º a 7º; 2.1 Conceito de organização criminosa; 2.2 As figuras equiparadas 2.3 Conflito com a Lei nº 12.694/2012; 2.4 Conflito com a associação criminosa; 3. Jurisprudência; 4. O crime de promoção, constituição, financiamento ou integração de organização criminosa (*caput*); 4.1 Objetividade jurídica; 4.2 Sujeitos ativo e passivo; 4.3 Elementos objetivos; 4.4 Elementos subjetivos; 4.5 Consumação e tentativa; 4.6 O crime de obstrução de justiça (§1º); 4.7 As causas de aumento de pena (§§2º, 3º e 4º); 4.8 O afastamento caute-

¹ *In memoriam*: Professor Titular de Direito Penal da UFPR. Corredator dos projetos que se converteram na Lei nº 7.209/1984 (reforma da Parte Geral do Código Penal) e na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Homenageado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná com a Comenda do Mérito Judiciário do Estado do Paraná (2015).

² Advogado atuante na área criminal (guilherme@dotti.adv.br). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Sócio do Núcleo Criminal da Dotti Advogados.

³ Advogado atuante na área criminal (alexandre@dotti.adv.br). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Professor de Processo Penal na Graduação do UNICURITIBA e de cursos de Pós-Graduação em Direito. Sócio e Coordenador do Núcleo Criminal da Dotti Advogados.

⁴ Advogado atuante na área criminal e em compliance (gustavo@dotti.adv.br). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal na Graduação do UNICURITIBA e de cursos de Pós-Graduação em Direito. Sócio e Coordenador do Núcleo Criminal da Dotti Advogados.

lar do funcionário público (§5º); 4.9 As consequências da condenação (§6º); 4.10 A determinação de instauração de procedimento na Corregedoria de Polícia; 4.11 A execução de pena; 5. Jurisprudência; 6. Caráter descritivo; 7. O aspecto etimológico; 7.1 Natureza processual penal; 7.2 Natureza penal; 7.3 A colaboração como instrumento de defesa; 7.4 A natureza de ato negocial composto; 8. Jurisprudência; 9. Os sujeitos da colaboração; 9.1 O papel do colaborador no processo; 9.2 A legitimidade concorrente da polícia; 9.3 A negociação; 9.4 A proposta do acordo e o termo de confidencialidade; 10. Jurisprudência; 11. Os limites da atuação do advogado; 11.1. A instrução da proposta de colaboração; 12. O sistema de obrigações e benefícios; 12.1 A amplitude dos benefícios concedidos; 12.2 A homologação do acordo; 12.3 A recusa de homologação do acordo; 12.4 A vinculação do Juiz aos termos do acordo; 12.5 O aspecto probatório das declarações do colaborador; 12.6 A forma de registro da colaboração premiada; 12.7 A rescisão do acordo; 13. Jurisprudência; 14. Direitos do colaborador; 15. Jurisprudência; 16. O termo do acordo de colaboração; 17. O sigilo do trâmite do acordo; 18. Jurisprudência; 19. Considerações finais; 20. Referências.

Resumo: comentários aos arts. 1º a 7º da Lei nº 12.850/2013, que abordam desde os antecedentes legislativos até pormenores de variados institutos penais e processuais penais, tais como as organizações criminosas, o delito de obstrução de justiça e a colaboração premiada. A análise é incrementada com a apresentação de precedentes da jurisprudência sobre questões pontuais.

Palavras-chave: Lei nº 12.850/2013; Comentários; Arts. 1º a 7º; Colaboração Premiada; Organizações criminosas.

Abstract: comments to the arts. 1st to 7th of Law No. 12.850/2013, which address from the legislative background to details of various criminal and procedural criminal institutes, such as criminal organizations, the crime of obstruction of justice and plea deal. The analysis is enhanced by the presentation of precedents of jurisprudence on specific issues.

Keywords: Law No. 12,850/2013; Commentary; Articles 1 to 7; Plea Bargaining; Criminal Organizations.

1. Introdução

O presente artigo, originalmente escrito pelo Professor René Ariel Dotti em conjunto com Guilherme de Oliveira Alonso, foi concluído em dezembro de 2020. Não pôde, na época, ser publicado por conta do falecimento do primeiro autor, em fevereiro de 2021. Agora, devidamente revisado e adaptado⁵, surge a possibilidade de fazê-lo público, mercê do honroso convite feito pelo Dr. André Luis de Lima Maia para esta contribuição em respeito ao *requiem aeternam* de seu pai, o **Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto**, cuja passagem ocorreu em novembro de 2018.

O presente texto reaproxima, simbolicamente, dois grandes amigos: os professores Dotti e Cândido Maia. É muito oportuna a participação acadêmica de Dotti nesta coletânea de homenagem porque ele próprio foi homenageado em obra organizada por Cândido Maia⁶. Os demais autores também tiveram o privilégio de conhecer e conviver em empreitadas acadêmicas com o Dr. Cândido, em reuniões nas salas da Dotti Advogados. Extremamente afável e educadíssimo, foi um obstinado defensor das garantias constitucionais e penais. Cultor das letras jurídicas, estava sempre atualizado sobre as polêmicas dogmáticas e jurisprudenciais e levava muito a sério os projetos acadêmicos de que participava e conduzia. Suas reflexões exibiam uma rara proeza: eram ponderadas, mas sem perder o aguçado tom crítico.

Em admiração à memória do Dr. Cândido Maia Neto, acreditamos que o Prof. Dotti ficaria satisfeito de oferecer as linhas que seguem, que representam parte relevante de seus últimos escritos dogmáticos. O tema das *organizações criminosas* e dos *acordos de colaboração premiada* é candente, envolto em dificuldades teóricas e com alto apelo prático. Bem ao gosto do nosso homenageado. Aos leitores, desejamos que este estudo possa ser enriquecedor.

1.1 Antecedentes legislativos

A Lei nº 12.850/2013, é um diploma legislativo nacional que não apenas transformou a dinâmica de ações penais que envolvem as chamadas organizações criminosas, mas transcendeu o universo forense e popularizou institutos que passaram a fazer parte do cotidiano jurídico como a colaboração premiada.

⁵ As datas de consultas a fontes eletrônicas e alguns precedentes foram mantidos no original para o registro histórico das contribuições do primeiro autor.

⁶ MAIA NETO, Cândido Furtado (Org.). **Notáveis do Direito Penal: livro em homenagem ao emérito Professor Doutor RENÉ ARIEL DOTTI**. Brasília: Consulex, 2006.

Trata-se de lei de natureza penal e processual penal, que se volta à definição de conceitos típicos e à introdução de crimes especiais e também à regulamentação de uma série de meios de obtenção de provas direcionados ao combate à criminalidade organizada.

Os conceitos instituídos pelo diploma, no entanto, foram aprovados “quase dez anos após a ratificação pelo Brasil da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional”⁷, também denominada Convenção de Palermo, que foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em Nova Iorque de 15 de novembro de 2000 e entrou em vigor internacional em 29 de setembro de 2003. No Brasil, a Convenção foi promulgada por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e prevê uma série de conceitos intimamente relacionados aos conteúdos penal e processual penal da Lei nº 12.850/2013.

Outro diploma internacional relevante para a compreensão histórica da Lei nº 12.850/2013 é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e aberta para assinatura a todos os Estados entre 9 e 11 de dezembro de 2003 na cidade de Mérida, México. O Brasil aderiu à Convenção no primeiro dia de abertura, tendo-a ratificado em 15 de junho de 2005, por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (pouco após sua entrada em vigor internacional, em 14 de dezembro de 2005).

As finalidades da Convenção, expressas em seu artigo 1º, são a promoção e fortalecimento de medidas para prevenir e combater mais eficazmente a corrupção; a promoção, facilitação e apoio à cooperação internacional e à assistência técnica na prevenção contra a corrupção; e a promoção da integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Além disso, ambas os diplomas internacionais previram expressamente o compromisso dos países signatários com a adoção de medidas para “encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos” a colaborar com as autoridades, mediante benefícios penais e processuais, e para “proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes” os crimes de que tenham conhecimento.

7 BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, nº 269, abril/2015, p. 6.

No plano nacional, parte do conteúdo da Lei nº 12.850/2013 é extraído de diversos momentos da história brasileira. A colaboração premiada, como instrumento prático não previsto em lei, por exemplo, esteve presente na história brasileira em momentos notórios: desde as Ordenações Filipinas até os expedientes usuais de obtenção de provas do Regime Militar de 1964-1985. Instrumentos mais afeitos aos que são hoje previstos na lei em comento, porém, passaram a ser introduzidos muito posteriormente à edição dos Códigos Penal e de Processo Penal dos anos quarenta do século passado. Nesse caminho legislativo, tanto os conceitos da colaboração premiada quanto da própria organização criminosa passaram a se encontrar.

Antes de um movimento de política criminal de combate à criminalidade organizada, a Lei nº 8.072/1990 criou o art. 159, §4º do Código Penal para que, no crime de extorsão mediante sequestro, quando o delito fosse “cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”⁸. Também previu a lei, em seu artigo 8º, parágrafo único, que, “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”.

Na sequência, a primeira lei especial que tratou de métodos especiais de prevenção e repressão de crimes praticados por organização criminosa (antes que se tivesse, é verdade, o correspondente conceito, de modo que a própria lei apenas referia, inicialmente, “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”) foi a de nº 9.034/1995. O artigo 6º da referida lei previa que “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”, em um verdadeiro ensaio a outro dos benefícios aplicáveis ao colaborador processual reconhecido pela Lei nº 12.850/2013 (que, aliás, revogou a Lei nº 9.034/1995).

No mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 9.080/1995, que alterou as Leis nº 7.492/86 e 8.137/90 para que se fizesse constar, respectivamente, em seus artigos 25, § 2º, e 16, parágrafo único, a previsão de que, nos crimes previstos nas referidas leis, “cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe

⁸ A inovação no Código Penal foi posteriormente alterada textualmente pela Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996, que estabeleceu o benefício nos seguintes termos: “se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL. **Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996**. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Disponível em <<http://goo.gl/zzstEJ>> Acesso em 8 de novembro de 2020).

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”.

A Lei nº 9.613/1998, que “dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores”, trouxe, em seu artigo 1º, §5º, a previsão de redução de um a dois terços da pena, a ser cumprida em regime aberto, “podendo o 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 e de sua autoria ou à localização de bens direitos ou valores objeto do crime”. A Lei nº 9807/1999, por sua vez, foi o primeiro diploma nacional que previu a celebração de acordo formal entre as partes para a obtenção de prova, com a previsão legal do benefício do perdão judicial para o acusado que prestasse informações efetivas e voluntárias para a investigação e o processo criminal. Antes da promulgação da Lei nº 12.850/2013, outro diploma trouxe inovações ao direito premial brasileiro. Trata-se da Lei nº 12.683/2012, que alterou o regime de benefícios ao acusado colaborador oriundo da Lei nº 9.613/1998 acima analisada.

Por fim, a Lei nº 12.694/2012, finalmente introduziu um conceito expreso acerca das organizações criminosas. De acordo com o seu art. 2º, passou-se, então, a considerar “organização criminosa a associação de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” Trata-se de conceito muito próximo, ainda que mais abrangente, da definição da Lei nº 12.850/2013. Contudo, o diploma não tipificou conduta específica, como o fez o art. 2º da Lei nº 12.850/2013.

2. Comentários à Lei nº 12.850/2013: arts. 1º a 7º

CAPÍTULO I

DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de

tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às 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;

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos

2.1 Conceito de organização criminosa

A Lei nº 12.850/2013 tem por objeto a definição do conceito de organização criminosa, dispõe sobre a investigação criminal, disciplina os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, além de alterar o Código Penal e revogar a já mencionada Lei nº 9.034/1995.

No primeiro dispositivo do diploma, apresenta-se o seu conteúdo e define-se, no §1º, o conceito de organização criminosa como a associação de quatro ou mais pessoas de forma “estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente”, cujo objetivo é “obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais” com sanções penais máximas superiores a quatro anos, ou que possuam “caráter transnacional”. O §2º, do mencionado diploma se volta à indicação das figuras equiparadas a que a lei também se aplica, quais sejam, os crimes previstos em tratados e convenções internacionais, “quando iniciada a execução no País” (inciso I); e as organizações terroristas (inciso II).

Segundo se mencionou no subitem anterior, dos diplomas anteriores que buscaram o combate à criminalidade organizada, apenas a Lei nº 12.694/2012, que “não chegou a se consolidar no âmbito do nosso direito interno”⁹ em razão da proximidade de sua promulgação com a da Lei nº 12.850/2013, foi capaz de conceituar “organização criminosa”. Até então, embora o legislador tivesse previsto meios de obtenção de prova importantes ao desmantelamento do crime organizado, em sentido abstrato (com os modelos mais primitivos de colaboração premiada e interceptações telefô-

9 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.

nicas e de dados, por exemplo), o conceito de quadrilha ou bando do art. 288 do Código Penal era o único utilizado.

Com efeito, até a Lei nº 12.850/2013, excetuando-se o breve período de vigência da Lei nº 12.694/2012, considerava-se configurada, para os fins de definição de organização criminosa, a quadrilha ou bando com a associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes. Ou seja, configurar-se-ia o delito se quatro ou mais indivíduos se unissem com o ânimo comum e genérico de praticar delitos, em sentido amplo, com os requisitos adicionais – e doutrinários – da estabilidade e permanência. Já o art. 1º, §1º da Lei nº 12.850/2013, emprestando parte do conceito do art. 2º da Lei nº 12.694/2012, forneceu requisitos adicionais fundamentais para justificar o importante incremento de pena do crime específico do atual art. 2º em relação à agora denominada “associação criminosa”: além da associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, exige-se que seja estruturalmente ordenada, com a divisão de tarefas, ainda que informal, e a finalidade específica de obtenção de vantagem de qualquer natureza. Além disso, os objetivos da organização devem ser obtidos mediante a prática de infrações penais com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos ou de caráter transnacional – neste último caso, as infrações penais (inclusive contravenção) podem ter penas máximas inferiores a 4 (quatro) anos e ainda permitir a configuração da organização criminosa.

Por “estruturalmente ordenada”, o legislador passou a exigir que, dentre os 4 (quatro) ou mais indivíduos organizados em ação e vontade, exista algum tipo de hierarquia, com escalonamento, possibilidade de ascensão no âmbito interno e clara definição (ainda que informal) entre chefes e chefiados.¹⁰ A “divisão de tarefas” é corolário da estruturação ordenada: se há hierarquia, é evidente que há também funções de subordinação entre os integrantes.

No que diz respeito à “vantagem” que se busca obter, a Lei nº 12.850/2013 é bastante ampla, não exigindo que seja propriamente econômica ou mesmo indevida. Embora autores sustentem que se trate de equívoco não exigir que a vantagem seja indevida, parte da doutrina entende que a “vantagem” pretendida pela organização criminosa possa ser a manutenção de uma estrutura de poder, como a manutenção de um oligopólio de natureza lícita¹¹. De todo modo, é pouco provável que, em meio à prática de infrações penais com penas

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 13.

¹¹ GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Lei nº 12.850/2013. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p.22.

máximas superiores a 4 (quatro) anos, a organização criminosa não obtenha vantagens indevidas. Não há, portanto, pleonasma.

2.2 As figuras equiparadas

O art. 1º, §2º, prevê a aplicação da Lei nº 12.850/2013 também aos crimes previstos em tratados ou convenções internacionais que tenham se consumado no exterior, se iniciada a execução no Brasil, ou a hipótese figura recíproca (isto é, se iniciada a execução no exterior, a consumação ocorre neste país) e às organizações terroristas. Parece, no entanto, que o legislador apenas admite a aplicação dos institutos de natureza processual penal previsto na Lei nº 12.850/2013 a tais modalidades criminosas, não dispensando os demais elementos do §1º para a configuração do crime do art. 2º.

Ou seja, quando se estiver diante de crime de terrorismo (assim previsto na Lei nº 13.260/2016), admitir-se-á a utilização de meios de obtenção de prova do diploma em comento – colaboração premiada ou agente infiltrado, por exemplo – para as investigações, mas não se imputará o crime específico de organização criminosa se não estiverem descritos os demais requisitos do art. 1º, §1º. É bem verdade, porém, que a própria Lei nº 13.260/2016 prevê um tipo específico de participação, em organização terrorista, que se aplica, pelo critério da especialidade, quando houver conflito aparente com o conceito de organização criminosa.

