

COLEÇÃO

**CARREIRAS  
POLICIAIS**

COORDENADORES  
EDUARDO FONTES  
HENRIQUE HOFFMANN

Adriano Sousa Costa  
Eduardo Fontes  
Henrique Hoffmann  
Márcio Alberto

# **PACOTE ANTICRIME**

Coordenadores  
Eduardo Fontes  
Henrique Hoffmann

**2020**

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## Capítulo 13

# Lei de Organização Criminosa

### 13.1. Cumprimento de pena

Lei 12.850/13	
Redação Anterior	Redação Atual (Lei 13.964/20)
-----	Art. 2º (...) § 8º <i>As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.</i>

O Pacote Anticrime modificou a Lei 12.850/13. O art. 2º da Lei de Combate às Organizações Criminosas ganhou mais dois parágrafos. O § 8º determina que as lideranças de organizações criminosas armadas - ou que tenham armas à disposição - deverão iniciar o cumprimento de pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

A terminologia “armas à disposição” indica que os membros de grupos criminosos, mesmo que não possuam armamento próprio, caso promovam a “locação” ou o “empréstimo” de tal material bélico, estão igualmente sujeitos a tal tratamento mais gravoso.

Por isso, a apreensão de tal material, na posse de integrantes da sociedade criminosa, acaba não sendo uma condição indispensável para se permitir a incidência de tal mecanismo, sendo suficiente fotografias ou vídeos de membros do grupo ostentando armas de fogo, por exemplo.

Analisando a alínea a, do § 1º, do art. 33 do Código Penal, é possível detectar que o estabelecimento penal de segurança máxima é característico do cumprimento de pena no regime fechado (cumpre-se pena em regime semiaberto em colônias agrícolas ou industriais e, em regime aberto, em casa de albergado):

Art. 33 (...)

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

Reforçando tal entendimento, no próprio Pacote Anticrime, nas alterações determinadas no art. 3º da Lei 11.671/08, nota-se a criação do “regime fechado de segurança máxima”, com as seguintes características:

a) recolhimento em cela individual;

b) visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 pessoas por vez, além de eventuais crianças, (na p. 98 foi defendido que as crianças estavam inclusas nesse número... verificar incongruência) separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações;

c) banho de sol de até 2 horas diárias; e

d) monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita.

Usando de outras palavras, o legislador findou impondo regime inicialmente fechado “de segurança máxima” ao condenado que for líder de organização criminosa armada ou que tenha arma à disposição, independente da quantidade de pena aplicada.

Sabe-se que o regime inicial será o fechado quando a pena privativa de liberdade aplicada (sendo ela de reclusão) for superior a 8 anos ou o condenado for reincidente (qualquer que seja o montante de pena imposta na sentença condenatória que reconhece a existência da agravante).

Outras tentativas do legislador de impor regime inicialmente fechado de cumprimento de pena independentemente da quantidade de pena

determinada na sentença foram refutadas pelo Supremo Tribunal Federal, em face da pecha da inconstitucionalidade (Lei 8.072/90, por exemplo). Eis julgado que sintetiza o quanto decidido pelo Pretório Excelso nos autos do HC 111.840/ES, relatado pelo Ministro Dias Toffoli:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste art. será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

Eis a tese fixada pelo Pretório Excelso em relação ao tema 972:

É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do Código Penal.

Importante que se diga que não há óbice à imposição de regime inicial fechado para o primário condenado a pena inferior a 8 anos. O que os Tribunais Superiores exigem é que exista fundamentação concreta justificando a necessidade da imposição de regime mais severo que o determinado pelo montante de pena aplicado.

Antevemos que o novel dispositivo deve ser intensamente combatido, pelas mesmas razões que levaram o Pretório Excelso a entender pela impossibilidade de fixação de regime inicialmente fechado ao condenado primário pela prática de crime hediondo (ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena).

### 13.2. Progressão de regime

<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
-----	<p>Art. 2º (...)</p> <p>§ 9º <i>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.</i></p>

O novel § 9º do art. 2º da Lei 12.850/13 também é extremamente polêmico. Ele veda a progressão de regime e a obtenção de livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo do condenado que integre organização criminosa.

