



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 87.277/2016-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

[Ação direta de inconstitucionalidade. art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas). Legitimidade de delegados de polícia para acordos de colaboração premiada. Ofensa ao sistema acusatório e à moralidade. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para transacionar em ação penal.]

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição da República, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, em face do **art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**, nos trechos adiante identificados, a qual define organizações criminosas e dispõe sobre investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimento penal.

Esta petição se acompanha de cópia do ato impugnado (art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

1. OBJETO DA AÇÃO

Os trechos impugnados da lei, no que se refere à colaboração premiada (também conhecida como delação premiada¹) como meio para investigação de organizações criminosas e também como técnica de defesa dos interesses do investigado ou réu, seguem em destaque:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 ([...]) 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.

¹ Adverte ANDREY BORGES DE MENDONÇA, com razão, que o termo “delação premiada” não é adequado, seja porque embute carga negativa apriorística (e preconceituosa, por parte de alguns) contra o instituto, seja porque, principalmente, a colaboração premiada não necessariamente envolve produção de provas de corréu ou investigado contra os demais agentes (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). *Custos legis*. Vol. 4, 2013, p. 2, disponível em < <http://zip.net/bssXpK> > ou < <http://www.-prj.mpf.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view> >). acesso em 25 fev. 2016).

§ 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 ([...]) 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*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I – não for o líder da organização criminosa;

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 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, 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.

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

§ 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.

§ 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. Sempre que possível, 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.

§ 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 sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Os trechos impugnados da lei, ao atribuírem a delegados de polícia iniciativa de acordos de colaboração premiada, contrariam o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV),² o princípio da moralidade (art. 37, *caput*),³ o princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (art. 129, I),⁴ a exclusividade do exercício de

² “Art. 5º. [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”.

³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 1998) [...]”.

⁴ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]”.

funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (art. 129, § 2º, primeira parte)⁵ e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente os §§ 1º e 4º).⁶

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas) tratou com minúcia do instituto da colaboração premiada, também impropriamente conhecido como “delação premiada”.⁷ Esse instrumento processual já era previsto, de forma

⁵ “§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

⁶ “§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. [...]”.

⁷ A Lei 12.850/2013, conquanto não tenha revogado a Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), tratou com muito mais detalhe, em aspectos procedimentais, da colaboração premiada. Por isso, passou a ser considerada a disciplina jurídica geral da colaboração premiada. Segundo LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, “a Lei 9.807/1999 deixou de ser norma geral, abrindo-se espaço para a Lei 12.850/2013 ser o novo paradigma procedimental para a realização de delações premiadas”.

embrionária e assistemática, em outras normas (como a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990,⁸ a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995,⁹ a Lei 9.613, de 3 de março de 1998,¹⁰ a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999,¹¹ e a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002).¹²

É ele referido como instrumento relevante no combate à delinquência pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (a *United Nations Convention against*

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPodivm. 2015, p. 222.

⁸ A Lei 8.072/1990 é a chamada Lei dos Crimes Hediondos. Seu art. 8º, parágrafo único, formalmente ainda em vigor, prevê: “Parágrafo único. 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.”

⁹ A Lei 9.034/1995 era a anterior normatização sobre organizações criminosas. Dispunha sobre o tema: “Art. 6º 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”.

¹⁰ A Lei 9.613/1998 é a Lei sobre Lavagem de Bens. Originalmente, previa no art. 1º: “§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

Posteriormente, o parágrafo sofreu alteração e passou a dispor: “§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”.

¹¹ A Lei 9.807/1999 é a Lei de Proteção a Testemunhas. Seu art. 13 estabelece: “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

Transnational Organized Crime, conhecida pela sigla em inglês, UN-TOC, e como Convenção de Palermo), promulgada no Brasil pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, no artigo 26.¹³ Há previsão análoga no art. 37 (1 a 3), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (a *United Nations Convention against Corruption*, conhecida pela sigla em inglês, UNCAC, e como Convenção de

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

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

¹² A Lei 10.409/2002 era a anterior Lei Antidrogas e tratava do tema apenas nos §§ 2º e 3º do art. 32:

“§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

§ 3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 ([...]) a 2/3 ([...]), justificando a sua decisão.”

A Lei 10.409/2002 foi revogada pela Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, a atual Lei Antidrogas, que toca superficialmente no tema no art. 41, até por mencionar de forma atécnica a figura processualmente irrelevante do “indiciado”: “Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

¹³ “Artigo 26

Medidas para intensificar a cooperação com
as autoridades competentes para a aplicação da lei

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente

i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados;

Mérida), promulgada no Brasil pelo Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.¹⁴

Aspecto radicalmente equivocado da Lei 12.850/2013, que resulta em ofensa à Constituição, ao disciplinar a colaboração premiada como meio para investigação de organizações criminosas, consiste em conferir a delegados de polícia atribuições no uso desse instrumento. No art. 4º, §§ 2º e 6º, a Lei de Organizações

ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados;

iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar;

b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime.