2.3 Conflito com a Lei nº 12.694/2012

Não obstante a Lei nº 12.850/2013 tenha expressamente revogado a Lei nº 9.034/95, que introduziu uma primitiva definição de organização criminosa no país, o mesmo não ocorreu em relação à Lei nº 12.694/2012, que além de conceituar de forma mais detalhada as organizações criminosas, também dispôs sobre o processo de julgamento de tais *societas sceleris*, também alterando uma série de dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal. É certo, porém, que o art. 1º, §1º da Lei nº 12.850/2013 revogou tacitamente o dispositivo que conceitua organizações criminosas, qual seja o art. 2º da Lei nº 12.964/2012. Permanecem hígidas, portanto, as demais disposições do diploma – considerando-se, aliás, que a Lei nº 13.964/2019, denominada “lei anticrime”, promoveu alterações em determinados artigos do diploma de 2012.

2.4 Conflito com a associação criminosa

O antigo crime de quadrilha ou bando, do art. 288 do Código Penal, foi alterado pela Lei nº 12.850/2013 para passar a tipificar a conduta de “associação criminosa”. O novo dispositivo passou a considerar crime a associação de 3 (três) ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes, diminuindo o requisito numérico anterior, que exigia mais de 3 (três) pessoas, ainda que uma delas fosse inimputável. A pena é mantida.

Os conceitos de organização criminosa e associação criminosa são, portanto, complementares e subsidiários. Em se tratando de grupo de mais de 3 (três) pessoas destinado à prática de crimes, a somatória de duas análises será indispensável para a configuração de um ou outro delito: a) é preciso, em primeiro lugar, que se analise a estrutura do grupo para verificar a existência de hierarquia e divisão de tarefas entre os participantes com a finalidade de obter vantagem; b) em segundo lugar, deve-se verificar se a pena máxima cominada para os crimes praticados é superior a 4 (quatro) anos ou se o crime tem caráter transnacional, independentemente da pena prevista. Em caso de duas respostas positivas, estar-se-á diante de “organização criminosa”. Uma resposta negativa será suficiente para desclassificar a conduta para “associação criminosa”.

3. Jurisprudência

A aplicabilidade da Lei nº 12.694/2012 após a Lei nº 12.850/2013

“Correta a apreciação do Ministério Público Federal sobre o tema: ‘Embora a Lei n.º 12.694, publicada em 24/7/12, tenha trazido em seu bojo a definição de ‘organização criminosa’, seu objeto não foi a tipificação de infrações penais correlatas, mas sim disposições - regras de direito processual - acerca do processo e do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, com o objetivo de conferir mecanismos de segurança aos magistrados que atuam processos criminais. Repita-se, não houve nesse momento a tipificação de crime, o que só veio a ocorrer com a Lei n.º 12.850/13, que em seu art. 2º definiu como condutas criminosas a promoção, a constituição, o financiamento ou a integração de organização criminosa. Vale destacar que a Lei n.º 12.694/2012 entrou em vigor em 23/9/2012 e, em razão de sua natureza processual, passou a ter aplicação imediata, possibilitando a instauração do colegiado para

o desempenho de qualquer ato processual que ainda não tenha sido praticado no processo, mesmo que este tenha se iniciado antes de sua vigência'. 6. No caso em exame, a imputação formulada na denúncia refere-se ao crime de quadrilha ou bando, limitando-se as consequências da combinação com os dispositivos relativos aos procedimentos previstos no art. 2º da Lei n. 12.694/2012 e com a Lei n. 9.034/1995, não havendo menção ao crime de integrar organização criminosa (art. 2º da Lei n. 12.850/2013)." (STJ, 5ª Turma, HC 351352/RO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Publicação em 15.8.2018).

O bem jurídico tutelado e a subsidiariedade do crime do art. 288 do Código Penal

"(...) as condutas narradas na denúncia, mesmo antes da promulgação da Lei 12.850/2013, são aptas a ofender o mesmo bem jurídico - a paz pública - também tutelado pelo tipo previsto no art. 288 do Código Penal, que funciona como delito subsidiário." (STF, 2ª Turma, Inq 3989, Rel. Min. Edson Fachin, Publicado em 23 de agosto de 2019). Vide, também: STJ, 6ª Turma, HC 541858/CE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Publicação em 4.6.2020; e STJ, 5ª, AgRg no RHC 158368/SP, Rel. Min. Joel Paciornik, Publicação em 22.12.2022..

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

§ 8º As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

4. O crime de promoção, constituição, financiamento ou integração de organização criminosa (caput)

4.1 Objetividade jurídica

Os bens jurídicos protegidos pelo art. 2º da Lei nº 12.850/2013 são a paz e a segurança públicas, assim como o tipo do art. 288 do Código Penal. Trata-se, afinal, de modalidade especial e qualificada em relação à agora chamada “associação criminosa”.

4.2 Sujeitos ativo e passivo

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que em conjunto com outras 3 (três), para o mínimo exigido de 4 (quatro) participantes. O art. 2º, §4º, que trata das causas de aumento de pena, prevê a maior reprovação da conduta quando há participação de criança ou adolescente. Nesse sentido, entende-se que o legislador admitiu, para a contagem do número mínimo de integrantes, a inclusão de menores de 18 (dezoito) ou outro agente inimputável por circunstância diversa.

A seção III da Lei nº 12.850/2013 trata do meio de obtenção de prova, como foi do “agente infiltrado”, que se caracteriza pela autorizada incursão pessoal de um policial no seio da organização criminosa com o fim de obter elementos informativos e indícios de prática criminosa. Caso utilizado o agente infiltrado na investigação de organização criminosa, deve ocorrer sua exclusão da contagem do número mínimo de participantes, ainda que ele venha a praticar crimes na hipótese do art. 13, parágrafo único do diploma. O sujeito passivo, por sua vez, é a sociedade, tendo em vista os bens jurídicos protegidos da paz e da segurança pública.

4.3 Elementos objetivos

A configuração do crime depende, naturalmente, da compreensão do elemento normativo “organização criminosa”, analisado no artigo anterior. A partir disso, a conduta não depende de maiores complexidades, tendo como verbos do tipo os redundantes *promover*, *constituir*, *financiar* ou *integrar*. Evidentemente, apenas o último verbo seria suficiente para a configuração do crime. Afinal, quem promove, tanto no sentido criativo quanto no sentido publicitário, quem constitui, sob a perspectiva da criação e organização e quem financia, trazendo dinheiro à organização criminosa, é seu *integrante*, já que faz parte, de alguma forma, do grupo criminoso. Mais importante na descrição típica da conduta é a possibilidade de se participar da organização “por pessoa interposta” além de “pessoalmente”. Ou seja, também responde pelo crime aquele que, por meio dos comumente denominados “laranjas”, faz representar seus interesses na atividade ilícita realizada pela organização.

4.4 Elementos subjetivos

O tipo do art. 2º prevê, pela literalidade de seu texto, apenas o dolo do agente de integrar a organização criminosa em qualquer das modali-

dades descritas. No entanto, o elemento normativo do grupo ordenado de delinquentes exige, para a sua configuração, o elemento subjetivo próprio, ou seja, o “dolo específico”, da obtenção de vantagem de qualquer natureza. Como já se afirmou acima, como o legislador não previu o caráter ilícito da vantagem, abrem-se diversas possibilidades para a delimitação do que seja necessário à configuração do fim específico da conduta. Mas é óbvio que a ilicitude da conduta se infere pelas circunstâncias da ocorrência de um possível delito como o “exercício arbitrário das próprias razões” (CP, art. 345).

4.5 Consumação e tentativa

Assentado que o conceito de organização criminosa exige a configuração de uma série de elementos, como a estrutura ordenada de 4 (quatro) ou mais pessoas, hierarquia, divisão de tarefas, objetivo de praticar crimes com penas superiores a 4 (quatro) anos etc., a consumação do delito ocorre no momento em que todos esses indicadores estejam caracterizados se mantém até o desmantelamento da organização criminosa, tratando-se de crime permanente. Assim como a “associação criminosa”, o delito exige estabilidade e permanência – o que é consequência natural dos diversos requisitos da lei. Trata-se, ademais, de crime formal que não admite tentativa e dispensa a consumação das infrações penais de pena superior a 4 (quatro) anos. No entanto, como tais delitos – e penas cominadas – fazem parte da estrutura da organização criminosa, é indispensável que haja ao menos indícios da realização de delitos dessa natureza.

4.6 O crime de obstrução de justiça (§1º)

O art. 2º, §2º da Lei nº 12.850/2013 descreve conduta equiparada ao crime do *caput*, fazendo incorrer nas mesmas penas aquele que “impede” ou “embaraça”, de qualquer forma, a investigação relacionada à organização criminosa. Embora o legislador tenha incluído a conduta como figura equiparada, trata-se de crime autônomo, com objetividade jurídica distinta e outras peculiaridades.

Os sujeitos ativo e passivo são os mesmos, tratando-se de crime comum praticado contra o Estado. No entanto, o bem jurídico diretamente tutelado pela norma é a administração da Justiça, na medida em que o material probatório se conserve em sua forma original, a exemplo de documentos, ou que não sofra interferência para modificar a sua essência como ocorre com a

prova oral (depoimentos, declarações, interrogatórios, informações etc.). De forma mediata, busca-se proteger também a segurança pública

O crime se configura por meio do impedimento ou do embaraço às investigações que tenham por objeto atividades ou participantes de organização criminosa. A jurisprudência interpreta o termo “investigação” de forma ampla, admitindo a prática do delito também no curso da instrução judicial. A indicação de dois verbos do tipo tem aspecto pouco redundante, considerando-se a similaridade entre ambos, podendo-se admitir que “embaraçar” teria caráter parcial, verificando-se que o agente dificultou a continuidade das investigações, enquanto que “impedir” teria caráter integral, no sentido de interromper a investigação. Subjetivamente, exige-se apenas o dolo sem qualquer finalidade específica do agente.

Exemplos da conduta podem ser extraídos da tentativa de coagir testemunhas intimadas pela autoridade policial ou arroladas em denúncia pelo crime de organização criminosa ou da destruição de documentos relacionados ao objeto de investigação. Trata-se de crime formal que não admite tentativa e, portanto, não exige que haja efetivo prejuízo à investigação.

4.7 As causas de aumento de pena (§§2º, 3º e 4º)

O art. 2º, §2º prevê a causa de aumento até a metade em caso de organização criminosa que se utilize de arma de fogo. A jurisprudência, quanto a esse ponto, consolidou o entendimento de que, em se tratando de bens jurídicos distintos com desígnios autônomos, não é vedado o concurso entre a causa de aumento e o crime de porte ilegal de arma de fogo. Ainda que não se afaste a possibilidade da absorção entre os delitos, trata-se de matéria de difícil comprovação, considerando-se a potencialidade delitiva residual do segundo delito – em outras palavras, é improvável a demonstração de que o uso ou porte da arma de fogo foi meio necessário para a prática do crime de organização criminosa armada e que nesse contexto encerraria sua potencialidade lesiva.

O §3º do dispositivo prevê o aumento de pena para o comandante da organização criminosa. A lei ressalva a possibilidade que esse comando se dê de forma individual ou coletiva (aqui, entendendo-se como um conselho ou um grupo específico que detenha, em conjunto, controle sobre os demais integrantes e atividades da organização) e dispensa a necessidade de que o(s)

líder(es) atuem pessoalmente na execução dos delitos objetivados pela organização criminosa.

O §4º, por sua vez, estabelece 5 (cinco) causas especiais de aumento de pena, bastante literais, determinando o aumento da pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): a) quando houver a participação de criança ou adolescente; b) de funcionário público; c) que sua condição tenha relevância para a prática de determinado delito; se o produto dos crimes se destinar ao exterior; d) quando houver conexão com outras organizações criminosas independentes; e) a organização tiver caráter transnacional.

A primeira causa de aumento se justifica pela proteção do ordenamento à criança e ao adolescente e do seu caráter descartável e utilitário (o que se evidencia, por exemplo, das organizações de tráfico de drogas, que se utilizam de infantes nas linhas de frente e em posições consideradas de fácil possibilidade de substituição e do fato de serem inimputáveis). Já os demais incisos voltam-se contra o maior poderio que uma organização pode ter com a presença das correspondentes circunstâncias. A utilização de funcionário público para a prática de crimes contra a administração pública, por exemplo, dificulta a descoberta pelas autoridades e a persecução do delito. A internacionalidade e a vinculação a outras organizações, por outro lado, revelam maior força e risco à paz pública, além de dificultarem as investigações e o efetivo desmantelamento do conjunto de temíveis infratores.

4.8 O afastamento cautelar do funcionário público (§5º)

O art. 2º, §5º disciplina medida cautelar pessoal de afastamento do cargo quando houver indícios de que o funcionário público integre organização criminosa, desde que a medida seja necessária à investigação ou à instrução processual. Trata-se de previsão similar à medida cautelar diversa da prisão do art. 319, VI, do Código de Processo Penal, que permite a “suspensão do exercício de função pública (...) quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”. Em geral, a jurisprudência tem aplicado o afastamento do cargo sob ambos os fundamentos legais simultaneamente, funcionando o dispositivo em comento como previsão específica em relação ao previsto no CPP.

4.9 As consequências da condenação (§6º)

Os últimos parágrafos do art. 2º preveem duas consequências à condenação pelos crimes do *caput* e do §1º. No §6º há a previsão de perda do cargo, função, emprego, mandato eletivo e interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao final do cumprimento da pena. Trata-se de norma especial e complementar ao art. 92, I, *a* e *b* do Código Penal e que repete previsão da denominada lei da ficha limpa, que alterou o art. 1º, I, *e*, 10, da Lei Complementar nº 64/1990. Assim como em relação a tais dispositivos, a previsão oferece discussões quanto à extensão do efeito da condenação em questão. Por ora, a jurisprudência parece limitar a perda do cargo àquele exercido por ocasião da prática delitiva e, em relação à perda de mandato eletivo de deputado e senador, aplicar o disposto no art. 55, §§2º e 3º da Constituição Federal.

Um detalhe curioso é que a segunda parte do art. 2º, §6º, referente à interdição para o exercício de função ou cargo público por 8 (oito) anos, deixou de incluir o exercício de mandato eletivo, permitindo a conclusão, pela exclusiva leitura do dispositivo (desconsiderando-se, portanto, a Lei Complementar nº 64/1990), que o detentor de mandato poderia perdê-lo por ocasião da condenação, mas recuperá-lo em eleição subsequente.

4.10 A determinação de instauração de procedimento na Corregedoria de Polícia

O §7º, por sua vez, traz a expressa previsão de instauração de Inquérito Policial (embora, nesse ponto, também pudesse ter feito referência a “procedimento administrativo sancionatório”) junto à Corregedoria de Polícia, com acompanhamento pelo Ministério Público, quando houver indícios de participação de policial nos crimes disciplinados pela Lei nº 12.850/2013.

4.11 A execução de pena

Os §§8º e 9º, introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, preveem, respectivamente, que os líderes das organizações criminosas armadas devam iniciar o cumprimento de pena em estabelecimento penal de segurança máxima e, que, em caso da existência de elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo após a condenação, é vedada a progressão de regime e a obtenção de livramento condicional ou outros benefícios prisionais.

O segundo dispositivo é problemático porque parece transferir ao Juízo de execução a verificação de reiteração ou continuidade da atividade criminosa. Considerando-se que a denúncia e a sentença deverão encerrar um contexto fático e temporal relacionado à participação em organização criminosa, não cabe a presunção, sem a submissão a novo processo de conhecimento, que a conduta em questão se protraia no tempo após o cumprimento da pena. O ordenamento prevê outros mecanismos para coibir a liberdade do agente que pratica delitos (prisão preventiva, por exemplo) durante a sua investigação e processamento, se demonstrados os requisitos para tanto. O art. 2º, §9º, com efeito, parece pretender dispensar a instauração de nova investigação, ação penal e procedimentos cautelares correlatos para, com base em “elementos probatórios” genéricos, perpetuar a submissão do réu ao regime inicial fixado – possivelmente, em estabelecimento penal de segurança máxima.