O sistema adotado no Brasil para cumprimento de pena foi o progressivo (também chamado de inglês). O condenado inicia o cumprimento de pena no regime mais rigoroso e, com o passar do tempo e em face de bom comportamento, progride para regimes menos rigorosos (art. 33, § 2º, do Código Penal). A vedação de progressão de regime prisional foi reconhecida inconstitucional tanto pelo Supremo Tribunal Federal (desde

o HC 82.959/SP, passando pela edição da Súmula Vinculante 26), quanto pelo Superior Tribunal de Justiça – ofensa ao princípio da individualização da pena. Eis o quanto decidido pelo Pretório Excelso no bojo do citado remédio heroico:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Certamente o novel dispositivo será alvo de severas críticas e será centro de intensa discussão quanto a sua constitucionalidade.

Havia um caminho muito menos tortuoso para impedir a progressão de regime para aquele que continua consorciado à organização criminosa: bastava que o legislador reconhecesse prática de falta grave em face dessa constatação. Ora, a falta grave interrompe o prazo para obtenção da progressão de regime e isso já seria freio para a benesse.

Anotamos que, na linha defendida nessa obra, quando há marco disruptivo da agremiação criminosa (para nós representado pela prisão do integrante da organização criminosa), caso o detido insista em se manter no agrupamento, estará ele novamente praticando o crime permanente de participação em organização criminosa, tipificado no art. 2º da Lei 12.850/13.

Essa nova prática delitiva constitui falta grave (art. 52 da LEP) capaz de obstar a progressão de regime, em face da interrupção do prazo para obtenção do benefício. Talvez essa seja uma alternativa (mais viável, no nosso sentir) para impedir a progressão de regime daquele que continua a se vincular à organização criminosa.

### 13.3. Colaboração premiada

<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
-----	<p><i>Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>§ 1º A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado.</i></p> <p><i>§ 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.</i></p> <p><i>§ 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.</i></p> <p><i>§ 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.</i></p> <p><i>§ 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.</i></p>

<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
-----	<p>§ 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.</p> <p>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.</p> <p>§ 1º Nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 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 comprovação.</p>

### **Negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova**

O Pacote Anticrime inseriu na Lei 12.850/13 o art. 3º-A, deixando clara a natureza dúplice do acordo de colaboração premiada: trata-se de negócio jurídico processual e de meio de obtenção de prova simultaneamente.

A despeito de posições em contrário, o reconhecimento do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual não desautoriza sua propositura pelo Delegado de polícia, tal como já decidiu o Supremo



Tribunal Federal<sup>1</sup>. Em verdade, esse instrumento só se torna processual, de fato, quando homologado pelo juiz.

Há que se compreender que o rótulo de “negócio jurídico processual” autoriza ambas as partes a fomentarem, proporem, negociarem, acordarem e distratarem tal tipo de avença. Compreender tal instituto como negócio jurídico é fundamental para se evitar a intelecção equivocada de que o legislador limitou a provocação de tal acordo somente a uma das partes, qual seja “o colaborador”.

Por exemplo, uma leitura desatenta do art. 3º-B, § 5º, e do art. 3º-C, § 4º, do presente diploma legal, poderia conduzir a esse equívoco hermenêutico, pois transparece-se a ideia de que só o colaborador poderia dar o pontapé inicial a tal procedimento, devendo o Estado ficar em um posição inercial.

A nosso ver, as partes são livres para provocarem o interesse do outro no firmamento do negócio jurídico em tela. Se não fosse assim, a terminologia “voluntariedade” não poderia estar sendo utilizada pelo legislador ao longo da lei, mas, sim, “espontaneidade”, vez que esta é a que demanda o surgimento não-provocado da ideia na cabeça do colaborador.

## **Disponibilidade da ação penal no contexto dos dilemas da ação coletiva**

Para os defensores da teoria da racionalidade, o que caracteriza a ação humana estratégica é a capacidade de fazer cálculos de possíveis vantagens e de desvantagens de suas opções e, no limite do possível, escolher a melhor estratégia disponível (cálculo de utilidade esperada). O problema é que, na maioria das vezes, o somatório dos interesses egoísticos dos indivíduos conduz a um resultado coletivo catastrófico. A isso se chama, na literatura especializada, de dilema da ação coletiva.