2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um argüido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

4. A proteção destas pessoas será assegurada nos termos do Artigo 24 da presente Convenção.

5. Quando uma das pessoas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontre num Estado Parte e possa prestar uma cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes em questão poderão considerar a celebração de acordos, em conformidade com o seu direito interno, relativos à eventual concessão, pelo outro Estado Parte, do tratamento descrito nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.”

¹⁴ “Artigo 37

Cooperação com autoridades do sistema de justiça

1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para encorajar as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos tipificados de acordo com esta Convenção a fornecer às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e a fornecer ajuda factual e específica que possa contribuir para privar criminosos do produto do delito, assim como para recuperar esse produto.

2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, mitigação de pena de pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou à persecução dos delitos tipificados de acordo com esta Convenção.

Criminosas autoriza esses servidores policiais a celebrar acordos de colaboração premiada e a “representar” por concessão de perdão judicial a colaborador, considerada a relevância da colaboração.

Esses dispositivos devem ser considerados inconstitucionais, por violarem o devido processo legal, tanto no aspecto instrumental quanto no substantivo (CR, art. 5º, LIV) e o sistema acusatório, assim como por negarem a titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público e por atribuírem função do MP a pessoas estranhas à carreira (CR, art. 129, I e § 2º).

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO, PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSECUÇÃO PENAL E ILEGITIMIDADE DE DELEGADOS DE POLÍCIA

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo em face da plena titularidade da persecução penal atribuída ao Ministério Público, normas inferiores que, por motivos corporativos, supostamente pragmáticos e resquícios da cultura jurídica pré-1988, cometem à polícia criminal funções amiúde desbordantes de sua missão precípua de investigar infrações penais na fase pré-processual (como decorrência de seu tratamento constitucional no art. 144).¹⁵ A destinação de investigações policiais é, principalmente,

3. Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, concessão de imunidade judicial à pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou na persecução dos delitos tipificados de acordo com esta Convenção. [...]”.

A tradução acima não utilizou a tradução adotada no Decreto 5.687/2006, porque contém numerosos erros graves. No art. 37(1), por exemplo, usou o verbo “restabelecer” para os termos “*encourage*”, em inglês, ou “*alentar*”, em espanhol, constantes das versões oficiais da UNCAC nestas línguas; usou “qualificados” para “tipificados”, em espanhol, sabido que “crime qualificado” tem significado próprio no Direito Penal brasileiro. No art. 37(2) e (3), a tradução oficial brasileira comete o erro grosseiro de traduzir “*prosecution*” (inglês) ou “*enjuiciamiento*” (espanhol) como “indiciamento”.

¹⁵ As dissonâncias entre a legislação infraconstitucional pré-1988 e o sistema acusatório desenhado pela atual Constituição da República são abordadas

subsidiar a atuação do Ministério Público. Segundo LUIGI FERRAJOLI, em todos os setores dos ordenamentos jurídicos complexos, existe tensão derivada das antinomias entre os princípios de nível normativo superior e as normas e práticas de nível inferior, já que princípios são marcados por certo déficit de efetividade, enquanto normas, por correspondente grau de invalidez ou ilegitimidade.¹⁶

Como lembra J. J. GOMES CANOTILHO, normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (interpretação da constituição conforme as leis – *gesetzkonforme Verfassungsinterpretation*).¹⁷ O verdadeiro autor da ideia, WALTER LEISNER, alerta para o risco de “interpretação da Constituição segundo a lei”.¹⁸ O intérprete e aplicador do direito deve fazer as leis e demais normas infraconstitucionais adaptarem-se ao ordenamento constitucional, não este àquelas, a fim de não conferir à Constituição caráter demasiadamente aberto, a ser preenchido a seu talante pelo legislador ordinário, e de não se chegar a interpretações constitucionais inconstitucionais.

Normas processuais penais infraconstitucionais é que precisam ser examinadas quanto a sua compatibilidade com a Constituição, notadamente em relação à eficácia do binômio **princípio**

em diversas partes de importante estudo da Juíza Federal DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA (*A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruência no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005).

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 27. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.106.

¹⁸ LEISNER, Walter. “Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung”, inicialmente publicado no *Juristenzeitung* de 1964, p. 201-205, agora reproduzido in: _____. *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 276-289 (p. 281).

acusatório – titularidade do Ministério Público na persecução penal, não o contrário.¹⁹

Esta análise parte do art. 129, I e VIII, da Constituição, que cometeu ao Ministério Público titularidade da persecução penal. Com isso, o constituinte desenhou claramente um processo penal de índole acusatória, em que a imparcialidade do juiz avulta e se ressalta a competência das partes para produzir prova de suas alegações.²⁰

Por esse modelo – ainda que o Brasil não tenha adotado, segundo compreensão majoritária, sistema acusatório puro – comete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia, ou arquivamento.²¹ Isso não exclui nem diminui o importante trabalho da

¹⁹ DIAULAS COSTA RIBEIRO, não sem razão, critica a doutrina e a jurisprudência brasileiras que amiúde interpretam a ordem constitucional de 1988 à luz de parâmetros antigos e diz que ela “sofre de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259).