O referido parágrafo é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.345/DF, por meio da qual a Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos (Anadep), busca o reconhecimento de violação ao devido processo legal e à razoabilidade. O pedido de medida cautelar foi recebido pelo Ministro Luiz Fux, em decisão publicada em 1º.9.2020 e por meio da qual se submeteu a discussão para o julgamento definitivo.

5. Jurisprudência

As convenções como fonte para a colaboração premiada

“Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas ‘as medidas adequadas para encorajar’ formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para ‘mitigação da pena’ (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador.” (STF, Pleno, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Publicado em 4.2.2016). Vide, também: STF, 1ª Turma, RHC 219.193, Rel. Min. Luiz Fux, Publicado em 11.11.2022.

A natureza de crime permanente do crime do art. 2º, caput, Lei nº 12.850/2013

“Tendo por elemento subjetivo do tipo o dolo de associação à prática de ilícitos, a consumação da infração penal prevista no art. 2º, caput, da Lei 12.850/2013 protraí-se durante o período em que os agentes permanecem reunidos pelos propósitos ilícitos comuns, circunstância que caracteriza a estabilidade e a permanência que o diferem do mero concurso de agentes, motivo pelo qual é conceituado pela doutrina como crime permanente.” (STF, 2ª Turma, Inq 3989, Rel. Min. Edson Fachin, Publicado em 23 de agosto de 2019). Vide, também: STJ, 6ª Turma, AgRg no RHC 179.964/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Publicado em 15.6.2023.

A possibilidade de concurso entre o crime do art. 1º, caput, e a associação para o tráfico do art. 35 da Lei nº 11.343/2006

“Quanto à condenação pelos crimes de associação para o tráfico e de organização criminosa, já decidiu esta Corte que ‘Sendo autônomos os tipos penais descritos nos arts. 35, caput, (...) da Lei n. 11.343/06 e no artigo 2º, caput, da Lei 12.850/13, correta a denúncia pela prática de ambas as imputações’”. (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 1593941/TO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Publicação em 29.9.2020). Em igual sentido: STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 820954/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Publicação em 29.6.2023.

Ausência de bis in idem com a aplicação simultânea do delito de organização criminosa e aqueles praticados em decorrência

“Tratando-se de figura penal dotada de autonomia, o delito de organização criminosa não se confunde com os demais praticados no seu âmbito, razão pela qual o desmembramento realizado nestes autos não tem o condão de configurar o indevido bis in idem em relação a eventuais ações penais ou inquéritos em trâmite perante outros juízos. Agravo regimental desprovido.” (STF, Pleno, Inq 4327 AgR-segundo, Rel. Min. Edson Fachin, Publicado em 9.8.2018).

Possibilidade de aplicação da Lei a fatos iniciados antes da entrada em vigor

“De partida, cumpre assentar a aplicabilidade da Lei 12.850/2013 ao caso, nada obstante se tratar de fatos, em tese, perpetrados antes da entrada em vigor do diploma legal. Essa compreensão deflui do singelo fundamento da natureza permanente do crime adjacente à inovação

legislativa. (...) A atuação dessa complexa estrutura estendeu-se, como se vê, pelos anos de 2010, 2011, 2012, 2013 e 2014 (...). (STF, 2ª Turma, Inq 4112, Rel. Min. Edson Fachin, Publicado em 10.11.2017). Em igual sentido: STF, ARE 1.361.557, Rel. Min. Edson Fachin, publicado em 3.8.2022.

A possibilidade de obstrução de justiça no curso da ação penal

“A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito, não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Com efeito, não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita “inquérito policial”, compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal.” (STJ, 5ª Turma, RHC 102117/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Publicação em 19.10.2018).

A causa de aumento do §2º e o crime de porte ilegal de arma de fogo

“Os crimes de organização criminosa armada e de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida possuem desígnios autônomos. De outra parte, o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito não é crime indispensável para a organização criminosa; tampouco pode-se afirmar que o artefato tenha sido utilizado apenas com este objetivo.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 576.294/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Publicação em 31.8.2020).

O afastamento do funcionário público que possa integrar organização criminosa

“O 319, VI, do Código de Processo Penal e no artigo 2º, § 5º, da Lei 12.850/13 possibilitam o afastamento das funções públicas, quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, possam as Autoridades se valer das prerrogativas inerentes aos cargos e continuarem a receber indevidas vantagens, furtando-se à efetivação das atividades de gestão e da escorreta aplicação de vultuosas quantias financeiras, referentes aos contratos firmados com o erário.” (STJ, QO na CauInomCrim 7/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Publicação em 3.5.2018). Sobre o prazo da medida: STJ, 6ª Turma, RHC 165278/CE, Rel. Min. Sebastião Reis, Publicação em 12.12.2022.

A perda do cargo público deve estar vinculada àquele utilizado na prática delituosa

“A perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito (REsp n. 1.452.935/PE, desta Relatoria, DJe de 17/3/2017). No caso em apreço, o cargo de professor, exercido pelo agravante na UniRV em nada se relaciona com a prática delituosa.” (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 2075653/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Publicação em 30.5.2022).

CAPÍTULO II
DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V.

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação.

6. Caráter descritivo

O art. 3º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013 tem caráter meramente descritivo e funciona como um sumário dos meios de obtenção de prova que são disciplinados no restante do diploma. De mais relevante, considerando-se que todos os demais temas são profundamente abordados nos dispositivos seguintes da lei, vale apenas referir que os §§1º e 2º estabelecem regras concernentes à eventual necessidade de contratação de serviços e aquisição de equipamentos para a execução das medidas indicadas no *caput*.

O primeiro parágrafo criou causa especial de dispensa de licitação quando houver necessidade de manutenção de sigilo sobre investigação específica que possa vir a ser descoberta com a publicação de um edital de contratação de serviço ou aquisição de equipamentos. Já o segundo criou exceção à regra do art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, que exige, como “*condição indispensável para sua eficácia*”, a publicação de todo contrato firmado com a administração pública. Embora seja clara a pretensão do legislador com a manutenção do sigilo de contratações relacionadas aos meios de obtenção de prova, é essencial que haja a devida justificativa para tanto, com o consequente atendimento, no que couber, do disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Seção I

Da Colaboração Premiada

Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

7. O aspecto etimológico

A Lei nº 12.850/2013 formalizou a nomenclatura “colaboração premiada”, em substituição à mais simplória e estigmatizada “delação premiada”. Não que a segunda esteja errada; a “delação” é uma espécie do gênero “colaboração”, que poderá surgir com o colaborador indicando outros autores do fato (o que a doutrina também denominado “chamamento de corréu”¹²). Mas não se trata de um requisito indispensável (em tese, o réu poderá se beneficiar caso simplesmente confesse o crime e, por exemplo, forneça elementos que possibilitem a

12 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 454.

recuperação dos valores desviados¹³). A definição inequívoca da terminologia legal, portanto, parece também buscar encerrar um debate de natureza moral que envolve o instituto, para afastar a carga negativa contida na expressão “delação” e adotar termo de conotação técnica e positiva ao processo penal.

7.1 Natureza processual penal

Além de resolver o aspecto etimológico, o diploma também definiu, sob a perspectiva da natureza processual penal, a colaboração premiada como um “meio de obtenção de prova”¹⁴, e não um “meio de prova”. Há uma diferença relevante entre os termos, como explica Badaró: “enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.¹⁵ Na prática, porém, há dois níveis em que se deve analisar a expressão legal: a colaboração será meio de obtenção de prova (um caminho para a sua produção) quando observada no momento da celebração do acordo e de sua homologação; por outro lado, os produtos imediatos desse acordo homologado – quais sejam as declarações e documentos apresentados pelo colaborador – serão meios ou fontes de prova, na medida em que se incluem nessa categoria as pessoas ou coisas por meio das quais se obtém a prova, como as testemunhas¹⁶.

Essa diferenciação é fundamental pelo fato de que a generalização da expressão “meio de obtenção de prova” poderia levar a crer que nada que advenha de um acordo possa ser utilizado como prova no processo, já que apenas os meios de prova “são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão”¹⁷. O acordo formal subscrito pelo colaborador e Ministério Público/autoridade policial, esse sim, terá a natureza de meio de obtenção de prova. Trata-se, afinal, de um instrumento formal por meio do qual serão colhidas fontes (como testemunhas indicadas pelo colaborador, documentos e informações sobre bens e valores relacionados à atividade criminosa) e meios de prova (a palavra dessas testemunhas, quando ouvidas em juízo, e os próprios bens e valores obtidos a partir da indicação do acordo).

13 Ou, como exemplifica Pinto (PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 56, v. 10, 2013, p. 24-29, p. 25), “se em decorrência dela se salvaguardou a integridade da vítima”.

14 Inicialmente, apenas no art. 1º da Lei; após a aprovação da Lei nº 13.964/2019, no art. 3º-A.

15 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 270.

16 BRASIL. Lei nº 12.850..., 2013.

17 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal..., 2016, p. 386.

7.2 Natureza penal

Além de instituto processual, a colaboração premiada também possui natureza penal (incluindo-se o aspecto de execução penal ou penitenciário), devendo ser analisada sob ambos os aspectos. O aspecto penal parece estar melhor relacionado com o sistema de benefícios penais que podem ser concedidos ao colaborador. Nesse sentido, sob essa perspectiva, a colaboração poderá ter natureza de causa de extinção da punibilidade (em caso de perdão judicial, nos termos do art. 107, IX, do Código Penal), causa especial de diminuição de pena, causa de fixação de regime mais benéfico ou causa de substituição da pena por restritiva de direitos (todas as modalidades fundamentadas pela previsão de benefícios do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013)¹⁸.

7.3 A colaboração como instrumento de defesa

Também não se pode ignorar que se trata de instituto que pode funcionar também como instrumento defensivo. Como bem afirmou Arns de Oliveira, a utilização da colaboração torna “possível construir uma ponte entre dois importantes temas constitucionais e que não podem continuar num eterno embate”¹⁹, em referência que faz às garantias fundamentais do acusado e à segurança pública. A recente proliferação das colaborações premiadas no Brasil é um relevante indício dessa natureza defensiva. O uso da colaboração premiada assumiu importantíssimo papel na definição da estratégia adotada pelos investigados e acusados.

Em se tratando de investigação ou acusação embasada em elementos sólidos que dificilmente serão impugnados pelo exercício da defesa técnica, apresenta-se a colaboração premiada como instrumento útil e eficaz ao investigado/acusado para evitar uma condenação criminal pesada, que lhe imponha longa privação de liberdade. Em outras palavras: o dinamismo das hipóteses legais passa a caracterizar um ato em favor do réu, eliminando a ideia de que a confissão detalhada seja uma “porta aberta para o Inferno”.

¹⁸ MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A Colaboração Premiada: um braço da Justiça Penal Negociada. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 60, jun-jul/2014, p. 40.

¹⁹ OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. A colaboração premiada como legítimo instrumento de defesa na seara do Direito Penal Econômico. 2016. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, p. 152.

7.4 A natureza de ato negocial composto

Por fim, cabe uma classificação da colaboração premiada sob a perspectiva do ato administrativo. Considerando-se que o Ministério Público (e a autoridade policial) e o Poder Judiciário atuam em nome da Administração quando da negociação, celebração e homologação de acordo de colaboração, trata-se de uma “intervenção da vontade administrativa”²⁰, realizada por meio de um “ato negocial”²¹. Segundo Mello, esse “ato negocial” é aquele “em que a vontade administrativa é, de direito, preordenada à obtenção de um resultado jurídico, sendo ela que cria imediatamente os efeitos jurídicos, embora dentro dos quadros legais”²².

Como ensina Carvalho Filho, porém, “a vontade administrativa pode exteriorizar-se de forma una ou múltipla”²³, sendo chamados de atos simples aqueles que emanam “da vontade de um só órgão ou agente administrativo”²⁴ e complexos ou compostos aqueles que reclamam “a intervenção da vontade de mais de um órgão ou agente administrativo”²⁵. No caso da colaboração premiada, não basta a vontade de um só agente administrativo, já que, após celebrado com o Ministério Público, o acordo deve ser homologado pelo Poder Judiciário. Não se trata, portanto, de ato simples. Dentre as demais modalidades, parece que o conceito que melhor se aplica é o relacionado ao ato composto. A propósito, a colaboração aceita pela autoridade que a colhe não é um ato perfeito e acabado, podendo ocorrer a sua rescisão em razão do descumprimento de suas cláusulas.

Explica-se: no ato complexo, a “vontade final da Administração exige a intervenção de agentes ou órgãos diversos, havendo certa autonomia, ou conteúdo próprio em cada uma das manifestações”²⁶; no ato composto, embora haja múltiplos agentes, não há “vontades autônomas”²⁷, mas um conteúdo

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 132.

21 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 416.

22 *Ibidem*, p. 416.

23 CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 132.

24 *Ibidem*, p. 132.

25 CARVALHO FILHO, Manual..., 2015, p. 132. O autor reconhece que a subdivisão entre atos complexos e compostos não é pacífica na doutrina. Neste estudo, porém, é oportuna a classificação adotada na referida obra.

26 *Ibidem*, p. 132.

27 *Ibidem*, p. 132.

próprio que é acrescido de vontades “meramente instrumentais, porque se limitam à verificação de legitimidade do ato”²⁸.

Na colaboração premiada, a vontade da Administração deve ser uma só: obter a verdade processual extraída do colaborador mediante a concessão de benefícios legalmente previstos nas áreas penal, processual e de execução penal com o colaborador da justiça que cumprir os requisitos legais. Ao celebrar o acordo, o Ministério Público manifesta o conteúdo dessa vontade, que não pode ser revisto unilateralmente pelo Poder Judiciário, a quem cabe, única e exclusivamente, verificar se a composição atende aos ditames previstos em lei para a homologação, a qual, por sua vez, não se reveste de discricionariedade.

8. Jurisprudência

A natureza da colaboração premiada

“A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.” (STF, Pleno, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Publicado em 4.2.2016).

“O acordo de colaboração premiada possui natureza jurídica de negócio jurídico processual personalíssimo, cujo impacto na esfera de direitos de terceiros, inclusive dos delatados, é remoto, reflexo, na medida em que o instrumento é incapaz de, sozinho, legitimar a concessão de medidas cautelares reais ou pessoais, o recebimento da denúncia ou a prolação de eventual sentença condenatória (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 16).” (STJ, Corte Especial, AgRg na PET na Pet 15392/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Publicação em 30.8.2023).

A utilidade do acordo para instauração de investigação preliminar

“O acordo de colaboração premiada, como meio de obtenção de provas, é suficiente para deflagrar investigação preliminar, sendo essa sua verdadeira vocação. Entretanto, para instaurar a ação penal, não bastam depoimentos do colaborador. É necessário que existam outras provas, ou elementos de corroboração idôneos, ratificando-os.” (STF, 2ª

²⁸ Ibidem, p. 132.

Turma, Inq 3994 ED-segundos, Rel. Min. Dias Toffoli, Publicação em 5.9.2018).

“As palavras do colaborador premiado, embora sejam suficientes para o início da investigação preliminar, não constituem fundamento idôneo, por si só, para o recebimento de peça acusatória, para a decretação de medidas cautelares pessoais ou reais ou para a condenação.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 724799/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Publicação em 21.3.2023).

Art. 3º-B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado.

§ 2º Caso não haja indeferimento sumário, as partes deverão firmar Termo de Confidencialidade para prosseguimento das tratativas, o que vinculará os órgãos envolvidos na negociação e impedirá o indeferimento posterior sem justa causa.

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a suspensão da investigação, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor.

§ 4º O acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução, quando houver necessidade de identificação ou complementação de seu objeto, dos fatos narrados, sua definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público.

§ 5º Os termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade serão elaborados pelo celebrante e assinados por ele, pelo colaborador e pelo advogado ou defensor público com poderes específicos.

§ 6º Na hipótese de não ser celebrado o acordo por iniciativa do celebrante, esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade.