---

1. Entendimento esposado na ADI 5508, julgada em 20 de junho de 2018: a formulação de proposta de colaboração premiada pela autoridade policial como meio de obtenção de prova não interfere na atribuição constitucional do Ministério Público de ser titular da ação penal e de decidir sobre o oferecimento da denúncia. Os ministros destacaram que, mesmo que o delegado de polícia proponha ao colaborador a redução da pena ou o perdão judicial, a concretização desses benefícios ocorre apenas judicialmente, pois se trata de pronunciamentos privativos do Poder Judiciário.

Enfim, parece que o legislador brasileiro acabou se inspirando na construção do instituto da colaboração premiada nessa ideia. É perceptível que a Lei 12.850/2013 busca uma competição entre os colaboradores, sendo que o estímulo a produzir elementos de forma mais célere acaba sendo fundamental para destruir a estrutura “coletiva” do grupo.

Por exemplo, quando o art. 4º, § 4º, inciso II, indica que o primeiro a prestar efetiva colaboração terá direito a pactuar de forma mais abrangente (inclusive em face da não oferta da peça inicial), isso certamente será levado em consideração no cálculo de utilidade esperada feito por cada um dos hipotéticos colaboradores, impulsionando-lhes a uma busca mais rápida por elementos.

Fato é que essa corrida desenfreada por benefícios individuais mais elásticos pode resultar em um catastrófico efeito “coletivo” para o grupo. Não negamos que esse é um exemplo muito próximo do dilema do prisioneiro,<sup>2</sup> o qual foi muito bem utilizado pelo legislador brasileiro no sentido de criar um mecanismo racional de implosão do cimento estrutural que une os membros da *societatis sceleris*.

## Vinculação do magistrado à proposta

Não está o magistrado atado aos termos do pacto, até porque ele exerce múltiplos fluxos frente o acordo. Quando da homologação da proposta, o juiz pode promover a adequação dos benefícios pactuados frente aos resultados desejados (nos termos do art. 4º, § 7º, inciso II e III), bem como, na prolação da sentença, deliberará sobre a eficácia da colaboração (art. 4º, § 1º). Em semelhante sentido, citamos:

---

2. A grosso modo, o dilema do prisioneiro, **em sua forma original**, pode ser representado no seguinte exemplo: dois suspeitos são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para condena-los, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se o prisioneiro confessar e testemunhar contra o outro - e esse outro permanecer em silêncio - o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condenar, ambos, a 6 meses de cadeia. Se ambos traírem o comparsa, cada um é condenado a 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber sobre a decisão do outro e nenhum deles tem certeza sobre a decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: como os prisioneiros vão reagir? Por incrível que pareça, o resultado encontrado nos Estados Unidos é que a maioria confessa e delata o comparsa, o que leva ao resultado coletivo pior para ambos. Essa incapacidade de colaborar é a premissa básica para demonstrar que as pessoas tem dificuldade de colaborar em prol de um resultado coletivo melhor.

Ao Poder Judiciário, com exclusividade, compete, nos termos do § 1º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, para fins de concessão de vantagens, levar em conta a personalidade do delator, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Os benefícios que tenham sido ajustados não obrigam o órgão julgador, devendo ser reconhecida, na cláusula que os retrata, inspiração, presente a eficácia da delação no esclarecimento da prática delituosa, para o juiz atuar, mantendo a higidez desse instituto que, na quadra atual, tem-se mostrado importantíssimo. Longe fica o julgador de estar atrelado à dicção do Ministério Público, como se concentrasse a arte de proceder na persecução criminal, na titularidade da ação penal e, também, o julgamento, embora parte nessa mesma ação penal. A norma legal prevê que, na prolação da sentença, serão estipulados os benefícios. ADI 5.508/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20/06/2018. Informativo nº 907).