²⁰ Lembra FERRAJOLI que as características essenciais desse sistema são a rígida separação entre juiz e acusação, a igualdade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do juízo. Ao reverso, seriam típicos do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz no âmbito probatório, a desigualdade de poder entre acusação e defesa e o caráter estrito e secreto da instrução. (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, obra citada na nota 16, p. 563).

²¹ Esse papel é corriqueiro em diversos sistemas jurídicos, até de forma mais explícita e intensa do que no Brasil, como observa DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA: “A participação ativa do promotor de justiça na fase investigatória é verificada na maioria dos países do mundo. Nos Estados Unidos, a polícia não tem poder de efetuar buscas ou expedir notificações senão mediante autorização judicial obtida por intermédio do promotor de justiça. Na França, a tarefa investigativa realizada pela polícia é dirigida pelo Ministério Público, a quem são comunicadas as prisões para averiguações, que duram vinte e quatro horas, prorrogáveis por autorização escrita do promotor. Na Itália, os agentes policiais exercem suas atribuições de polícia judiciária sob a direção da magistratura requerente (o Ministério

polícia criminal nem implica atribuir ao MP a “presidência” de inquérito policial (função que o Ministério Público nunca pleiteou e de que não necessita para exercer suas funções constitucionais).

Investigação policial criminal deve fazer-se em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia firmadas pelo MP, pois é a este que tocará decidir sobre propositura da ação penal e acompanhar todas as vicissitudes dela, até final julgamento. Com razão, assinalou o Ministro CELSO DE MELLO, que a “formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia”.²² Bem o diz MARCELO POLASTRI LIMA: sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom andamento das investigações.²³

Em decisão recente, assinalou o Ministro TEORI ZAVASCKI o papel do Ministério Público em dirigir a investigação criminal, referindo-se a casos em trâmite na Suprema Corte do País:

[...] instaurado o inquérito, não cabe ao Supremo Tribunal Federal interferir na formação da *opinio delicti*. É de sua atri-

Público italiano). Na Espanha, o Ministério Público dirige e promove os trabalhos investigatórios, para os quais conta com auxílio da polícia, que lhe é subordinada. Em Portugal, a polícia judiciária é órgão auxiliar do Ministério Público. Também na Alemanha o Ministério Público dirige e fiscaliza a polícia de investigação.” SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruência no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 87.

²² STF. 1ª Turma. *Habeas corpus* 68.242. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 6 nov. 1990, unânime. *Diário da Justiça*, 15 mar. 1991, p. 2.648.

²³ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

buição, na fase investigatória, controlar a legitimidade dos atos e procedimentos de coleta de provas, autorizando ou não as medidas persecutórias submetidas à reserva de jurisdição, como, por exemplo, as que importam restrição a certos direitos constitucionais fundamentais, como o da inviolabilidade de moradia (CF, art. 5º, XI) e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII). Todavia, o modo como se desdobra a investigação e o juízo sobre a conveniência, a oportunidade ou a necessidade de diligências tendentes à convicção acusatória são atribuições exclusivas do Procurador-Geral da República (Inq 2913-AgR, Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Tribunal Pleno, *DJe* de 21-6-2012), mesmo porque o Ministério Público, na condição de titular da ação penal, é o verdadeiro destinatário das diligências executadas (Rcl 17649 MC, Min. CELSO DE MELLO, *DJe* de 30/5/2014).²⁴

O princípio acusatório decorre não somente do art. 129, I e VIII, da CR, mas também, como lembra POLASTRI LIMA, de outros princípios processuais inseridos na Constituição de 1988, como o da ampla defesa, que abrange o contraditório (art. 5º, LV), e o do juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126).

BRUNO CALABRICH destaca como característica do modelo acusatório a possibilidade de os sujeitos processuais participarem ativamente da produção das provas que entendam cabíveis, para demonstrar a procedência de suas pretensões e a improcedência das adversas. Aponta como componentes do sistema acusatório os seguintes princípios: a) imparcialidade do juiz; b) contraditório; c) ampla defesa; d) igualdade de partes; e) publicidade dos atos; f) oralidade.²⁵

O modelo de processo decorrente do princípio acusatório determinado pela Constituição é o que se chama de “processo pe-

²⁴ STF. Plenário. Petição 5.260/DF. Rel.: Min. TEORI ZAVASCKI. 6. mar. 2015, decisão monocrática. *DJe* 46, 11 mar. 2015.

²⁵ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 7, p. 39-40 (Coleção Temas Fundamentais de Direito).

nal de partes”, em que o protagonismo é destas (acusação e defesa); cabe ao juiz dirigir o procedimento e decidir as questões relevantes. Por isso mesmo, órgão que não seja parte não pode interferir na relação processual, muito menos para dispor sobre as pretensões em contraposição.