9. Os sujeitos da colaboração

Em princípio, o texto expresso da Lei nº 12.850/2013, especialmente após a Lei nº 13.964/2019, não traz questionamentos sobre as partes envolvidas na colaboração premiada. Sob a perspectiva negocial, tem-se, de um lado, a figura do colaborador e seu advogado (que deve sempre acompanhá-lo, em todos os atos relacionados ao acordo); do outro, o delegado de polícia e/ou o Ministério Público – mencionados pela nova lei como “celebrantes”. Sob a perspectiva judicial, naturalmente, tem-se o Juiz que decide sobre a homologação do acordo e sobre a concessão dos benefícios legais.

Devem, contudo, ser analisados dois aspectos bastante relevantes sobre o instituto, quais sejam: a) a natureza do colaborador no processo (o que é relevantíssimo para a definição do valor probatório de suas declarações); e b) a legitimidade concorrente do Ministério Público e da polícia, na medida em que persiste um profundo questionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de a autoridade policial celebrar acordo.

9.1 O papel do colaborador no processo

Como se afirmou logo acima, a delação – ou chamamento de corrêu – é uma das hipóteses para a configuração da colaboração premiada, que dependerá da confissão e de outras atividades previstas em lei (como a recuperação de valores, a prevenção de outros crimes ou a localização da vítima, no caso de extorsão mediante sequestro). É claro, porém, que a identificação de coautores e a revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa, o que se dará, invariavelmente, pela atribuição de fatos criminosos a terceiros, é a atividade que merece maior atenção.

A uma, porque, diferentemente dos demais resultados esperados pela colaboração, descritos no artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, a delação nem sempre envolverá atributos aferíveis objetivamente (como seria com a devolução de valores, a prevenção de novos crimes e a localização física de vítima); a duas, porque, a partir das palavras do colaborador, novos e presumidamente inocentes indivíduos passarão a ser escrutinizados, submetendo-se às naturais agruras de uma investigação e de um eventual processo criminal.

Nesse sentido, é importante definir qual a função desempenhada pelo colaborador no âmbito da investigação e da ação penal. Há quem sustente

que se trataria de uma “natureza dúplice”²⁹, com o colaborador atuando como um réu confesso quanto aos fatos que lhe digam respeito e, paralelamente, como testemunha a respeito dos corréus³⁰. Por outro lado, há opinião de que o colaborador é “uma testemunha que não presta o compromisso de dizer a verdade (art. 203) e não poderia cometer o crime de falso testemunho (CP, art. 342)”³¹, não podendo ser igualmente contraditado. Embora o §14 do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 estabeleça que o colaborador “estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”³², a equiparação do colaborador à testemunha não compromissada ou ao informante é oportuna.

Em primeiro lugar, porque o compromisso com a verdade é requisito de validade para o seu acordo, mas não afasta o seu interesse na causa³³, já que o teor de suas declarações estará vinculado, em certa medida, ao benefício que lhe será concedido. Ademais, há um crime específico para o descumprimento do referido compromisso com o acordo, inserido no art. 19, que estabelece uma figura especial de “falso testemunho” ao colaborador que imputa falsamente crime a terceiro, a pretexto de colaborar com a justiça.

É certo, não obstante, que há tantas similaridades quanto divergências na inclusão do colaborador na categoria de informante. De um lado, ambos são interessados na causa; do outro, um assume o compromisso com a verdade, ainda que não sob as mesmas condições que uma testemunha compromissada. Diante disso, e evidenciando-se tal cenário, a melhor solução parece ser a inclusão da figura de colaborador, pura e simplesmente, como sujeito autônomo do processo, reconhecendo-se seu interesse na causa ao mesmo tempo em que se lhe exige o compromisso com a verdade. Caso o restante das provas ratifique seus termos pessoais produzidos em Juízo, tratar-se-á de um colaborador em dia com seu acordo; caso contrário (isto é, com a comprovação de que o colaborador mentiu em juízo), poderão ser revogados seus benefícios, devolvendo-o à condição anterior de réu não-colaborador, igualmente além de potencialmente incurso no crime específico do art. 19.

29 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2017, p. 64.

30 É o caso de GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9ª Edição. São Paulo: RT, 2006. P. 181: “O co-réu, embora parte, pode também ser testemunha de crime praticado por outro acusado, quando o Código determina a unidade de processo (art. 79 do CPP).”

31 BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, 2016, p. 454.

32 BRASIL, *Lei nº 12.850...*, 2013.

33 VASCONCELLOS, op. cit., p. 67.

9.2 A legitimidade concorrente da polícia

Em vários parágrafos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, como os §§ 2º, 6º e 9º, o Delegado de Polícia é citado como participante ativo das negociações, oitivas e pedidos relacionados ao colaborador. Tais disposições autorizam o entendimento de ser evidente a sua legitimidade para atuação junto ao instituto. Entretanto, a natureza jurídica e a forma como se desenvolveram os principais acordos do país, com a previsão de benefícios engessados para a fixação e cumprimento antecipado de pena, ou suspensão de processos conexos por prazos não previstos em lei (cláusulas que serão bastante analisadas mais adiante) trouxeram questionamentos à atuação da polícia.

É que, se o acordo de colaboração pode ser entendido como um instrumento de produção de prova (judicial) e palco de disposição, pelo Ministério Público, de sua pretensão punitiva, tem-se sistema que escapa das limitações institucionais da polícia. Afinal, atuando apenas no âmbito investigativo, o delegado de polícia não tem qualquer inferência sobre os desdobramentos processuais e penais do caso, não lhe cabendo, *a priori*, competência para aplicação da pena e a suspensão de processos, dentre outras medidas legais. Em outras palavras: caso se entenda o acordo como instrumento de possibilidades ilimitadas no que diz respeito à aplicação de benefícios (como a limitação prévia da pena a ser fixada) em troca de colaboração processual, cria-se um modelo de negociação incompatível com a atividade policial. Diante disso, e para se evitar que haja dois tipos de acordo (um estabelecido pela polícia, com as limitações que lhe recaem; outro, pelo Ministério Público, com maiores possibilidades), fala-se na ilegitimidade do Delegado de Polícia para celebrá-los.

Bitencourt e Busato, nesse sentido, afirmam haver “inconstitucionalidade flagrante”³⁴ na previsão da atuação da polícia do §2º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, “na medida em que, sendo a ‘colaboração premiada’ um meio de prova – diga-se, prova processual –, converte o Delegado de Polícia em sujeito processual”³⁵. Para os autores, em sendo a colaboração (ou seus frutos) meio de prova, a polícia estaria agindo na instrução judicial “mesmo à revelia do órgão acusador”³⁶. Filippetto e Rocha, por sua vez, levantam outra relevante insurgência: a prova produzida pela polícia se dirige ao Ministério Público e não ao Juízo. Com efeito, não haveria como se ignorar a opinião, ciência e

34 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei..., 2014, p. 122.

35 Ibidem.

36 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei..., 2014, p. 123.

participação do órgão acusatório antes e durante a celebração de um acordo direto entre autoridade policial e investigado.

Em sentido oposto, Costa defende a participação da polícia na propositura do acordo, enfatizando “uma tendência de *potencialização da fase investigativa processual*, que exige um acompanhamento mais próximo das partes processuais (Ministério Público, defesa e juiz) sobre o inquérito policial”³⁷. Segundo o autor, a legitimidade da polícia seria “importantíssima do ponto de vista da eficiência do instituto”³⁸, podendo a autoridade policial agir em situações de emergência, nas quais eventual demora do Ministério Público pudesse “comprometer o resultado positivo que se quer alcançar”³⁹. O posicionamento de Costa, porém, não é absoluto, na medida em que se alinha ao entendimento majoritário de que o Ministério Público deverá ratificar, “necessariamente”⁴⁰, os termos do acordo proposto pela autoridade policial. Nesse sentido, a polícia teria a função de instrumentalizar, sob uma análise prática, a colaboração premiada, que dependeria do aval do Ministério Público para ser submetida ao Poder Judiciário.

Quanto à literatura integralmente favorável à legitimidade da autoridade policial, tem-se o posicionamento de Anselmo, que sustenta que, na qualidade de presidente da investigação (segundo ele, “o momento mais propício para que a colaboração premiada ocorra e para que os fatos possam ser completamente esclarecidos”⁴¹), “nada mais coerente que o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos”⁴²). O autor fornece outro argumento para permitir a atuação policial na colaboração premiada, qual seja a legitimidade que se confere para a representação “por todas as outras medidas cautelares, tais como a interceptação telefônica, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário”⁴³. De fato, em sendo o acordo formalizado um meio de obtenção de prova, não há razão para diferenciá-lo, quanto à legitimidade, de outros instrumentos de mesma natureza, o que traz força ao posicionamento de Anselmo.

37 COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada*. Curitiba: Juruá Editora, 2017. P. 115.

38 Ibidem, p. 115.

39 Ibidem, p. 115.

40 COSTA, op. cit. , p. 115.

41 ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração Premiada. O novo paradigma do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Mallet, 2016, p. 84.

42 Ibidem, p. 84.

43 Ibidem, P. 84.

Mais correto parece ser o entendimento de Pereira (quanto à compreensão da expressão “manifestação do Ministério Público” do art. 4º, §§2º e 6º da Lei nº 12.850/2013 como anuência ou aval⁴⁴) e a percepção eminentemente procedimental dos momentos em que se podem realizar os acordos e os atores que deles participam⁴⁵. Ou seja: a autoridade policial, desde que com o aval do Ministério Público, poderia celebrá-lo durante o inquérito policial; já na ação penal e na fase de execução, a legitimidade seria exclusiva do *parquet*.

Como última observação, acerca da inviabilidade de órgão policial para presidir o acordo com a definição de seus efeitos (matéria de sua importância penal e processual) tem-se a regra constitucional de que cabe ao Ministério Público “promover, *privativamente*, a **ação penal pública, na forma da lei**” (CF, art., 129, *caput*). Para evitar um conflito de atribuições, a Polícia Judiciária tem uma função auxiliar do Ministério Público na formação da prova antes da denúncia.

9.3 A negociação

A fase de negociação da colaboração premiada não fazia parte do conjunto original de dispositivos da Lei nº 12.850/2013. A primeira menção ao acordo ocorria no §6º do artigo 4º desse diploma, contendo apenas a afirmação de que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo”, sem fornecer qualquer nenhuma pista sobre como se daria essa fase.

O Manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCCLA), por sua vez, passou a prescrever uma atuação ativa das autoridades, recomendando que “os órgãos responsáveis pela investigação, presentes os requisitos de admissibilidade, busquem a cooperação de pessoas suspeitas de envolvimento nos fatos investigados e proponham a colabo-

⁴⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada - Legitimidade e Procedimento - Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado**. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2016, p. 132.

⁴⁵ Também nesse sentido, Didier Jr. e Bonfim prescrevem que o fato de o delegado ser “titular de poderes (situações jurídicas ativas) relativos à investigação e colheita de provas quanto à autoria e materialidade do delito” não seria suficiente para transformá-lo em “legitimado para propor a demanda penal”. Com efeito, segundo o autor “ele apenas terá capacidade negocial – desde que complementada pela participação do Ministério Público – justamente tendo como fim a investigação. DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, out./dez. 2016, p. 32.

ração, expondo as vantagens, independentemente da iniciativa do agente”⁴⁶. Embora a recomendação da ENCCLA não deixasse quaisquer dúvidas quanto à possibilidade de o próprio agente propor a colaboração premiada, a Lei nº 13.964/2019 incluiu no texto original alguns dispositivos relativos à negociação do acordo. Quanto à legitimidade da propositura, o art. 3º-B esclarece que o início das negociações será demarcado com o “recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração”, sem menção, porém, à atuação das autoridades na busca por colaboradores. De todo modo, parece ser plenamente razoável a conclusão de que tanto a autoridade policial e o Ministério Público, quanto o próprio agente podem propor a colaboração. Frise-se, porém, que a proposição dos órgãos públicos jamais pode funcionar como coação e deve ser feita, ainda que em um momento preliminar, por intermédio do defensor.

A nova lei também resolveu questionamento relativo à discricionariedade do primeiro contato dos investigadores e da sua admissibilidade quando feito pela parte. Como se trata de um instrumento negocial e que, portanto, exige a participação mútua e voluntária de investigado/acusado e agente público, não era certa, no texto original da Lei nº 12.850/2013, a definição sobre quando, e em quais condições seria proposta a colaboração pela polícia ou Ministério Público, ou aceita (e mesmo considerada) a sugestão do investigado/acusado. O próprio Manual da ENCCLA já prescrevia que “a autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária”⁴⁷. A oferta da proposta e sua avaliação pelo órgão do Ministério Público constituem um *negócio* acerca do interesse privado analisado com prudência pelo representante da sociedade.

A Lei nº 13.964/2019 ratificou esse posicionamento, incluindo no texto da Lei nº 12.850/2013 o art. 3º-B, §1º, no sentido de que “a proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado”. Nesse sentido, transfere-se à parte celebrante (Ministério Público e autoridade policial) a avaliação da viabilidade da proposta de colaboração pelo investigado/acusado, com a obrigação de justificar eventual negativa.

46 BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação Conjunta nº 1/2018**. 23 de maio de 2018. Disponível em: <<http://goo.gl/i9Mieq>> Acesso em 29 de maio de 2018., p. 2.

47 BRASIL, Manual – Colaboração..., 2014, p. 3.

Mas quais condições permitirão a celebração do acordo? O estudo do *plea bargaining* norte-americano traz uma possível resposta para essa dúvida⁴⁸: o *carrot and stick approach* (em tradução literal, a abordagem da cenoura e do bastão⁴⁹). Considerando-se que a maioria dos casos dos Estados Unidos da América são resolvidos por meio de acordo, não é do interesse – em geral – do Ministério Público que os casos sigam para julgamento. Assim, propõem-se os acordos sobre a lógica do *carrot and stick*: caso o acusado aceite o acordo, recebe a cenoura; caso contrário, submete-se ao bastão – havendo aqui a presunção de que, como não há interesse em julgamento, o rigor será excessivo quando o acusado recusar a barganha.

A negociação envolve a busca pela melhor alternativa à realização de um acordo (ou BATNA – *Best alternative to a Negotiated Agreement*, na expressão norte-americana⁵⁰), no sentido, conforme Mendonça, de que “quanto pior é a alternativa fora do acordo – maior a chance de um acordo”⁵¹. Quanto mais elementos de prova existir contra o investigado, menor será a “cenoura” oferecida pelo Ministério Público ou autoridade policial (ou menor será seu interesse); quanto mais difícil de alcançar ou mais importante o investigado, menor será o “bastão” que se lhe oferecerá e maior o benefício. Esse é funcionamento estratégico, no geral. Não se trata de uma operação matemática precisa e o caráter negocial da relação estabelecida geralmente trará incertezas sobre como se deverá proceder e qual será o desfecho – o que, aliás, é causa justificada (mas não necessariamente correta) de críticas ao instituto.

Essa lógica negocial revela também um lado obscuro do instituto: os principais beneficiários de uma colaboração serão potencialmente os indivíduos que tenham praticado mais ilícitos desconhecidos das autoridades. Para as autoridades celebrantes, menos importante pode ser a celebração de um

48 Havendo outras, como a Análise Econômica do Direito e a Teoria dos Jogos, como bem analisado em FONSECA, C. B. G. et al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, agosto/2015. Disponível em <<http://goo.gl/dknzMt>> Acesso em 12 de março de 2018.

49 Aqui, no sentido violento, como uma vara ou um porrete (embora, neste último caso, a tradução adequada seria club).

50 FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Getting to Yes – Negotiating na agreement without giving in*. 2ª Edição. Random House Business Books, 1991, p. 51.

51 MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017, p. 60. O autor acrescenta que “A lógica é do ‘ganha-ganha’ (win-win), em que as duas partes devem lograr alcançar seus objetivos e acomodar seus interesses por meio de acordo” (Ibidem, p. 62).

acordo com um acusado por um fato, que nada acrescenta à apuração de novos crimes, do que quando se tratar de criminoso contumaz, com maior culpabilidade, que possa abrir novos flancos investigativos. Em outras palavras: um indivíduo arrependido por um fato ilícito praticado e que queira resolver sua pendência com o Poder Judiciário terá menor possibilidade de negociar um acordo de colaboração premiada em relação a outro que tenha praticado vários ilícitos ainda não descobertos.