## **Marco de confidencialidade e levantamento do sigilo**

O art. 3º-B também foi enxertado na Lei 12.850/13 e regulamenta o momento inicial das negociações travadas entre o Estado (representado pelo delegado de polícia ou pelo Ministério Público) e o membro de organização criminosa assistido por seu advogado.

A proposta para formalização do acordo constitui marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação das tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

A Lei 12.850/13 determinava, em sua redação original, que o sigilo da colaboração premiada era levantado com o recebimento da denúncia, mas o Supremo Tribunal Federal tem precedentes determinando o levantamento do sigilo logo depois da homologação do acordo. Como se verá alhures, o Pacote Anticrime vedou o levantamento do sigilo, ainda que por decisão judicial, antes do recebimento da exordial acusatória.

## **Inexistência de direito líquido e certo à pactuação**

O Supremo Tribunal Federal decidiu, nos autos do MS 35693, que o integrante de organização criminosa não tem direito líquido e certo à materialização de acordo de colaboração premiada e isso foi confirmado pelo legislador no § 1º do novo art. 3º-B da Lei 12.850/13.

## **Indeferimento sumário da proposta e nova tentativa de pactuação**

Se não houver indeferimento sumário da proposta de acordo, as partes firmarão Termo de Confidencialidade (delegado de polícia ou Ministério Público, membro da organização criminosa e seu advogado ou defensor público) para prosseguimento das tratativas e esse termo vinculará os órgãos envolvidos na negociação, impedindo indeferimento posterior sem justa causa (em respeito ao princípio da boa-fé).

Anote-se que o legislador não proibiu que, no caso de indeferimento sumário da proposta por um dos legitimados estatais (art. 3º-B, § 2), o interessado em colaborar busque outro órgão com o fito de materializar tal acordo. Ao revés, também nos parece possível que o órgão estatal decida propor a outro integrante da organização criminosa a colaboração. São possibilidades que resultam na natureza jurídica negocial do acordo de colaboração premiada.

Exemplificamos: caso o Ministério Público não se interesse por acordo proposto por membro de consórcio criminoso, nada impede que este procure o delegado de polícia que preside as investigações, lançando proposta idêntica. Se o acordo firmado seguir o quanto determinado pela lei, o único caminho a ser trilhado é o da homologação da avença, sem que se possa falar em nulidade.

Ademais, o firmamento do termo de confidencialidade para o prosseguimento das tratativas vincula os órgãos envolvidos na negociação impedindo o indeferimento posterior, sem justa causa, da proposta (art. 3º-B, § 2)

## **Possibilidade de transigir sobre a representação acerca de medidas cautelares**

O legislador deixou claro que é perfeitamente possível que as partes transacionem acerca da não representação (ou requerimento) de medidas cautelares (prisão cautelar ou de medida assecuratória de sequestro, por exemplo) - § 3º, do art. 3º-B, da Lei 12.850/13.

Esse mecanismo é importante, pois garante que o equilíbrio alcançado por meio do começo das tratativas não seja rompido pela “obrigação”

dos órgãos estatais produzirem, oficiosamente, elementos probatórios. Na teoria dos jogos, poderia se encaixar tal ditame de equilíbrio de John Forbes Nash Jr. A grosso modo, se as condições iniciais forem mantidas, a intenção inicial também o será. Por isso, se uma medida probatória ou mesmo prisional for executada no curso das tratativas ou da execução da colaboração premiada, tal novel conjuntura criada pode fazer retroceder o intento inicial do colaborador em trazer elementos em prol da persecução penal.

Por isso, trata-se de opção legislativa razoável, vez que há expectativa de que o colaborador traga voluntariamente elementos probantes e, eventualmente, recupere valores obtidos com as práticas delitivas da organização criminosa, o que tornaria despicienda qualquer medida invasiva contra o oblato-colaborador.

A colaboração, para ser efetiva, pode demandar instrução, na forma do § 4º do art. 3º-B. Nesse ato de instrução prévia, pode ser essencial indicar a possibilidade de não se propor medidas desse jaez.