Surge aí outro obstáculo constitucional à validade dos dispositivos atacados. Ao admitir proposta de quem não é parte, a lei reforça papel inquisitorial do juiz e lhe retira isenção, o que repercute sobre o devido processo previsto na Constituição. Este implica direito a juiz imparcial e, para tanto, impõe o princípio da inércia (*ne procedat judex ex officio*), como garantia fundamental dos cidadãos. Prejudica-se, de forma grave, o direito de defesa, porquanto o juiz acabará tendo de intervir em negociação feita sem provocação do titular da ação penal ou, pior, contra a posição deste. Esse risco aos direitos fundamentais a própria Lei 12.850/2013 quis afastar em outra parte, ao vedar participação de juiz nos acordos (art. 4º, § 6º), conquanto haja, de forma incoerente, criado risco similar, ao permitir que magistrado judicial leve adiante ajuste de que o titular da ação penal não tenha participado e, pior, contra o qual se tenha posicionado. Juiz inquisidor é figura não aceita pela Constituição da República, como o declarou o Supremo Tribunal Federal no tocante à antiga Lei do Crime Organizado, a citada Lei 9.034/1995, na ADI 1.570/DF.²⁶

Em obra específica sobre o processo penal acusatório, DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA apontou a importância da imparcialidade como garantia dos cidadãos, diretamente associada à titularidade exclusiva da persecução penal por parte do Ministério Público:

²⁶ STF. Plenário. ADI 1.570/DF. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 12 fev. 2004, maioria. DJ, 22 out. 2004, p. 4; RDDP, n. 24, 2005, p. 137-146; *Revista trimestral de jurisprudência*, vol. 192(3), p. 838.

O princípio da imparcialidade do julgador representa uma das facetas da garantia do juiz natural, sendo assegurado constitucionalmente pela impossibilidade de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) e pela competência previamente fixada em lei (art. 5º, LIII). O postulado pode ser tido como norteador do processo penal bem antes da vigência da atual Carta. Inegável, entretanto, que ganhou, tal qual os demais, novos contornos, em especial por força das outras garantias constitucionais do réu – incluindo os princípios do juiz natural e da proibição dos tribunais de exceção –, às quais está necessariamente relacionado, assim também pela reserva, ao Ministério Público, da promoção da ação penal pública, em caráter exclusivo (a privatividade a que alude a redação constitucional nada mais representa que o resguardo da ação penal privada subsidiária). Sob o aspecto subjetivo, é ainda preservada a imparcialidade pelas regras de suspeição e impedimento contidas no Código de Processo Penal (arts. 252 e seguintes).²⁷

No Direito Comparado, igualmente já se detectou essa afronta aos direitos fundamentais. Ao analisar o sistema de transação penal na Alemanha e na Itália, MAIKE FROMMANN anotou que, para diferentes estudiosos, a contradição entre papéis conflitantes atribuídos ao juiz tem potencial para comprometer-lhe a imparcialidade. Por isso, é crucial que uma lei sobre transação (e o mesmo vale para a colaboração premiada) não confira ao juiz função de se envolver em negociações com defesa e acusação.²⁸

No que tange à figura do autor, aponta GERALDO PRADO as seguintes características do modelo acusatório: a) o direito de ação e o de defesa voltam-se a produzir decisão judicial em caso con-

²⁷ SILVA, *A atuação do juiz no processo penal acusatório*, ob. cit. na nota 15, p. 80-81.

²⁸ No original: “[...] Scholars have convincingly pointed out that the contradiction between the conflicting roles that the judge is expected to assume was likely to compromise the judge’s independence. Therefore, it is crucial that a Law on Agreements does not confer upon the judge the right to engage in plea negotiations and agreements with the defense counsel and the prosecutor.” FROMMANN, Maïke. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges? *Hanse Law Review*, vol. 5, n. 1. p. 218.

creto; b) o direito de ação é exercitado por pessoa ou órgão distinto do incumbido de julgar; c) o autor não se limita a iniciar o processo, pois deseja ver reconhecida sua pretensão; d) o modelo inclui o direito de provar os fatos e debater as questões de direito relevantes; e) a acusação integra o direito de ação e delimita o objeto da contenda; f) legitima o autor a preparar-se adequadamente para propor a ação, pois, como afeta o *status dignitatis* do acusado, deve fundar-se em justa causa.²⁹

Titularidade da acusação implica atribuir os ônus da imputação e da prova ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como acertadamente pondera FERRAJOLI.³⁰ Por conseguinte, é lógica e teleologicamente inevitável que a direção da investigação caiba a quem tem esse ônus, pois é seu interesse e seu dever fazer prova da acusação. Diversamente do acusador e do defensor privados (cuja prioridade é o interesse do cliente ou assistido), o compromisso primário do Ministério Público é com a defesa da ordem jurídica (Constituição, art. 127, *caput*),³¹ razão pela qual recebe do constituinte e do legislador certas prerrogativas, destinadas a permitir-lhe exercer também a função de garante de

²⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 119.

³⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 16, p. 564.

³¹ DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA ressalta-o com precisão: “[...] Mas não se pode enquadrá-lo [o Ministério Público] como parte no estrito sentido de interessado em uma determinada atuação da vontade concreta da lei. É titular do direito de agir, subordinando-se, como parte, às regras de procedimento, porém não perde, em sua atuação penal, o destino de fiscal da lei, sobretudo quanto à observância do devido processo legal na sua aceitação mais ampla. Seu interesse de agir é de ordem pública, logo, genérico, razão pela qual pode vir a pedir a absolvição do réu no decorrer do processo, recorrer em seu favor, impetrar *habeas corpus* ou mandado de segurança para proteger-lhe direito líquido e certo. E nem mesmo a obrigatoriedade da propositura da ação penal mantém-se incólume, haja vista a mitigação sofrida em relação às contravenções e aos crimes de pequeno potencial ofensivo.” SILVA, *A atuação do juiz no processo penal acusatório*, ob. cit. na nota 15, p. 84-85.

direitos sociais e individuais indisponíveis, como reconhece FERRAJOLI, ao analisar, entre outras, a Constituição do Brasil.³²

O Supremo Tribunal Federal, tendo em conta a titularidade privativa da ação penal pública atribuída ao Ministério Público e a adoção do sistema acusatório no modelo de persecução penal brasileiro, tem declarado inconstitucionais leis ou atos normativos que exorbitem os limites da atuação do organismo policial e do juiz na persecução penal, por violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. Importante precedente nessa direção foi o da ação direta de inconstitucionalidade 5.104/DF, assim resumido:

RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97.
2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.
3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa

³² FERRAJOLI, Luigi. Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA Eduardo (orgs.). *Garantismo penal integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-15.

mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica.

4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório.

5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*.³³

Julgado do Pleno do STF, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, assentou que o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária à oferta de denúncia.³⁴ Em outro precedente, o Ministro RAFAEL MAYER notou: “é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia”.³⁵ Também pela titularidade da persecução penal e pela missão constitucional de dirigi-la, pode o Ministério Público **requisitar** (ou seja, fixar-lhes caráter obrigatório) diligências preliminares em inquérito policial para, uma vez concluídas,

³³ STF. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.104/DF. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. 21/5/2014, maioria. *DJ eletrônico* 213, 30 out. 2014.

³⁴ STF. Plenário. Questão de ordem no inquérito 1.604/AL. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 13/11/2002, un. *DJ*, seção 1, 13 dez. 2002, p. 60.

³⁵ STF. Primeira Turma. Recurso em *habeas corpus* 61.110/RJ. Rel.: Min. RAFAEL MAYER, 5/8/1983, un. *DJ*, 26 ago. 1983, p. 12714.

decidir por oferecer denúncia, por prosseguir na investigação ou por arquivá-la.³⁶

Com base nessas premissas normativas e jurisprudenciais, não se podem admitir institutos que retirem protagonismo processual das partes, como fazia, por exemplo, o antigo art. 531 do Código de Processo Penal (CPP). Este permitia, no caso de contravenções, início de processo por auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida por delegado de polícia ou juiz, até mesmo de ofício, com óbvia agressão à imparcialidade judicial.

O art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013, ao atribuir a delegados de polícia legitimidade para negociar termos do acordo de colaboração premiada com o acusado e seu defensor e para propor diretamente a juiz concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, excede a função institucional da polícia de investigação criminal (amiúde denominada impropriamente de “polícia judiciária”).³⁷ Esta, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente §§ 1º e 4º), deve atuar **para o** processo penal, não **no** processo penal. Esses dispositivos legais subtraem a titularidade da persecução penal ao Ministério Público, pois conferem a organismo estranho às partes processuais prerrogativa de negociar cláusulas de acordo de colaboração, cujo escopo inclui não propositura

³⁶ STF. Segunda Turma. RHC 58.849/SC. Rel.: Min. MOREIRA ALVES, 12/5/1981, un. DJ, 22 jun. 1981; RTJ, v. 103, n. 3, p. 979.