Essa distorção, porém, parece ter sido mitigada com a disciplina, pela Lei nº 13.964/2019, da figura do acordo de não-persecução introduzido originalmente no ordenamento (em resoluções) pelo Conselho Nacional do Ministério Público. No art. 28-A do CPP, é previsto o ANPP (acordo de não persecução penal), como solução para crimes sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, submetendo-se o investigado a uma série de condições (confissão, reparação do dano, perdimento de bens e direitos, prestação de serviços à comunidade etc.) em troca de uma efetiva transação para crimes distintos daqueles previstos para a transação penal da Lei nº 9.099/95.

9.4 A proposta do acordo e o termo de confidencialidade

Até a alteração da Lei nº 12.850/2013 pela Lei nº 13.964/2019, não havia detalhes sobre as formalidades do acordo, sendo a prática regida pelo manual da ENCCLA e pela posterior Orientação Conjunta nº 1/2018, das 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Com a promulgação da Lei nº 13.964/2019, boa parte das recomendações foram oficializadas. No art. 3º-B, §2º da atualizada Lei nº 12.850/2013, por exemplo, prevê-se a necessária assinatura do termo de confidencialidade, que tem o condão de garantir às partes (em especial, ao pretendido colaborador) que os dados fornecidos não serão utilizados sem a correspondente concessão de benefícios. No §6º, há a previsão de que, caso não seja celebrado o acordo por iniciativa do celebrante (Ministério Público e/ou autoridade policial), “esse não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer finalidade”. Mais uma vez, trata-se de uma inclusão na lei de uma prática usual e recomendada pela autoridade para o procedimento da colaboração premiada.

De acordo com o art. 3º-B, §3º, o período compreendido entre a entrega da proposta ou a assinatura do Termo de Confidencialidade e a assinatura do acordo não garante, por si só, a suspensão da investigação. O dispositivo, contudo, permite a possibilidade de “acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais”, abrindo a possibilidade de que, iniciada a negociação, pode ser firmado entre as partes um pedido conjunto de levantamento de medidas cautelares ou um compromisso do Ministério Público de não as requerer.

No bojo do procedimento sigiloso, o investigado/acusado fornecerá os elementos de prova que pretende apresentar em Juízo, bem como as informações que se disponha a oferecer ou de que possa dispor. A atualização da Lei nº 12.850/2013 pela Lei nº 13.964/2019 igualmente oficializou essa prática, permitindo expressamente, no art. 3º-B, §4º, que “o acordo de colaboração premiada poderá ser precedido de instrução” para a identificação e complementação do seu objeto, dos fatos narrados, definição jurídica, relevância, utilidade e interesse público. Ainda no âmbito desse procedimento, o investigado/acusado apresentará a narrativa sobre os fatos que objetivam o acordo⁵². Por fim, o §5º reitera a necessidade de participação do advogado, em conjunto com o colaborador, nos termos de recebimento de proposta de colaboração e de confidencialidade, que serão previamente elaborados pela autoridade celebrante.

10. Jurisprudência

A colaboração premiada não é causa de fixação de competência

“A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência. 4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro).” (STF, Pleno, Inq 4130 QO, Rel. Min Dias Toffoli, Publicação em 3.2.2016). Vide, também: STF, 2ª Turma, AgRg no HC 181.978/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicação em 15.3.2021.

⁵² Segundo Vasconcellos, “as partes deverão apresentar de modo objetivo, mas não integral, a descrição dos fatos apresentados pelo delator e as potenciais colaborações que podem advir à persecução penal” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 181).

Art. 3º-C. A proposta de colaboração premiada deve estar instruída com procuração do interessado com poderes específicos para iniciar o procedimento de colaboração e suas tratativas, ou firmada pessoalmente pela parte que pretende a colaboração e seu advogado ou defensor público.

§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.

§ 2º Em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público.

§ 3º No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.

§ 4º 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.

11. Os limites da atuação do advogado

O art. 3º-C da Lei nº 12.850/2013 foi introduzido pela Lei nº 13.964/2013 para, em primeiro lugar, reiterar a necessidade de participação de defensor devidamente constituído durante a fase de negociação da proposta de acordo de colaboração. Além disso, os parágrafos do dispositivo buscam esclarecer alguns problemas verificados previamente à sua edição pela prática forense, como a representação de mais de um colaborador pelo mesmo advogado ou a representação simultânea de um acusado colaborador e de outro que não celebra acordo com a acusação. Outra situação preocupante era a potencial utilização, por colaborador que seja advogado, de fatos conhecidos sobre outros clientes não relacionados como elementos informativos no curso da negociação.

O novo art. 3º-C, §2º da Lei nº 12.850/2013 passou a prever a possibilidade de “eventual conflito de interesses” que envolva o advogado do postulante à colaboração. Nesse caso, o legislador optou por transferir ao “celebrante” – o Ministério Público ou a autoridade policial (mais sobre essa legitimidade no próximo tópico) – a obrigação de “solicitar a presença de outro advogado”. Sob esse novo cenário legal, evita-se que um defensor possa atuar simultaneamente em favor de dois colaboradores que apresentem versões dissonantes do mesmo fato durante a negociação e, mais importante, que um mesmo advogado possa

representar um colaborador em prejuízo de corréu que patrocine em ação relacionada à dinâmica que os fatos apresentam.

Ademais, quanto à hipótese do colaborador-advogado que possa se utilizar de fatos conhecidos sobre outros clientes não relacionados, o art. 3º-C, §3º da Lei nº 12.850/2013 delimita o objeto da colaboração, desobrigando o colaborador de narrar fatos ilícitos praticados que não “relação direta com os fatos investigados”. Como não há vedação, contudo, a lei permite que o advogado colaborador possa violar seu sigilo profissional como instrumento de barganha para a celebração de um acordo que o beneficie em investigação não relacionada.

11.1. A instrução da proposta de colaboração

As diferentes narrativas do colaborador sempre foram, na prática, individualizadas por meio de anexos⁵³ (como ocorre na colaboração italiana, no instrumento do *verballe illustrativo*). Trata-se de prática agora prevista em lei, após a promulgação da Lei nº 13.964/2019, no novo art. 3º-C, §4º, que impõe à defesa a obrigação de “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”. Basicamente, cada anexo tratará de um determinado fato ou de um determinado grupo de pessoas e a separação tem o objetivo de preservar o conteúdo da colaboração quando do desdobramento das investigações quanto ao que fora apresentado⁵⁴. Essa imposição legal impede que, por malícia, negligência ou outro expediente, a documentação dispersa ou omissa possa induzir em erro a autoridade coletora do material. A rejeição é provisória, permitindo-se que, após apresentação ordenada do material comprometedor, o procedimento tenha continuidade.

O dispositivo ainda especifica a necessidade de indicação de provas e elementos de corroboração junto aos anexos. Pela perspectiva do colaborador, trata-se de indícios autônomos que complementem suas declarações, e não necessariamente de provas cabais que justifiquem, por si só, um decreto condenatório. As palavras do colaborador e os elementos informativos que acompanharão os anexos deverão, para esse fim, ser confirmadas durante a instrução judicial, não podendo recair a responsabilidade do resultado do caso penal ao colaborador.

53 ANSELMO, Márcio Adriano. Colaboração Premiada..., 2016, p. 119.

54 No mesmo sentido, reconheceu a Orientação Conjunta nº 1/2018 – BRASIL, 2018, p. 4.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

§ 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.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 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.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste artigo, serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação:

I - regularidade e legalidade; II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo;

III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste artigo;

IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.

§ 7º-A O juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena, nos termos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), antes de conceder os benefícios pactuados, exceto quando o acordo prever o não oferecimento da denúncia na forma dos §§ 4º e 4º-A deste artigo ou já tiver sido proferida sentença.

§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.

§ 9º *Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.*

§ 10. *As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.*

§ 10-A *Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.*

§ 11. *A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.*

§ 12. *Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.*

§ 13. *O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.*

§ 14. *Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.*

§ 15. *Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.*

§ 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.*

§ 17. *O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.*

§ 18. *O acordo de colaboração premiada pressupõe que o colaborador cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração, sob pena de rescisão.*

12. O sistema de obrigações e benefícios

O art. 4º é o principal dispositivo da colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013. Um de seus pontos centrais é a disciplina do sistema de obrigações e benefícios previstos aos acusados/investigados que venham a celebrar acordo de colaboração premiada. Em linhas gerais, o *caput* e alguns dos parágrafos do art. 4º dividem os benefícios em processuais, penais e de execução penal (ou penitenciários), que podem ser aplicados cumulativamente.

Os processuais são aqueles descritos na redação original do artigo 4º, §§3º e 4º, que preveem a suspensão do prazo para oferecimento de denúncia por até 12 (doze) meses e a imunidade processual para o colaborador que não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar a colaboração. Quanto a essa imunidade, a Lei nº 13.964/2019 acrescentou requisito importante no §4º do art. 4º: que a colaboração se refira a infração que não seja do conhecimento do Ministério Público. E o art. 4º, §4º-A esclarece que se considerará conhecida a infração quando houver sido instaurado inquérito ou procedimento investigatório; logo, para que seja concedido o benefício da imunidade processual, o colaborador deverá revelar fato que ainda não é objeto de investigação formal.

Os benefícios penais, por sua vez, estão contidos no art. 4º, *caput*, e §5º e correspondem ao perdão judicial, à redução de pena em até dois terços (se até a sentença) e até a metade (se após a sentença) e à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Os benefícios de execução penal estão previstos no §art. 4º, §5º e no art. 5º, VI da Lei nº 12.850/2013, quais sejam a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos para tanto e o cumprimento de pena em estabelecimento penal diverso daquele em que estarão os demais corréus ou condenados. Por sua vez, as obrigações ao colaborador estão contidas no art. 4º, *caput* e envolvem os resultados dos incisos (que dependerão de cada caso e não são necessariamente cumulativos), nos §§ 9º e 12, que estabelecem a sua disponibilidade para ser ouvido (tanto na investigação quanto em juízo, a requerimento das partes ou da autoridade judicial) e no §14, que prevê a renúncia ao direito ao silêncio e a sujeição ao compromisso legal de dizer a verdade.

A rigor, portanto, essas são as previsões legais. O colaborador pode receber esse número de benefícios desde que sua colaboração obtenha os resultados do

caput, ele se mantenha disponível à investigação e ao processo e não falte com a verdade em Juízo.

12.1 A amplitude dos benefícios

Vasconcellos observou que em muitos acordos de colaboração foram concedidos benefícios sem base legal expressa⁵⁵. Segundo o autor, “a prática tem se caracterizado pela determinação quase exata das punições a serem aplicadas, em regimes e progressões totalmente estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro”⁵⁶. Por exemplo, já se estabeleceu um “teto” penal, o qual, após atingido, determinaria a suspensão dos demais processos por longos prazos. Após esses prazos, a punibilidade seria extinta. Da mesma forma, muitos acordos, que fixaram um “teto” geralmente alto (vinte ou trinta anos de reclusão), previram o cumprimento da pena em condições incomuns⁵⁷.

Nesse sentido, não foi incomum que uma pena máxima de 20 (vinte) anos fosse cumprida em prazos muito menores, com poucos anos ou meses de cumprimento efetivo em regimes fechado e semiaberto. O cumprimento dessa pena, por sua vez, também foi heterodoxo. Criou-se a figura do regime diferenciado, que, na realidade, correspondia a uma prisão domiciliar que pode ser mais ou menos rígida (no caso do regime fechado diferenciado, tem-se uma efetiva reclusão domiciliar, sem direito a saídas; no caso do semiaberto, o colaborador pode sair para trabalhar, ficando eventualmente monitorado por tornozeleira eletrônica⁵⁸; no aberto, algumas pequenas restrições são impostas à rotina diária, como o comparecimento periódico em juízo e a necessidade de autorização judicial para viagens). Alguns acordos foram extremamente detalhados, com várias concessões sobre a forma de cumprimento, “como datas previstas de saídas de residência, lista de visitantes autorizados, hipóteses de exceções emergenciais etc.”⁵⁹.

Quando a Lei nº 12.850/2013 permite, no art. 4º, §5º, a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos, poder-se-ia argumentar que estaria autorizada a aplicação da prisão domiciliar do artigo 317 do Código de

55 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 150.

56 *Ibidem*, p. 150.

57 Em prática que foi referendada, em 23 de maio de 2018, pela Orientação Conjunta nº 1/2018, do Ministério Público Federal. BRASIL, 2018, p. 10.

58 Conforme BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. Agravo em Recurso Especial nº 1.012.561/PR. Relator Ministro Felix Fischer. Publicado em 11 de abril de 2017.

59 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 152.

Processo Penal mediante monitoração eletrônica, conforme autoriza o artigo 146-B, IV, da Lei de Execução Penal. Embora não seja propriamente um regime de cumprimento de pena (o que, a rigor, afastaria a taxatividade legal da permissão), os defensores do benefício poderiam sugerir que nada mais se estaria fazendo que não aplicar tais disposições a um caso que não preenche os requisitos legais (quais sejam a idade superior a oitenta anos, a debilitação de saúde, os cuidados de menor de seis anos, a gestação e a condição de responsável por filho menor de doze anos). Em se entendendo que o Ministério Público não seria apenas o titular da ação penal, no sentido de ser a instituição constitucionalmente compelida a promover o processo, mas, por assim dizer, o “dono” da pretensão punitiva – como é nos Estados Unidos da América, por exemplo –, não seria absurda a ilimitada amplitude na concessão dos benefícios.

Com a Lei nº 13.964/2019, no entanto, introduziu-se dispositivo que parece inviabilizar, de maneira ampla, todos os benefícios não expressamente contidos no art. 4º, §§4º e 5º daquele diploma. No novo art. 4º, §7º, II, exige-se do magistrado, quando do juízo da homologação, que verifique a adequação dos benefícios pactuados aos exclusivamente previstos em lei, considerando nulas as cláusulas que violem os critérios de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Código Penal, as regras de cada regime e os requisitos de progressão não abrangidos no §5º.

Isso significa que, a rigor, o legislador efetivamente considerou ilegal o sistema de benefícios que a prática da colaboração premiada e os regulamentos do Ministério Público criaram. Nesse sentido, a promulgação da nova lei pode implicar, salvo adoção de interpretação criativa ratificada pelo Poder Judiciário, a impossibilidade da implementação de regimes diferenciados, reduções de pena que fujam dos limites da lei e outras peculiaridades incluídas em acordos com o fim de garantir a sua celebração. Também, no procedimento da colaboração premiada o Poder Judiciário deverá observar o princípio da anterioridade da lei para evitar que o arbítrio e o abuso transformem um instituto de extraordinário valor para a equidade e a proporcionalidade, ainda que imperfeitas, num monstro forense.

Quanto às obrigações que se impõem aos acusados, também há um relevante aspecto de previsões não estabelecidas na Lei nº 12.850/2013. Além da disponibilidade para comparecer ao processo, o compromisso com a verdade

e a renúncia ao direito ao silêncio⁶⁰, há cláusulas que vedam a interposição de recursos e determinam a renúncia a *Habeas Corpus* previamente impetrados⁶¹. Ao contrário dos benefícios heterodoxos, no entanto, o legislador não impôs ao Juízo de homologação a verificação da legalidade dessas cláusulas, apenas reconhecendo como nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnação da decisão de homologação, o que foi incluído no §7º-B pela Lei nº 13.964/2019. Com efeito, por força da chamada “lei anticrime”, estabeleceu-se a vedação a amplos benefícios, mas não se impediu a imposição de graves sanções não expressamente previstas no diploma.

12.2 A homologação do acordo

O artigo 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013, prevê que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes. Já o §7º disciplina a homologação judicial do acordo de colaboração premiada. Nesse sentido, a atual redação do §7º (alterada por força da Lei nº 13.964/2019) prescreve a remessa dos autos ao magistrado para análise do termo, das declarações do colaborador e de cópia da investigação, determinando a oitiva o colaborador para a análise dos seguintes aspectos: a) regularidade e legalidade; b) adequação dos benefícios aos previstos no *caput* e nos §§4º e 5º do art. 4º; c) adequação dos resultados aos resultados mínimos exigidos nos incisos I a V do *caput*; d) voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente em se tratando de colaborador que esteja ou tenha estado “sob efeito de medidas cautelares”.