## **Retratação e rescisão**

Se a “rescisão” se der antes da proposta ser aceita e a não celebração do acordo se der por iniciativa dos órgãos estatais, há que se aplicar o mandamento do art. 3º-B, § 6º, da referida lei, a qual impõe que o Estado “não poderá se valer de nenhuma das informações ou provas apresentadas pelo colaborador, de boa-fé, para qualquer outra finalidade”. Aqui, a impossibilidade de uso dos elementos é peremptória.

Ao revés, fato é que se o pacto não for concretizado por ato do próprio colaborador (antes ou depois da proposta aceita), há que se fazer incidir o disposto no art. 4º, § 10, da referida lei, o qual disciplina que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”. Note que, nesse caso, há possibilidade de se utilizar dos elementos, desde que se confira algum tipo de valoração positiva de tais elementos em favor do até então colaborador.

É importante sobrelevar que o novel § 17º do art. 4º da Lei 12.850/13 permite rescisão do acordo de colaboração caso o colaborador omita dolosamente fatos objeto da colaboração. O § 18 do art. 4º da Lei 12.850/13, também incluído pelo Pacote Anticrime, traz outra hipótese de rescisão do acordo – caso o colaborador não cesse o envolvimento em conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração. Em ambos os casos, as provas poderiam ser de alguma forma utilizadas, porquanto o distrato teria se dado por ato ilícito do próprio colaborador. Enfim, veremos melhor sobre essas possibilidades nos tópicos próprios.

### **Necessidade de procuração**

Nos termos do novel art. 3º-C, a proposta de colaboração premiada reclama outorga, pelo suposto membro de organização criminosa, de procuração com poderes específicos (tanto para o advogado, quanto para o defensor público). Todas as negociações, aliás, precisam ser realizadas com a presença da defesa técnica do futuro colaborador.

### **Conflito de interesses e hipossuficiência**

Se for detectado conflito de interesses entre o advogado e o colaborador (caso aquele defenda os interesses de mais de um investigado ou réu, por exemplo) ou de hipossuficiência, o delegado de polícia ou membro do Ministério Público deverá solicitar a presença de outro advogado ou participação da Defensoria Pública (Art. 3º-C, § 2º).

A nosso ver, a hipossuficiência do réu pode ser de dois tipos: a) hipossuficiência de defesa técnica; b) hipossuficiência econômica. A hipossuficiência técnica estaria presente quando um pretendo colaborar se fizesse acompanhado por advogado que não detivesse condições técnicas mínimas para acompanhar o desenrolar de tal negócio jurídico processual. Nesse caso, surgem duas possibilidades: solicitar a presença de um outro advogado ou, alternativamente, buscar a participação de um defensor público. Já a hipossuficiência econômica estaria presente quando o colaborador não tivesse condições de contratar um advogado, o que sugere a necessidade de participação de um defensor público.

## Confissão necessária e raio apuratório

O primeiro passo para início das negociações é o pretense colaborador admitir ser membro da organização criminosa investigada e, daí, narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. Nesse caso, pouco importa se o colaborador figura como autor ou como partícipe das referidas infrações penais, porquanto o legislador utilizou a expressão “narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu” (Art. 3º-C, § 2º).

Não será obrigatória/necessária a confissão de infrações penais absolutamente alheias às investigadas no bojo do feito, contudo, caso o investigado não admita, de logo, fatos criminosos já conhecidos e apurados ou crimes conexos, isso pode ser interpretado como quebra da boa-fé exigida ao prosseguimento das negociações, justificando indeferimento da avença ou mesmo retratação da colaboração.

O que chamamos de raio apuratório de incidência da colaboração é, então, todas essas infrações penais narradas pelo colaborador. Sem a correta delimitação desse raio, não há que se incidir tais benefícios a crimes não informados na colaboração premiada.

O colaborador deve instruir a proposta de colaboração com todos os elementos probantes necessários à corroboração de suas alegações. Isso é extremamente importante, considerando que não é possível condenação de réus com base exclusivamente nas declarações do colaborador.