³⁷ BRUNO CALABRICH lembra que a função de polícia judiciária consiste na prática de atos de apoio material ao Poder Judiciário (como a segurança de atos processuais, por exemplo), mas não se confunde, em absoluto, com a função de investigar crimes, conquanto ambas possam ser realizadas pelo mesmo órgão, em algumas circunstâncias (cf. CALABRICH, FISCHER & PELELLA, *Garantismo penal integral*, obra citada na nota 25, p. 134 e seguintes). DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA usa também a denominação “polícia de investigação” e observa sobre a expressão “polícia judiciária”: “[...] A bem da verdade, esta última denota as raízes inquisitoriais ainda presentes em nosso sistema, no qual a polícia ainda é adjetivada pelo Poder Judiciário, e não pelo Ministério Público, instituição do Estado a quem mais diretamente está a serviço, no exercício de sua capital função: a preparação da ação penal.” SILVA, *A atuação do juiz no processo penal acusatório*, ob. cit. na nota 15, p. 94, nota 129.

de ação penal, diferimento da propositura de ação penal, proposta de perdão judicial e modulação de penas, em flexão evidente do *jus perseguendi in judicio*, que a Constituição comete privativamente ao Ministério Público, quando pública a ação penal. Com isso, ferem igualmente a exclusividade de exercício de função do MP a pessoas estranhas à carreira (CR, art. 129, I e § 2º).

O perdão judicial, por exemplo, como assinala VLADIMIR ARAS, constitui “causa extintiva da punibilidade que só pode ser reconhecida pelo juiz após a propositura da ação penal, na fase da absolvição sumária ou por ocasião da sentença de mérito, o que naturalmente faz ver a estranheza de admitir-se a intervenção de uma não-parte no processo penal, em potencial dissonância com o autor da ação penal (*dominus litis*)”.³⁸ A hipótese de delegado de polícia celebrar acordo de colaboração que inclua cláusula de não oferecimento de denúncia revela **usurpação frontal da atribuição privativa do Ministério Público** de promover – e, pois, de não promover – a ação penal pública, com o que fere o art. 129, I e § 2º.

As atribuições concedidas pela lei impugnada a delegados de polícia na colaboração premiada ofendem o princípio acusatório tanto na sua feição processual substantiva quanto na sua expressão material. Acertadamente, aponta-o EUGÊNIO PACELLI:

[...] a função de *titularidade da ação penal pública* é privativa do Ministério Público. E não porque queiramos, mas por expressa determinação constitucional (art. 129, I, CF).

E por ação penal há que se entender a iniciativa da persecução penal em juízo. Nesse contexto, tanto o oferecimento de denúncia quanto o requerimento de arquivamento do inquérito policial constituem regular exercício da titulari-

³⁸ ARAS, Vladimir. *Sobre a capacidade de negociar e propor acordos de colaboração premiada em juízo*. Disponível em < <http://zip.net/brsXgX> > ou < <https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/05/12/sobre-a-capacidade-de-negociar-e-propor-acordos-de-colaboracao-premiada-em-juizo> >; acesso em 25 fev. 2016.

dade da ação penal e, de modo mais amplo, da persecução penal *em juízo*.

Também outras providências não relacionadas diretamente com a acusação em juízo são privativas do Ministério Público, precisamente por se inserirem no contexto da respectiva modalidade de persecução penal, tal como ocorre em relação à titularidade para a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95) e [a] *transação penal* (art. 76, Lei 9.099/95).

E nem poderia ser de outro modo, na medida em que a única instituição pública no Brasil com *legitimidade ativa* para a persecução penal em juízo é o Ministério Público. No que toca às ações penais públicas, evidentemente. [...].

Eis então que se chega ao art. 4º, § 2º e § 4º, da Lei 12.850/13, que elege o Delegado de Polícia como autoridade com *capacidade postulatória* e com *legitimação ativa* para firmar acordos de colaboração, a serem homologados por *sentença* pelo juiz.

Nada temos e nada poderíamos ter (quem sabe apenas em um passado longínquo e sombrio...) contra a autoridade e contra a importância do Delegado de Polícia na estrutura da investigação. Ainda que se modifique o quadro nacional, com a instituição, por exemplo, de Juizados de Instrução, sob a presidência de um juiz nas investigações, a corporação policial deverá seguir se guiando por uma hierarquia administrativa, no comando de suas funções.

Todavia, o que a citada legislação pretende fazer é de manifesta e evidente inconstitucionalidade.

E isso por uma razão muito simples: a Constituição da República comete à polícia, inquinada de judiciária, *funções* exclusivamente *investigatórias* (art. 144, § 1º, IV, e § 4º). E, mais, remete e comete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica (art. 127) e a promoção privativa da ação penal (art. 129, I).

Ora, a atribuição privativa da ação penal pública significa a titularidade acerca do juízo de valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Não se trata, evidentemente, e apenas, da simples capacidade para agir, no sentido de poder ajuizar ação penal, mas, muito além, decidir acerca do caráter criminoso do fato e da viabilidade de sua persecução em juízo (exame das condições da ação penal).

Em uma palavra: é o Ministério Público e somente ele a parte ativa no processo penal de natureza pública (ações públicas).

E o que fez a Lei 12.850/13?

Dispôs que o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, *com a manifestação* do Ministério Público, poderá representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador (art. 4º, § 2º)!!! Naturalmente, o mesmo dispositivo defere semelhante capacidade e legitimidade *também* ao Ministério Público! O desatino não poderia ir tão longe...