Até a Lei nº 13.964/2019, a maioria da doutrina entendia que o juízo de homologação guardaria relação exclusiva com “a tarefa de fiscalização sobre a observância das formalidades e da legitimidade do acordo, no sentido de verificar se foram atendidos, numa primeira análise, os pressupostos legais e observados os direitos e garantias dos arrendidos”⁶². Com efeito, além de verificar se a colaboração é voluntária, o juiz deveria apenas realizar o “controle das cláusulas previstas no termo do acordo”⁶³, em um juízo preliminar de

60 O que também é considerado ilegal por alguns autores, como BITENCOURT, 2014, p. 134. Em sentido favorável à previsão: QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 258.

61 Além de outras previsões expressas na Orientação Conjunta nº 1/2018, tais como o valor mínimo de reparação do dano e sua destinação, obrigações de governança corporativa e *compliance* etc.

62 PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada...*, 2016, p. 153.

63 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 187.

conformação legal dos benefícios e obrigações que são formalmente estabelecidos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seguiu esse caminho, tratando a homologação como “provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente”⁶⁴, em um exame externo do ato e por meio do qual o juiz permanece na periferia do ato das partes. Segundo o Supremo, durante tal decisão, o magistrado (que será o Relator em casos de competência de Tribunal⁶⁵) não pode emitir “nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores”⁶⁶.

O posicionamento parece adequado ao que se propunha, pelo texto original da Lei nº 12.850/2013, a colaboração premiada. Afinal, trata-se de um meio de obtenção de prova (que, logo, não constitui em si a prova, que deve ser produzida no contraditório), que pode (como diz o art. 4º, *caput*) produzir benefícios ao colaborador caso efetivo. Sob essas condições, nada mais natural que, em um primeiro momento, o juiz nem sequer se preocupe com o objeto da colaboração, já que sua preocupação material se dará quando do momento de concessão dos benefícios.

O problema desse entendimento remonta os casos em que, pelo juízo de homologação, já se aplicavam os benefícios acordados (ainda que em caráter precário ou igualmente preliminar) ou eram preestabelecidas as penas que seriam aplicadas. Nesses casos, talvez houvesse um problema quanto à interpretação que se poderia dar ao requisito da legalidade (já que, para conceder benefícios imediatos ou garantir a aplicação de uma pena, o magistrado talvez tivesse que verificar quais resultados se esperam, pelo conteúdo apresentado, do acordo) e, em decorrência, qual o impacto que poderia haver aos princípios do devido processo legal, obrigatoriedade e indisponibilidade, juiz natural e imparcialidade do julgador (que poderia, a depender do caso – e há casos concretos em que isso se verificou –, tomar conhecimento de elementos indiciários e formar seu convencimento, ao menos quanto ao colaborador, antes do oferecimento de denúncia).

64 BRASIL. *Habeas Corpus* 127.483/PR, 2016.

65 Conforme BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 7074. Relator Ministro Edson Fachin. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 3 de maio de 2018

66 Ibidem.

De qualquer forma, é certo que, na vigência do texto original da Lei nº 12.850/2013, o juízo de homologação não deveria tecer qualquer consideração material sobre aquilo que apresenta o colaborador em suas declarações, apenas focando em aspectos procedimentais da negociação (se o defensor esteve presente em todos os atos ou se o colaborador foi informado dos benefícios e obrigações vinculadas, por exemplo) e da celebração (se as cláusulas correspondem às previsões legais – também se tornará a tratar desse tema no quarto capítulo).

Com a alteração do diploma legal da colaboração pela Lei nº 13.964/2019, porém, há um aumento dos aspectos que devem ser analisados pelo Juiz no momento da homologação. Além de formalmente verificar a legalidade, regularidade e voluntariedade, o novo §7º exige a oitiva presencial do colaborador com a verificação, já na homologação, de que os resultados pretendidos com o acordo correspondam aos resultados mínimos do art. 4º, *caput*, I, II, III, IV e V. Ou seja, para homologar um acordo celebrado, o magistrado deverá verificar se, do conteúdo da colaboração, extrai-se a possibilidade de identificação de coautores e partícipes da organização criminosa e infrações penais por eles praticadas; revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas; prevenção de infrações penais decorrentes da organização criminosa; recuperação total do produto ou proveito das infrações penais e localização da eventual vítima com integridade física preservada.

Se é certo que tal verificação não necessariamente implicaria um juízo de mérito sobre o conteúdo, podendo se tratar de uma simples inspeção factual de que aquilo que o colaborador traz às autoridades permitirá, em tese, o cumprimento das obrigações legais, também é adequado afirmar que se estabeleceu uma maior ingerência do magistrado em relação ao conteúdo do que deverá constar do acordo. Como se trata de alteração legislativa recente, conclusão definitiva sobre tal ampliação da função do magistrado dependerá da implementação prática da alteração legal.

Conclusão semelhante quanto à necessidade de verificação prática das alterações é extraída quando da leitura do novo art. 4º, §7º-A da Lei nº 12.850/2013. Ao contrário do §7º, porém, o referido dispositivo estabelece situação extremamente inquietante quanto à própria natureza da colaboração, sua constitucionalidade e viabilidade prática. Diz o referido artigo que “o juiz ou o tribunal deve proceder à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena (...) antes de

conceder os benefícios pactuados”, excetuando-se a previsão de imunidade processual como benefício.

Não obstante o texto legal transcrito seja claro quanto à necessária fundamentação para a aplicação dos benefícios pactuados, o que poderia ser interpretado como um complemento ao §11 – delimitando de forma expressa como se daria a apreciação da eficácia da colaboração em sentença quanto aos benefícios pactuados –, a doutrina que já pôde analisar a Lei nº 13.964/2019 suscita importante dúvida. É que, como a nova determinação legal trata, topograficamente, de uma das medidas atinentes ao juízo de homologação, potencialmente se estaria diante de uma obrigação meritória anterior à própria aceitação do acordo⁶⁷.

Um questionamento fundamental, porém, merece ser levantado: se o §7º-A prevê que o juiz analisará o mérito da denúncia já na fase homologatória, como deve proceder o magistrado quando o acordo for celebrado antes do seu oferecimento? Será que a opção do legislador seria que se aguardasse a imputação formal para a derradeira homologação do acordo? Ou será que se deve conferir interpretação extensiva ao dispositivo para que, na ausência de denúncia, seja realizada análise quanto ao conteúdo do acordo e as obrigações contraídas pelo colaborador?

Sob pena de absoluta inviabilidade de celebração de acordos durante a investigação – que seria, a rigor, o momento mais adequado para tanto –, a segunda opção parece ser a correta. Com efeito, no juízo de homologação, deverá o magistrado, além de avaliar se os benefícios propostos são compatíveis com o mérito da causa em questão e condizentes com os objetivos legais da colaboração. O juiz não é um mero burocrata para *carimbar* a vontade das partes, sacrificando a sua missão institucional de garantir a boa aplicação do Direito como fenômeno indispensável à Justiça. Um ponto positivo do referido §7º-A é o fato de que, aparentemente, trata-se de uma cláusula de abertura para que os benefícios firmados no acordo sejam imediatamente aplicados quando da homologação. Embora não se trate de conclusão expressa do texto legal, o fato de a análise do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação de pena ser requisito para a concessão dos “benefícios pactuados” no âmbito da homologação é claro indicativo que, já quando da homologação, tais benefícios possam ser aplicados.

67 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Direito Penal, processo penal e colaboração premiada na lei 'anticrime'. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime> Acesso em 23 de janeiro de 2020.

12.3 A recusa de homologação do acordo

A redação original do §8º do artigo 4º previa que o juiz poderia recusar a homologação de acordo que não atendesse aos requisitos legais ou adequá-la ao caso concreto. Tal proposição gerou polêmica entre os críticos do instituto, como Bitencourt e Busato, que sustentavam ser “realmente absurdo”⁶⁸ que a lei, por um lado, proibisse a participação do juiz nas negociações, mas, por outro, permitisse a interferência “no teor do que foi pactuado”⁶⁹. Por outro lado, Pinto sustentava que não seria plausível tal crítica em razão do fato de que “cabe ao Magistrado a última palavra, já que a ele é dado recusar a proposta”⁷⁰. Os primeiros autores parecem ter razão, mas apenas assumindo-se a interpretação de que o juiz poderia alterar questões valorativas das cláusulas, como os benefícios ofertados e as obrigações estabelecidas. No entanto, tal situação não parece ter sido a regra até a alteração da lei.

Como observaram os autores com publicações mais recente, a adequação a que se refere a lei guarda mais relação com a anulação de cláusulas flagrantemente ilegais (“como renúncias inconstitucionais ou obrigações abusivas”⁷¹) ou a abertura de prazo para que as partes reformassem previsões fundamentalmente rejeitadas pelo magistrado (o qual, frise-se, também exerce o controle do princípio da obrigatoriedade, verificando se o acordo está conforme as previsões legais).

Com a Lei nº 13.964/2019, a situação mudou de figura. O novo art. 4º, §8º da Lei nº 12.850/2013 assegura ao magistrado a prerrogativa de “recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais”, mas determina a devolução do termo às partes para adequações que entenda necessárias. Embora os novos art. 4º, §7º, II e §7º-B do diploma estabeleçam a nulidade de cláusulas que violem os critérios de definição do regime inicial de cumprimento de pena, as regras dos regimes previstos no Código Penal e na Lei de Execução Penal, os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo §5º, e que impliquem renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória, a conclusão a que se chega com a redação do §8º é a de que o juiz deverá, independentemente da nulidade verificada, devolver a proposta de colaboração às partes para adequação.

68 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei...*, 2014, p. 132.

69 *Ibidem*, p. 132.

70 PINTO, Ronaldo Batista. *A colaboração premiada...*, 2013, p. 28.

71 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 188.

O novo art. 4º, §7º-B, da Lei nº 12.850/2013, no que diz respeito à alternativa das partes quanto à decisão de recusa, ratificou a orientação do manual da ENCCLA no sentido de que “a decisão negativa de homologação sempre desafiará recurso tanto pelo Ministério Público quanto pela defesa”. A lei, porém, mesmo com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, não estabelece tal possibilidade e tampouco o recurso cabível. Em razão da natureza da colaboração premiada e da decisão não-homologatória (que tem caráter interlocutório), a lógica do Código de Processo Penal indicaria o cabimento de Recurso em Sentido Estrito. No entanto, como o rol do artigo 581 é taxativo, segundo o atual entendimento doutrinário e jurisprudencial, tal possibilidade somente surgiria em caso de recusa pela declaração de incompetência do juízo⁷². Caso a negativa tenha outro fundamento, duas possibilidades surgem. A uma, como defende Vasconcellos, caberia correição parcial⁷³; a duas, em se tratando de decisão definitiva proferida por juiz singular em caso não previsto naquele dispositivo, caberia apelação, conforme artigo 593, II, do Código de Processo Penal⁷⁴. Também se poderia considerar, se não homologado o acordo celebrado na fase do inquérito (sem o oferecimento de denúncia e instauração de ação penal, mas apenas de procedimento sigiloso para homologação do acordo), a impetração de mandado de segurança.

Parte da doutrina ainda sustenta que “a homologação do acordo também deveria ser impugnável, especialmente pelos corréus que possam ser prejudicados pela concessão dos benefícios em troca das declarações incriminatórias”⁷⁵. O Supremo Tribunal Federal rechaçou essa possibilidade no julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.483, sustentando que “por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes”⁷⁶. Há, porém, exceções, como na impugnação por terceiros quanto à incompetência do Juízo que homologou o acordo, conforme acórdão do *Habeas Corpus* nº 151.605/PR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes⁷⁷ e no *Habeas Corpus* nº 143.427/

72 VERÍSSIMO, Carla. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Colaboração Premiada**. São Paulo: RT, 2017, p. 117.

73 VASCONCELLOS, op. cit., p. 187.

74 Nesse sentido: VERÍSSIMO, Carla. *Principais questões...*, 2017, p. 116.

75 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 187.

76 BRASIL, STF, *Habeas Corpus* nº 127.483, 2016.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas Corpus* nº 151605/PR. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 20 de março de 2018. Ata de julgamento publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 3 de abril de 2018.

PR, que, em empate que beneficiou o réu, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, anulou acordo impugnado por réus delatados. Afinal, a homologação do ajuste não pode ser instrumento de lesão a direitos de terceiros ao simples argumento de que não são partes. Opõe-se a tanto a garantia constitucional do acesso à jurisdição, declarada pelo art. 5º, XXXVII: “a lei não excluirá da apreciação de Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”!

12.4 A vinculação do Juiz aos termos do acordo

Como se disse acima, até a Lei nº 13.964/2019, a decisão que homologava o acordo não tinha o condão de adentrar em seu mérito e mantinha o Magistrado alheio à vontade das partes, exatamente conforme dispunha o texto original da Lei nº 12.850/2013. Na sentença relativa a cada um dos processos abarcados pelo instrumento celebrado entre Ministério Público, conforme o art. 4º, §11 da lei, voltaria o Juiz à dinâmica da colaboração para analisar os termos do acordo homologado e sua eficácia. Relembre-se que, no art. 4º, §1º, estabelece-se que, para qualquer benefício ao colaborador, a concessão levará em conta sua personalidade, natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, além da própria eficácia do acordo – todas análises compatíveis com a sentença.

A prática da colaboração, no entanto, subverteu essa aparente clareza legal. Em inúmeros e conhecidos acordos, o Ministério Público garantiu aos colaboradores quais seriam exatamente suas penas, afastando do Magistrado qualquer possibilidade de modulação dos benefícios de acordo com o que dispõe a lei.

O Supremo Tribunal Federal discutiu a questão no julgamento da Questão de Ordem na Petição 7074, em acórdão publicado em 3 de maio de 2018. A conclusão do julgamento unânime foi no sentido de que o acordo considerado regular, voluntário e legal deve ser observado na sentença se o colaborador cumpriu os deveres assumidos no acordo. Ou seja, se o colaborador apresentou uma narrativa em seus depoimentos e se comprometeu a apresentar determinados documentos ou a indicar outras fontes de prova para a corroboração, e assim agiu na instrução, sem contrariar o que fora dito ou deixar de cumprir aquelas obrigações, a homologação vincularia o Juízo da causa a aplicar os benefícios acordados.

Esse entendimento parece permanecer quanto à alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019, mantendo-se atual. É que, como os

novos acordos deverão ser celebrados apenas com referência aos benefícios expressos na Lei nº 12.850/2013, mostra-se razoável que, diminuídas as hipóteses de incentivo à colaboração, ao menos se conceda ao colaborador a garantia de que, cumpridas as obrigações, os reduzidos benefícios serão invariavelmente concedidos.

Além disso, a Lei nº 13.964/2019 introduziu outro dispositivo que transfere ao juiz maior grau de influência na concessão dos benefícios, ainda na fase de homologação judicial. Trata-se do já mencionado art. 4º, §7º-A, da Lei nº 12.850/2013, que estabelece que, no momento da aplicação dos benefícios pactuados, exceto quando se tratar de imunidade processual, o juiz ou o tribunal deverão proceder à análise da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas de aplicação da pena. Embora o dispositivo possa trazer um problema quanto à questão da imparcialidade do magistrado, trata-se de verificação que, se positiva, trará invariavelmente maior segurança de que o benefício será cumprido.

12.5 O aspecto probatório das declarações do colaborador

Vários dispositivos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 enfatizam a participação ativa do colaborador ao longo da investigação e da instrução judicial e, portanto, a sua potencial relevância probatória. Os §§9º e 12, por exemplo, estabelecem que, após a homologação e independentemente do benefício concedido (isto é, se o colaborador deixou ou não de ser réu no processo), sempre poderá ser requerida sua oitiva, que deverá ser acompanhada pelo seu defensor.