<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
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:	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:

<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
<p>(...)</p> <p>§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:</p> <p>(...)</p> <p>§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.</p> <p>§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou <i>adequá-la ao caso concreto</i>.</p> <p>(...)</p> <p>§ 13. <i>Sempre que possível</i>, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações</p> <p>(...)</p> <p>§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.</p>	<p>(...)</p> <p>§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste art., o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia <i>se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento</i> e o colaborador:</p> <p>(...)</p> <p>§ 4º-A. <i>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.</i></p> <p>(...)</p> <p>§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º deste art., serão remetidos ao juiz, para análise, o respectivo termo, as declarações do colaborador e cópia da investigação, <i>devendo o juiz ouvir sigilosamente o colaborador</i>, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará os seguintes aspectos na homologação: I - regularidade e legalidade;</p>



<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
	<p><i>II - adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste art., 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 art.;</i></p> <p><i>III - adequação dos resultados da colaboração aos resultados mínimos exigidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput deste art.;</i></p> <p><i>IV - voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares.</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>§ 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 art. ou já tiver sido proferida sentença.</i></p>

<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
	<p>§ 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória.</p> <p>§ 8º O juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias.</p> <p>(...)</p> <p>§ 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.</p> <p>(...)</p> <p>§ 13. O registro das tratativas e dos atos de colaboração deverá ser feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se a disponibilização de cópia do material ao colaborador.</p> <p>(...)</p> <p>§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:</p> <p><i>I - medidas cautelares reais ou pessoais;</i></p> <p><i>II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;</i></p> <p><i>III - sentença condenatória.</i></p>

<b>Lei 12.850/13</b>	
<b>Redação Anterior</b>	<b>Redação Atual (Lei 13.964/20)</b>
<p>Art. 5º São direitos do colaborador: (...) VI – cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.</p> <p>Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. (...) § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.</p>	<p>§ 17. O acordo homologado poderá ser rescindido em caso de omissão dolosa sobre os fatos objeto da colaboração.</p> <p>§ 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.</p> <p>Art. 5º São direitos do colaborador: (...) VI – cumprir pena <i>ou prisão cautelar</i> em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.</p> <p>Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. (...) § 3º O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia <i>ou da queixa-crime</i>, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese.</p>

## **Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**

O § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13 foi alterado. Foi acrescentado novo requisito para o abrandamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública (o dispositivo permite que o Ministério Público deixe de oferecer denúncia em face do colaborador).

Agora, além dos requisitos presentes nos incisos I (não ser o colaborador o líder da organização criminosa) e II (ter sido o colaborador o primeiro a prestar efetiva colaboração) do § 4º, será preciso que a proposta

de acordo de colaboração se refira a infração cuja existência não se tenha prévio conhecimento (será preciso, destarte, que o colaborador, para não ser denunciado, leve ao conhecimento das autoridades infração penal que sequer seja conhecida pelos órgãos de persecução penal).

O § 4º-A explicita o que significa conhecimento prévio da infração (interpretação autêntica): “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”.

Note que, no que tange ao requisito do inciso II, é importante sobrelevar que não importa saber quem foi o primeiro a firmar o acordo de colaborador premiada, mas, sim, quem foi aquele a cumprir os termos da colaboração (prestar efetiva colaboração).

### **Juiz das garantias como fiscal do pacto de colaboração premiada**

O § 7º do art. 4º da Lei 12.850/13 tem nova redação. Antes do Pacote Anticrime, o juiz devia analisar, para homologação do acordo de colaboração premiada a regularidade, a legalidade e a voluntariedade da avença. Os requisitos reclamados pela lei para homologação do acordo foram ampliados.

Em síntese, no inciso I, o legislador manteve a mesma fórmula de análise da regularidade (aspecto processual) e da legalidade (aspecto material) do pacto. No que tange ao inciso II, antes dele, a adequação dos benefícios no caso concreto dependia muito mais do bom senso do magistrado do que efetivamente de um imperativo legal. Não era incomum que os acordos desnaturassem a vontade do legislador frente aos regimes de cumprimento de pena, esquecendo-se de que o critério de fixação do regime se dá com base na pena aplicada (ou a na existência ou não da agravante da reincidência). Ora, era preciso se evitar que tais critérios para fixação do regime não fossem tão facilmente flexibilizados nesses negócios jurídicos processuais, sob pena de perda de padrões históricos. O inciso III institui um requisito de adequação do acordo de colaboração premiada, o que evita a falta de proporcionalidade entre o que está sendo prometido (como prova) e o seu real impacto (resultado) na persecução