Não bastasse, e para deixar claro que não parariam aí tais capacidades e faculdades *tipicamente processuais* (ainda que na fase de investigação), afirma que “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 entre o *parquet*, o investigado e o defensor (art. 4º, § 6º)!!!

Ou seja, a citada legislação parece elevar a autoridade policial à condição de parte, chegando a dispor, no art. 4º, § 10, que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatorias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

Antes de se apontar a indubitosa invalidade constitucional dos termos legais antes mencionados, caberia indagar: o que significaria a manifestação do Ministério Público, nos casos em que o acordo de colaboração venha a ser firmado pelo delegado de polícia?? E se o *parquet* discordar?? Ainda assim poderia o delegado fechar o acordo?

Curiosamente, o citado art. 4º, § 2º, prevê a aplicação, no que couber, do art. 28 do CPP, que, como se sabe, trata da hipótese em que o juiz discorda do requerimento de arquivamento do Ministério Público e o submete ao órgão de revisão da instituição. O que afinal quereria dizer tal remissão??

Acaso seria que, na hipótese de discordância do Ministério Público com o acordo proposto pelo delegado de polícia, os autos deveriam ser submetidos ao controle de revisão na própria instituição ministerial? Se essa foi a intenção legislativa, seria ainda mais bizarra a solução, a estabelecer um conflito de atribuições entre o *parquet* e a autoridade policial. E mais. Nesse caso, a lei deveria se referir à aplicação por analogia do art. 28, CPP, e não apenas *no que couber* como consta do texto, já que não se sabe onde caberia referida aplicação.

Assim, temos por absolutamente inconstitucional a instituição de capacidade postulatória e de legitimação ativa do delegado de polícia para encerrar qualquer modalidade de persecução penal,

e, menos ainda, para dar ensejo à redução ou substituição de pena e à extinção da punibilidade pelo cumprimento do acordo de colaboração.

Se o sistema processual penal brasileiro sequer admite que a autoridade policial determine o *arquivamento* de inquérito policial, como seria possível admitir, agora, a capacidade de atuação da referida autoridade para o fim de:

- a) *Extinguir a persecução penal* em relação a determinado agente, sem a consequente legitimação para promover a responsabilidade penal dos demais (delatados), na medida em que cabe apenas ao *parquet* o oferecimento da denúncia;
- b) Viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, *condicionando previamente a sentença judicial*;
- c) Promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial.

Não se há de aceitar mesmo a legitimação ativa declinada na Lei 12.850/13, também por que:

- a) O acordo de colaboração premiada tem inegável natureza processual, a ser homologado por decisão judicial, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa para o processo judicial;
- b) o fato de poder ser realizado antes do processo propriamente dito, isto é, antes do oferecimento da acusação, não descaracteriza sua natureza processual, na medida em que a decisão judicial sobre o acordo está vinculada e também vincula a sentença definitiva, quando condenatória;
- c) A condição de parte processual está vinculada à capacidade e à titularidade para defesa dos interesses objeto do processo. É dizer, a legitimação ativa está condicionada à possibilidade da ampla tutela dos interesses atribuídos ao titular processual, o que, evidentemente, não é o caso do delegado de polícia, que não pode oferecer denúncia e nem propor suspensão condicional do processo;
- d) O acordo de colaboração, tendo previsão em lei e não na Constituição da República, não poderia e não pode impedir o regular exercício da ação penal pública pelo Ministério Público, independentemente de qualquer ajuste feito pelo delegado de polícia e o réu;

e) Para a propositura do acordo de colaboração é necessário um juízo prévio acerca da valoração jurídico-penal dos fatos, bem como das respectivas responsabilidades penais, o que, como se sabe, constitui prerrogativa do Ministério Público, segundo o disposto no art. 129, I, CF.

f) A eficácia do acordo de colaboração está vinculada, não só aos resultados úteis previstos em lei, mas também à sentença condenatória contra o colaborador, o que dependerá de ação penal proposta pelo Ministério Público.

Por todas essas considerações, não nos parece aceitável a possibilidade de propositura e de formalização de acordo de colaboração pelo delegado de polícia, não se podendo aceitar, então, que o juiz decida por homologação um ajuste com tais características.³⁹

No sentido da ilegitimidade conferida pela Lei 12.850/2013 a delegados de polícia para celebrar acordo de delação premiada também se manifestaram PAULO CÉSAR BUSATO,⁴⁰ RENATO BRASILEIRO DE LIMA,⁴¹ EDUARDO ARAÚJO DA SILVA,⁴² AFRÂNIO SILVA JARDIM,⁴³ VLADIMIR ARAS,⁴⁴ RODRIGO DE GRANDIS,⁴⁵ CLÉBER MASSON e

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Atualizações sobre a Lei 12.850/2013. Disponível em: < <http://zip.net/bnspWh> > ou < <http://eugeniopacelli.com.br/atualiza-coes/curso-de-processo-penal-17a-edicao> >. Acesso em: 26 fev. 2016.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122-124.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 542-544.

⁴² SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60-62.