O §10, por sua vez, faz menção às provas produzidas pelo colaborador ao se referir à possibilidade de retratação do acordo, quando assegura àquele que os elementos por ele fornecidos não poderão ser utilizados “exclusivamente em seu desfavor”. O dispositivo é curioso porque não deixa claro se as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas apenas contra o agora ex-colaborador, podendo sê-lo em desfavor de corréus e coinvestigados, ou se tais elementos indiciários/ probatórios poderão ser utilizados, independentemente do seu destinatário, desde que acompanhados de outras provas de corroboração independentes. A primeira interpretação parece ser a mais adequada, especialmente ao se considerar que a retratação poderá ser requerida pela autoridade celebrante. Com efeito, para se evitar que o Ministério Público

ou a polícia proponham um acordo, colham provas e, na sequência, retratem-se da proposta e utilizem os elementos colhidos em desfavor do potencial colaborador, esses elementos não poderão ser utilizados contra quem os forneceu.

Também se conferiu especial relevância à palavra do colaborador com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, que, por meio da inclusão do §10-A, determinou que o colaborador sempre se manifeste em momento intermediário entre a acusação e os corréus delatados. Tal dispositivo foi criado após controvérsia judicial sobre a ordem das alegações finais, com o Supremo Tribunal Federal entendendo, em acórdãos que serão ilustrados abaixo, que os réus delatados deverão ter prazo distinto e posterior ao do réu colaborador. Embora se discorde da orientação da Suprema Corte, considerando-se que as alegações finais não são momento processual oportuno à produção de prova – não podendo o colaborador inovar em tal fase por meio de inadmissível omissão em seu interrogatório judicial, este sim produzido à luz do contraditório –, o novo dispositivo encerra qualquer controvérsia, trazendo segurança jurídica quanto a um aspecto procedimental das ações penais que contem com réus colaboradores.

Por fim, no que diz respeito ao valor probatório da colaboração premiada e dos depoimentos conferidos pelo colaborador, a Lei nº 12.850/2013, especialmente após a complementação da Lei nº 13.964/2019, estabelece o seguinte (art. 4º, §16): a palavra do colaborador, sem corroboração por elementos externos e independentes, não se presta à decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, ao recebimento de denúncia ou queixa-crime e à condenação de delatados. Ou seja, é possível a instauração de investigação com base na palavra do colaborador, mas não se admite qualquer medida concreta contra investigado sem elementos autônomos. O que a lei não define é a natureza, quantidade ou relevância desses elementos autônomos, cabendo à jurisprudência vedar apenas as condenações que não façam referência a nenhum elemento além das palavras do colaborador.

12.6 A forma de registro da colaboração premiada

Em sua redação original, o art. 4º, §13 da Lei nº 12.850/2013 previa que, “sempre que possível”, o registro dos atos de colaboração seria feito por meios e recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual. Com efeito, o legislador não impôs, mas fez uma forte recomendação que todos os atos de colaboração (aqui entendidos os

depoimentos do colaborador, seja na fase de negociação, seja em investigação e Juízo) fossem gravados. Com a Lei nº 13.964/2019, a recomendação do “sempre que possível” foi substituída por uma determinação mais ampla, de que todas as “tratativas” e “atos de colaboração” deverão ser registrados pelos meios e recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou similar, inclusive audiovisual, garantindo-se a disponibilização de uma cópia do material ao colaborador. A jurisprudência do STF parece ter ido além, ao menos na 2ª Turma, para sugerir que, não apenas os registros sejam todos realizados, mas que sejam integralmente realizados em audiovisual, não apenas como uma possibilidade, mas como método exclusivo de registro de tudo o que disser respeito à colaboração premiada.

12.7 A rescisão do acordo

No subcapítulo referente à proposta do acordo de colaboração, sustentou-se que a retratação a que se refere o art. 4º, §10 da Lei nº 12.850/2013 seria temporalmente limitada ao momento da assinatura do acordo e sua consequente remessa para homologação. A partir disso, a dissolução do acordo depende de sua rescisão. No texto original na Lei nº 12.850/2013, nada se dispôs acerca do tema. Com a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, incluiu-se ao art. 4º daquele diploma o §17º, que estabelece que “o acordo poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração”. Ainda que se trate de uma relevante inclusão, na medida em que traz ao texto legal tema da maior relevância, trata-se de dispositivo lacônico, que atrela uma conduta grave do colaborador a uma mera possibilidade de rescisão. A rigor, portanto, a nova lei pouco acrescentou à dinâmica previamente existente.

Conforme observa Vasconcellos, a efetiva disciplina da rescisão – mais especificamente, os motivos para tal conduta – é costumeiramente tratada nos próprios acordos, onde se tem estabelecido “um procedimento específico para o caso de rescisão do acordo”⁷⁸. No corpo do acordo, além das causas pactuadas de rescisão, deve-se estabelecer a forma como se procederá à apuração daquelas, em geral com a imposição de notificação das partes e a realização de audiência de justificação⁷⁹. A determinação final caberá ao Juiz da causa, já que, como salienta Rosa, “a rescisão não pode decorrer da vontade unilateral, devendo-

78 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 252.

79 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 252.

-se apurar a efetiva violação dos termos pactuados”⁸⁰. Segundo o Ministério Público Federal, a apuração pode ser feita mediante a instauração de procedimento administrativo paralelo, “quando necessário coletar novas evidências sobre as causas de rescisão”⁸¹, ou por “provocação direta do juízo, quando a causa de rescisão for constatada sem a necessidade de novos dados ou evidências”⁸².

A dinâmica da rescisão, independentemente da alteração da Lei nº 13.964/2019, segue em plena discussão sobretudo em razão do pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República, nos autos da Petição nº 7003, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, pelo desfazimento dos acordos celebrados com os colaboradores da JBS, em rumoroso caso recente. Embora vários meios de comunicação tenham noticiado que os acordos já foram rescindidos pelo Ministério Público Federal⁸³, o que se tem é um pedido para que a Suprema Corte verifique e efetivamente dê fim aos referidos instrumentos. A competência para fazê-lo nesses casos, porém, parece não ser mais apenas do Ministro Relator que homologou os acordos, mas do colegiado, “garantido o devido processo legal, porque refoge aos limites da mera homologação, diante do conteúdo decisório da configuração da violação contratual e suas consequências”⁸⁴.

Rosa ainda sugere, em alusão que faz ao próprio acordo dos executivos da JBS, que pode ser cabível, a depender do caso, sua renegociação caso seja descumprida alguma cláusula que não justifique a rescisão. Segundo ele, “a partir da boa-fé objetiva e do dever de cooperação, eventual erro ou falta de informações corroboradas de pequena parcela do conteúdo delatado, pode significar a deslealdade do Estado, via resolução do termo do acordo”⁸⁵. Caso se constate que o acordo foi descumprido por blefe⁸⁶ do colaborador, que “vendeu” uma informação que nunca teve, seria adequada a rescisão. No

80 ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**. Florianópolis: EModara, 2018, p. 329.

81 BRASIL. *Orientação Conjunta nº 1/2018...*, 2018, p. 12.

82 *Ibidem*, p. 12.

83 Nesse sentido: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-14/delacao-executivos-jbs-foi-rescindida-informa-pgr-supremo>> e <<https://g1.globo.com/politica/noticia/pgr-rescinde-acordos-de-delacao-de-wesley-batista-e-francisco-de-assis-e-silva.ghtml>> Acesso em 19 de maio de 2018.

84 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Delação não pode ser rescindida unilateralmente por capricho do Estado. **Consultor Jurídico**. 6 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://goo.gl/dD7MpJ>> Acesso em 19 de maio de 2018. Em igual sentido: ROSA, op. cit., p. 330.

85 ROSA, op. cit., p. 332.

86 *Ibidem*, p. 333.

entanto, “se o delator ‘abre o saco de informações’ contra 1500 delatados e obtém resultado positivo em 1400, viola a boa-fé rescindir por ausência de corroboração”⁸⁷. Outro caminho possível para a preservação do acordo é extraído da Orientação Conjunta nº 1/2018, do Ministério Público Federal, que recomenda a “inserção de cláusula com previsão de sanções ao colaborador que omitir informações pontuais, quanto a um elemento probatório ou a agentes diversos, circunstância que pode não ensejar, por si só, a rescisão do acordo”⁸⁸. No momento da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, no entanto, apenas uma possibilidade legal admite a rescisão: a omissão dolosa do colaborador sobre fatos que objetivam a colaboração; qualquer tema além disso depende da concordância entre as partes celebrantes.

De qualquer forma, reconhecida judicialmente a rescisão do acordo, resta o questionamento sobre a validade das provas produzidas e seu uso em face do ex-colaborador. O texto legal, quanto à retratação da proposta, estabelece que as “provas autoincriminatórias apresentadas não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”⁸⁹. Admitindo-se a previsão também para a hipótese de rescisão, três interpretações possíveis são apresentadas por Vasconcellos⁹⁰: a) na primeira, as provas apresentadas não poderiam ser as únicas para a condenação do ex-colaborador; b) na segunda, apenas a confissão não teria valor, podendo as demais provas ser introduzidas no processo para valoração judicial; c) na terceira, os elementos do acordo somente poderiam ser utilizados em face de corréus e partícipes.

Para o autor, a terceira hipótese seria a mais adequada, até porque “como pressuposto do acordo (para verificação de sua adequação/idoneidade, necessidade e proporcionalidade) e como requisito para sua validade (adequação/exatidão), é preciso que já existam elementos independentes e prévios ao acordo”⁹¹ contra o ex-colaborador, de modo que o afastamento dos elementos por ele apresentados (e apenas contra si) não impediriam sua persecução e eventual condenação.

Pensa-se, porém – e em perspectiva preliminar, já que o tema merece melhor reflexão –, que não é esse o conteúdo do art. 4º, §10, da Lei nº 12.850/2013. Sob a leitura da lei, os elementos apresentados pelo colaborador

87 Ibidem.

88 BRASIL. *Orientação Conjunta nº 1/2018...*, 2018, p. 12-13.

89 BRASIL. *Lei nº 12.850...*, 2013.

90 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada...*, 2017, p. 253.

91 Ibidem, p. 254.

não podem ser exclusivos de sua condenação, no sentido de necessitarem de corroboração externa, mas não parece ter sido opção do legislador que fossem integralmente descartados. Evidentemente, com a rescisão do acordo, rescinde-se, também, a renúncia do direito à não-autoincriminação (art. 4º, §14), de modo que a confissão perde valor nesse cenário. No entanto, eventuais elementos de prova material que tenham sido apresentados poderiam vir a ser utilizados em seu desfavor, desde que acompanhados de outras provas judiciais no mesmo sentido. Certamente, os Tribunais irão estabelecer o definitivo posicionamento sobre o tema. Até o presente momento, no entanto, o que se tem é a afirmação concreta de que, revogado o acordo, os elementos de prova poderão ser utilizados contra terceiros⁹².

13. Jurisprudência

Impossibilidade de emissão de juízo de valor na homologação de acordo

“A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.” (STF, Pleno, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Publicado em 4.2.2016). No mesmo sentido: STF, Pleno, Pet 7074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, Publicação em 3.5.2018.

Vinculação da sentença aos termos do acordo

“(…) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4º, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade.” (STF, Pleno, Pet 7074 QO, Rel. Min. Edson Fachin, Publicação em 3.5.2018). No mesmo sentido: STF, Pleno, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Publicado em 4.2.2016.

“III - Não se afigura violador dos termos de acordo de delação premiada o acórdão que, diante das circunstâncias e consequências dos crimes perpetrados, fixa prazo de prestação de serviços à comuni-

⁹² Conforme BRASIL. *Habeas Corpus* nº 127.483, 2016 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.983. Relator Ministro Teori Zavascki. Acórdão publicado em Diário de Justiça Eletrônico em 10 de outubro de 2016.

dade em patamar diverso do mínimo previsto em cláusula de acordo colaborativo.

IV - A análise da extensão dos benefícios firmados em acordo de colaboração premiada cabe ao Poder Judiciário, que o fará à luz da legislação vigente, mais especificamente do que dispõe o art. 4º, § 1º, da Lei 12.850/2013.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1784037/PR, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Publicação em 13.10.2021).

Homologação de acordo pelo relator em colegiado

“Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13).” (STF, Pleno, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Publicado em 4.2.2016).

O bis in idem entre os benefícios da colaboração premiada e a atenuante da confissão espontânea

“Atento ao princípio do ne bis in idem ou non bis in idem, que constitui um limite ao Estado, evitando a múltipla valoração do mesmo fato com idêntico fundamento jurídico e, ainda, tomada a amplitude de consequências e benefícios extraídos do instituto da colaboração premiada, há bis in idem na consideração da atenuante da confissão do réu quando já estabelecido o acordo de colaboração entre ele e o órgão ministerial nos casos em que aplicada a benesse de redução da pena prevista na Lei 12.850/13.” (STJ, 5ª Turma, REsp 1852049/RN, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Publicação em 23.10.2020).

“Ainda que a confissão, por haver sido valorada na condenação, já tenha sido considerada para aplicar a atenuante da confissão espontânea em favor do réu, não se trata da mesma circunstância ora analisada. Isso porque a confissão, no caso, se limita à admissão da prática do tráfico de drogas, ao passo que a colaboração foi além e indicou aos policiais a localização do restante das drogas, que estavam escondidas e, segundo os próprios agentes afirmaram, não seriam por eles encontradas sem a ajuda do réu. Trata-se de institutos distintos e que podem (e devem) ser aplicados conjuntamente, se ambos estiverem configurados.” (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Publicação em 20.9.2023).

O valor probatório do depoimento do colaborador

“As provas testemunhais, obtidas por meio de delação premiada, em consonância com as demais provas produzidas na fase judicial da persecução penal, são elementos idôneos para subsidiarem a condenação do agente.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1630006/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Publicação em 31.8.2020).

“As palavras do colaborador, embora sejam suficientes para o início da investigação preliminar, não constituem motivo idôneo autônomo para fundamentar o recebimento da peça acusatória.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 124867/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Publicação em 4.9.2020).

“Além da colaborações premiadas, foram indicados diversos meios de prova na denúncia, como documentos, conversas de aplicativo, histórico de chamadas, planilhas contendo informações de propinas, etc., de modo que não se justifica a alegação defensiva de que toda a investigação se baseia em colaborações premiadas sem elementos externos de corroboração.” (STJ, 6ª Turma, AgRg no HC 828353/SC, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Publicação em 16.10.2023).

Impossibilidade de rescisão de acordo por impugnação de terceiros delatados

“Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’ (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).” (STF, Pleno, HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, Publicado em 4.2.2016). Vide, ainda: STJ, Corte Especial, AgRg na PET na Pet 15392/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Publicação em 30.8.2023.

O direito do delatado de acessar aos termos da colaboração premiada

“Tratando-se de colaboração premiada contendo diversos depoimentos, envolvendo diferentes pessoas e, possivelmente, diferentes organizações criminosas, tendo sido prestados em ocasiões diferentes, em termos de declaração separados, dando origem a diferentes procedimentos investigatórios, em diferentes estágios de diligências, não assiste a um determinado denunciado o acesso universal a todos os depoimentos prestados. O que a lei lhe assegura é o acesso aos elementos da colabo-

ração premiada que lhe digam respeito.” (STF, Pleno, Inq 3983, Rel. Min. Teori Zavascki, Publicação em 12.5.2016).

“É ônus da defesa requerer o acesso aos termos de colaboração premiada ao juiz que supervisiona as investigações. O acesso deve ser garantido desde que haja pertinência, ou seja, que do ato de colaboração conste imputação de responsabilidade criminal ao requerente, e desde que não se refira à diligência em andamento.” (STF, Pleno, HC 166.371 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Publicação em 25.4.2023)

A ausência de direito de acesso às tratativas de acordo não celebrado

“Não há se falar em ilegalidade na decisão que indefere pedido defensivo de acesso às tratativas de acordo de colaboração premiada malsucedido, sobretudo porque tais negociações nem sequer são consideradas para a homologação do acordo.” (STJ, 5ª Turma, RHC 131043/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Publicação em 14.9.2020).

Recurso contra a decisão que recusa a homologação de proposta de acordo

“O magistrado poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais e esse ato judicial tem conteúdo decisório, pois impede o meio de obtenção da prova. Entretanto, não existe previsão normativa sobre o recurso cabível para a sua impugnação. (...) Analisadas as espécies de recursos elencados no Código de Processo Penal, tem-se que a apelação criminal é apropriada para confrontar a decisão que recusa a homologação da proposta de acordo de colaboração premiada. (...) 6. De toda forma, ante a existência de dúvida objetiva quanto ao instrumento adequado para combater o provimento jurisdicional, não constitui erro grosseiro o manejo de correição parcial, (...)”. (STJ, 6ª Turma, REsp 1834215/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Publicação em 12.11.2020).