penal. Por fim, o inciso IV manteve a fórmula de análise da voluntariedade, a qual já estava presente na redação original. Fato é que, nesses casos, optou o legislador por pedir maior zelo do magistrado nos casos em que os réus estejam (ou tenham estado) manietados por quaisquer cautelares (probatórias, pessoais e assecuratórias). Fato é que esse temor se justifica pela maior fragilidade do colaborador, quando foi ele alvo de alguma ação ostensiva pretérita. Lógico que, quando a implementação das medidas cautelares sequer chega ao conhecimento do investigado (a exemplo da interceptação telefônica), tal cuidado é desnecessário.

Não será possível oferta de benesse que viole o regime inicial de cumprimento de pena determinado segundo os parâmetros delimitados pelo art. 33 do Código Penal (uma cláusula que proponha que o colaborador inicie o cumprimento de pena no regime semiaberto, mesmo se a pena aplicada pelo magistrado for superior a 8 anos, por exemplo). Não é possível, de igual sorte, cláusula que viole as regras de cada um dos regimes de cumprimento de pena previstos no Código Penal e na LEP ou os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º do art. 4º da Lei 12.850/13 (o mandamento legal só autoriza alteração nos requisitos objetivos da progressão, em avença firmada depois da sentença).

O novel § 7º-A do art. 4º da Lei 12.850/13 determina que o juiz proceda à análise fundamentada do mérito da denúncia, do perdão judicial e das primeiras etapas da aplicação de pena antes de conceder os benefícios pactuados.

## **Homologação da colaboração premiada**

Inicialmente, é importante salientar, inclusive, que não pode haver cláusula que impeça a impugnação da decisão homologatória do acordo (ela é nula de pleno direito), nos termos do § 7º-B do art. 4º da Lei 12.850/13.

Se a proposta não atender aos requisitos legais, o juiz deve recusar a homologação e remeter a mesma às partes, para as adequações necessárias (a redação anterior do dispositivo permitia ao juiz, de ofício, proceder às adequações que entendesse necessárias – a alteração foi oportuna, para

garantir a inércia do magistrado e, conseqüentemente sua imparcialidade), nos termos do § 8º do art. 4º da Lei 12.850/13.

### **Momento de se pronunciar do réu delatado**

O novel § 10-A do art. 4º da Lei 12.850/13 traduz adequação da legislação ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 157.627 (julgado pela 2ª Turma) e HC 166.373 (julgado pelo Plenário), ambos relatados pelo Ministro Edson Fachin (que restou vencido nas duas oportunidades). Em síntese, o Pretório Excelso decidiu que os réus delatados têm o direito de apresentar memoriais escritos (alegações finais) depois dos seus delatores (colaboradores premiados). O dispositivo citado garantiu ao réu delatado a oportunidade de se manifestar após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou em todas as fases do processo.

### **Gravação dos atos de colaboração**

O § 13 do art. 4º da Lei 12.850/13 tem nova redação. O registro das tratativas e dos atos de colaboração agora deve ser obrigatoriamente feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, garantindo-se disponibilização de cópia do material ao colaborador (antes a Lei 12.850/13 afirmava que a gravação das tratativas e da colaboração por sistema audiovisual devia ser materializada “sempre que possível” e não era outorgada cópia das gravações ao colaborador). Em boa hora a alteração.

Esse novo dispositivo acaba se confrontando com trecho relevante do art. 18 do presente diploma legal, o qual preconiza que “filmagem de colaborador, sem sua prévia autorização por escritor” é crime. Por que se deve buscar autorização prévia e por escrito de um colaborador se a filmagem de seus atos de colaboração é, agora, obrigatória? Enfim, a nosso ver, há que se levar em conta em consideração a presente conduta criminosa frente ao atributo da antinormatividade, o qual impõe que se afaste o injusto penal quando a mesma conduta é fomentada e proibida pelo direito.