Possibilidade de rescisão de acordo por impugnação de terceiros delatados

“Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas. Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos.” (STF, 2ª Turma, HC 143427, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicado em

1.10.2020 – ordem concedida em empate). Vide, ainda: STF, 2ª Turma, HC 151.605, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicação em 23.7.2020.

A manutenção dos benefícios do colaborador em caso de anulação por atuação abusiva da acusação

“Tendo em vista que a anulação do acordo de colaboração aqui em análise foi ocasionada por atuação abusiva da acusação, penso que os benefícios assegurados aos colaboradores devem ser mantidos, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro.” (STF, 2ª Turma, HC 142.205, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicado em 1.10.2020).

A ausência de relação entre a rescisão do acordo e a validade das provas

“A possibilidade de rescisão ou de revisão, total ou parcial, de acordo homologado de colaboração premiada, em decorrência de eventual descumprimento de deveres assumidos pelo colaborador, não propicia, no caso concreto, conhecer e julgar alegação de imprestabilidade das provas, porque a rescisão ou revisão tem efeitos somente entre as partes, não atingindo a esfera jurídica de terceiros, conforme reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal.” (STF, Pleno, Inq 4483 QO, Rel. Min. Edson Fachin, Publicado em 13.6.2016). Vide, também: STJ, Corte Especial, AgRg na PET na Pet 15392/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Publicação em 30.8.2023.

As consequências da rescisão do acordo

“Eventual desconstituição de acordo de colaboração premiada tem âmbito de eficácia restrito às partes que o firmaram, não beneficiando e nem prejudicando terceiros (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 4/2/2016). Até mesmo em caso de revogação do acordo, o material probatório colhido em decorrência dele pode ainda assim ser utilizado em face de terceiros, razão pela qual não ostentam eles, em princípio, interesse jurídico em pleitear sua desconstituição, sem prejuízo, obviamente, de formular, no momento próprio, as contestações que entenderem cabíveis quanto ao seu conteúdo.” (STF, Pleno, Inq 3983, Rel. Min. Teori Zavascki, Publicação em 12.5.2016).

A utilização da colaboração premiada como prova emprestada em Juízo distinto

“O acordo de colaboração não se confunde com seu conteúdo, razão pela qual as informações prestadas pelo colaborador podem se referir

a crimes ou pessoas diversas do objeto inicial da investigação, ficando configurado, nessa hipótese, o encontro fortuito de provas.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no AREsp 1652779/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Publicação em 28.9.2020). Em igual sentido, STJ, 5ª Turma, AgRg no RHC 177586/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Publicação em 2.10.2023.

Obrigatoriedade do registro audiovisual dos atos da colaboração premiada

“Como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, deve-se assentar a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação.” (STF, 2ª Turma, HC 142.205, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicação em 1.10.2020). Em igual sentido: STJ, Corte Especial, AgRg na PET na Pet 15392/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Publicação em 30.8.2023.

Ordem das alegações finais

“O delatado tem o direito de falar por último sobre todas as imputações que possam levar à sua condenação. O direito de falar por último está contido no exercício pleno da ampla defesa englobando a possibilidade de refutar todas, absolutamente todas as informações, alegações, depoimentos, insinuações, provas e indícios em geral que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar uma futura condenação penal, entre elas as alegações do delator.” (STF, Pleno, HC 166373/PR, Rel. Min. Edson Fachin, Publicação em 18.5.2023)

Art. 5º São direitos do colaborador:

- 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.***

14. Direitos do colaborador

O art. 5º da Lei nº 12.850/2013 lista uma série de direitos do colaborador que se voltam à sua proteção pessoal, em primeiro lugar, e à facilitação de sua reintegração à sociedade, em segundo. As medidas de proteção indicadas no inciso I podem ser extraídas, por exemplo, da Lei nº 9.807/99, que estabelece normas para organização de programas especiais de proteção a testemunhas ameaçadas. Os incisos II e V, por sua vez, visam evitar a publicação de dados pessoais e da imagem do colaborador aos meios de comunicação, seja como forma de evitar que outros integrantes de organização criminosa reconheçam o colaborador e possam, de alguma forma, causar-lhe mal injusto, seja como um meio de evitar que a imagem do colaborador permaneça sob o domínio público. Os incisos III, IV e VI, por fim, guardam relação com a proteção do colaborador em face dos corréus delatados, evitando-se que a condução em Juízo seja conjunta, que as audiências ocorram sob a sua presença e que o recolhimento prisional seja no mesmo estabelecimento prisional.

15. Jurisprudência

Objetivo da preservação dos dados pessoais do colaborador

“O conteúdo dos depoimentos prestados em regime de colaboração premiada está sujeito a regime de sigilo, nos termos da Lei 12.850/2013, que visa, segundo a lei de regência, a dois objetivos básicos: (a) preservar os direitos assegurados ao colaborador, dentre os quais o de “ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados” (art. 5º, II) (...).” (STF, 2ª Turma, Pet 6164 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Publicação em 21.9.2016).

Impossibilidade de acesso aos dados pessoais do colaborador pelo delatado

“De acordo com o artigo 5º da Lei nº 12.850/13, no bojo da colaboração premiada, é direito do colaborador ter a sua qualificação e dados pessoais preservados. No presente caso, a decisão do magistrado de vedar o acesso às informações referentes ao local de residência e às autorizações para deslocamentos do colaborador está assente com a legislação de regência, bem como não tem o condão de inviabilizar o direito de defesa do ora paciente.” (STF, 5ª Turma, HC 341790/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Publicação em 4.5.2016).

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

16. O termo do acordo de colaboração

O art. 6º da Lei nº 12.850/2013 estabelece que o termo de colaboração deve ser feito por documento escrito e contar com o relato da colaboração e seus possíveis resultados⁹³, as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia, a declaração de aceitação do colaborador e seu defensor, as assinaturas e a especificação das medidas de proteção eventualmente necessárias. O dispositivo deve ser interpretado em conjunto com os arts. 3º-A a C, instituídos pela Lei nº 13.964/2019, que acrescentam que o acordo deve ser instruído de anexos, com a indicação de provas e elementos de corroboração, assim como da procuração outorgada pelo colaborador, na forma escrita e com poderes específicos para celebrar acordo de colaboração premiada. Também deverá acompanhar o termo de colaboração premiada o termo de confidencialidade e demais documentos referentes à proposta, considerando-se a obrigatoriedade estabelecida pelo art. 4º, §13 de que todos os atos e tratativas da colaboração sejam devidamente registrados em mídias eletrônicas e afins.

Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

⁹³ A Orientação Conjunta nº 1/2018 estabelece que os anexos deverão conter a descrição dos fatos delitivos, duração e locais de ocorrência, identificação dos envolvidos, meios de execução, produtos e/ou proveito do crime, potenciais testemunhas e outras provas de corroboração e a indicação da estimativa do dano.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.

17. O sigilo do trâmite do acordo

O art. 7º da Lei nº 12.850/2013 disciplina o caráter sigiloso do trâmite do acordo de colaboração premiada. O *caput*, em primeiro lugar, trata da distribuição do pedido de homologação, que será feito em autos apartados e absolutamente sigilosos de modo impossibilitar que, em consulta pública, seja identificado o colaborador e o objeto da tratativa. Em se tratando de feito que tramite em processo eletrônico, o sigilo é garantido por meio da ferramenta utilizada pelo Tribunal em questão, com a limitação de acesso a terceiros à própria consulta aos autos, seja mediante a ocultação do nome da parte e dos documentos juntados, seja mediante à exclusão do próprio número dos autos do mecanismo de busca do sistema. Em se tratando de processo físico, é ideal que não haja, na capa dos autos, a identificação do pretense colaborador e que não se inclua seus dados no sistema de busca do cartório, evitando-se o acesso a terceiros no balcão.

O §1º fixa o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para apreciação do pedido de homologação. Considerando-se que o art. 4º, §7º determina que o Magistrado ouça sigilosamente o colaborador, entende-se que o prazo em questão impõe ao Juízo a designação do referido ato. O §2º, por sua vez, trata da restrição de acesso aos autos da colaboração, limitando-o ao Juiz e às autoridades celebrantes, mas garantindo ao defensor do “representado o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa”, desde que precedido de autorização judicial e observado o sigilo das diligências em andamento.

Por fim, o §3º trata do momento em que o acordo de colaboração premiada deixará de ser sigiloso. O dispositivo foi alterado pela Lei nº 13.964/2019

para contornar a interpretação da jurisprudência que, sob a redação original, permitia o levantamento do sigilo antes do oferecimento da denúncia. Com a redação atual, é somente com o recebimento da denúncia ou queixa que ocorrerá a publicidade do acordo, vedando-se ao Magistrado proferir decisão quanto a essa circunstância “em qualquer hipótese”. Ou seja, a lei tanto veda que o Juízo levante o sigilo antes do recebimento da denúncia quanto que mantenha o sigilo após. Trata-se de orientação que aplica o princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII).

18. Jurisprudência

A duração do sigilo

“O sigilo perdura, em princípio, enquanto não ‘(...) recebida a denúncia’ (art. 7º, § 3º) e especialmente no período anterior à formal instauração de inquérito. Entretanto, instaurado formalmente o inquérito propriamente dito, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos permanecem sob sigilo, mas com a ressalva do art. 7º, § 2º da Lei 12.850/2013, a saber: ‘o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento’ (...) Assegurado o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14, que garante ao defensor legalmente constituído ‘o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial’. (STF, 2ª Turma, Pet 6164 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Publicação em 21.9.2016).

A interpretação da redação original do art. 7º, §3º

“O aspecto temporal da norma contida no artigo 7º, § 3º, da Lei n. 12.850/13 tem que ser interpretado essencialmente com relação ao

direito à ampla defesa, não tendo o condão de limitar a publicidade dos termos de declaração do colaborador, ainda mais de forma irrestrita e até o recebimento da denúncia, caso a medida não encontre suporte no binômio necessidade e adequação da restrição da garantia fundamental. 3. Ainda que o artigo 5º, inciso II, da Lei n. 12.850/13 estabeleça como direito do colaborador ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, é imperioso que razões de ordem prática justifiquem o afastamento da publicidade dos atos processuais, caso esta seja a medida necessária à salvaguarda de tais bens jurídicos.” (STF, 2ª Turma, Pet 6631 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Publicação em 26.6.2017).

A interpretação da redação atual do art. 7º, §3º

“Nos termos do art. 7º da Lei n. 12.850/2013, o sigilo obrigatório do acordo de colaboração premiada deve perdurar da sua distribuição (caput) até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (§ 3º), autorizando-se o acesso aos autos, nesse interregno, somente ao Ministério Público, à polícia e a terceiros eventualmente delatados (§ 2º).” (STJ, Corte Especial, AgRg nos EDcl na APn 953/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Publicação em 2.12.2022).

19. Considerações finais

O texto resultou mais extenso do que as regras editoriais estabelecem e, por isso, os autores pedem escusas. Todavia, este é um trabalho que foi realizado a várias mãos e a proposta de comentários poderia ficar superficial sem a visão jurisprudencial ou caso determinados assuntos fossem ignorados. Os temas aqui endereçados estão em constante debate nas cenas literárias e forense. Isso significa que, inevitavelmente, os precedentes e opiniões acima vistos poderão cambiar com agilidade. A intenção foi, apenas, oferecer um panorama relativamente atual das ideias que surgem ou podem surgir quanto se trata dos arts. 1º a 7º da lei das *organizações criminosas*. Espera-se que esse desiderato tenha sido atendido.

20. Referências bibliográficas

- ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração Premiada. O novo paradigma do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Mallet, 2016.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 23, nº 269, abril/2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Colaboração Premiada**. São Paulo: RT, 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Direito Penal, processo penal e colaboração premiada na lei 'anticrime'**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-06/direito-defesa-direito-penal-processo-penal-delacao-lei-anticrime> Acesso em 23 de janeiro de 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA, Leonardo Dantas. **Delação Premiada**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 62, out./dez. 2016.
- FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes – Negotiating an agreement without giving in**. 2ª Edição. Random House Business Books, 1991.
- FONSECA, C. B. G. et al. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, agosto/2015. Disponível em <<http://goo.gl/dknzMt>> Acesso em 12 de março de 2018.
- GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Lei nº 12.850/2013. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 9ª Edição. São Paulo: RT, 2006.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Delação não pode ser rescindida unilateralmente por capricho do Estado. **Consultor Jurídico**. 6 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://goo.gl/dD7MpJ>> Acesso em 19 de maio de 2018.
- MARQUES, Antonio Sergio Peixoto. A Colaboração Premiada: um braço da Justiça Penal Negociada. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 60, jun-jul/2014.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Colaboração Premiada**. São Paulo: RT, 2017.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei do crime organizado**. Lei nº 12.850/2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. **A colaboração premiada como legítimo instrumento de defesa na seara do Direito Penal Econômico**. 2016. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.
- PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada - Legitimidade e Procedimento - Aspectos Controvertidos do Instituto da Colaboração Premiada de Coautor de Delitos como Instrumento de Enfrentamento do Crime Organizado**. 3ª Edição. Curitiba: Juruá, 2016.
- PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 56, v. 10, 2013, p. 24-29, p. 25.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**. Florianópolis: EModara, 2018.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2017.
- VERÍSSIMO, Carla. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaulo Cruz. **Colaboração Premiada**. São Paulo: RT, 2017.

The *Francis Yearbook of Legal Sciences and Human Rights* is the result of a genuine desire to contribute to the academic world, with its first edition serving as a testimony to the legacy of Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto. This work, of an inter and transdisciplinary nature, gathers the collaboration of internationally renowned independent professionals from various fields of expertise and aims to provide a practical and pioneering approach through the promotion of respect and dialogue, reflecting the authentic essence of the academic environment and the inherent elegance of intellectual knowledge.

André Luis de Lima Maia Scientific Coordinator

Preface of Prof. Dr. Gilberto Giacoia

1. Alberto M. Binder (Argentina)
2. Alexandre Knopffholz (Brasil)
3. André Lamas Leite (Portugal)
4. André Luis de Lima Maia (Brasil)
5. Ángeles Doñate Sastre (Spain)
6. Catarina Santos Botelho (Portugal)
7. Cristiane de Souza Reis (Portugal)
8. Edmundo Oliveira (Brasil)
9. Estevam Peixoto Pelentir (Brasil)
10. Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
11. Felipe Frank (Brasil)
12. Fernanda Carrenho Valiati (Brasil)
13. Fernanda Gonsalves (Brasil)
14. Filipe Pinto (Portugal)
15. Gilberto Giacoia (Brasil)
16. Geremias Irassoque (Brasil)
17. Gemma Escapa García (Spain)
18. Gustavo Britta Scandelari (Brasil)
19. Guilherme de Oliveira Alonso (Brasil)
20. Inmaculada Cubillo Sainz (Spain)
21. Isabel Germán (Spain)
22. José Ignacio González Macchi (Paraguay)
23. José Luis de la Cuesta (Spain)
24. Juan Carlos de Pablo Otaola (Spain)
25. Julia Mezarobba Caetano Ferreira (Brasil)
26. Leonardo Valduga Reckziegel (Brasil)
27. Luis Eduardo Rey Vázquez (Argentina)
28. Manoel Caetano Ferreira Filho (Brasil)
29. Mariana Reis Barbosa (Portugal)
30. Matheus Prestes Cambuzzi (Brasil)
31. Maurício Daniel Monçons Zanotelli (Brasil)
32. Miguel Daladier Barros (Brasil)
33. Paulo Gomes de Lima Júnior (Brasil)
34. Rafael Isidorio Bombazaro (Brasil)
35. René Ariel Dotti (Brasil)
36. Ricardo Antônio Lucas Camargo (Brasil)
37. Rodrigo Chemim (Brasil)
38. Rogéria Fagundes Dotti (Brasil)
39. Ruy Muggiati (Brasil)
40. Susana Cuesta (Spain)
41. Valdir de Freitas Júnior (Brasil)
42. Valéria Prochmann (Brasil)



Francis
YEARBOOK