⁴³ JARDIM, Afrânio Silva. Poder Judiciário não deve ser refém de acordos de delação premiada do MP. *Consultor jurídico*, disponível em < <http://zip.net/bssXtt> > ou < <http://www.conjur.com.br/2015-out-18/afraio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada> >; acesso em 22 abr. 2016.

⁴⁴ ARAS, Vladimir. *Sobre a capacidade de negociar e propor acordos de colaboração premiada em juízo*. Texto referido na nota 38.

⁴⁵ GRANDIS, Rodrigo de. *A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em: < <http://zip.net/bpsqs0> > ou < <http://jota.info/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada> >. Acesso em: 22 abr. 2016.

VINÍCIOS MARÇAL,⁴⁶ entre outros. Não se pretende com isso brandir argumento de autoridade ou de maioria numérica, mas apenas destacar o vasto consenso doutrinário acerca da grave e inconstitucional atecnia nas normas atacadas.

Violação ao princípio acusatório sob a perspectiva processual decorre do fato de o legislador ordinário não haver delimitado, adequadamente, a função investigativa cometida à polícia criminal (dita “judiciária” – CR, art. 144, § 1º, IV, e § 4º),⁴⁷ investindo, inconstitucionalmente, delegados de polícia na condição de parte processual, com poderes de dispor da própria ação penal e de modular penas (domínios que sempre passaram ao largo da atividade policial), como se estivessem legitimados a transacionar em torno da pena. Observa, a esse respeito, EDIMAR CARMO DA SILVA:

[...] o princípio acusatório emerge não apenas da distinção entre os órgãos de acusação e de julgamento, mas, essencialmente, das distintas funções a eles delineadas constitucionalmente, torna possível concluir que toda norma infraconstitucional que tenha como consequência/efeito a possibilidade de o órgão julgador adotar postura ativa/unilateral em desfavor da pessoa suspeita/indiciada/acusada, como na hipótese de restrição oficiosa da liberdade e na iniciativa probatória, fatalmente incorrerá na eiva de inconstitucionalidade ante a afronta/violação do mencionado princípio. Para mais, tais práticas atentam, ainda, contra a propagada exigência de imparcialidade do órgão julgador, da ampla defesa e do contraditório, além de

⁴⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. São Paulo: Método, 2015, p. 91-94 e 110-115.

⁴⁷ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...].

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...].

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

negar vigência à relevante função de garante dos direitos fundamentais.

Nessa compreensão, pode-se conceber, pois, o devido processo legal material/substantivo como fórmula de contenção de regras abusivas e arbitrárias inseridas no plano legislativo ordinário, atuando, desse modo, como norma mantenedora da coerência dos atos legislativos infraconstitucionais pertinentes à persecução penal. [...].

Tendo o princípio acusatório a nota distintiva de (de)limitar as funções públicas do julgador e do acusador na persecução penal, significa dizer que serve de parâmetro normativo para eliminar do sistema jurídico a legislação infraconstitucional que macule ou perturbe o regular exercício desses órgãos. Ganha, pois, nítido aspecto material do devido processo legal, enquanto limitador de arbítrios do legislador ordinário.⁴⁸

EDUARDO ARAÚJO DA SILVA adverte para a incongruência que o modelo legal poderia gerar, no que se refere a acordo celebrado por delegado contrariamente à posição do Ministério Público:

Aliás, se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia e o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do *jus puniendi* estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo. Em caso semelhante, quando da discussão sobre a possibilidade de acordo entre o acusado e o juiz para fins de suspensão condicional do procedimento *ex-offício* (art. 89 da Lei nº 9.099/95), a jurisprudência dos Tribunais Superiores pacificou-se no sentido da impossibilidade de outro órgão dispor da ação penal pública.⁴⁹

Delegado de polícia não é parte processual, e o acordo, ainda que formalizado na fase de inquérito policial, pode ter reflexos no

⁴⁸ SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 69-71.

⁴⁹ Referência do texto na nota 42.

exercício da ação penal ou em benefícios penais a serem reconhecidos na ação penal, a qual a autoridade policial não integra, por não ser parte. Ao assim considerá-lo, violou a Lei 12.850/2013 o núcleo essencial do princípio acusatório, sob perspectiva processual e material.

2.3 LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

A legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada é privativa do Ministério Público, tendo em conta que desse instrumento de investigação criminal pode resultar mitigação da regra de indisponibilidade relativa da persecução penal. Esta decorre da titularidade da ação penal pública outorgada ao Ministério Público (CR, art. 129, I), que lhe dá a posição processual conhecida como *dominus litis*. A esse respeito observa MIRABETE:

O Ministério Público é o titular, privativo, da ação penal pública, afastada a possibilidade de iniciativa e, portanto, de disponibilidade por parte do juiz (art. 129, I, da Constituição Federal). Não podendo, portanto, a lei, e muito menos uma interpretação extensiva dela, retirar-lhe o direito de pedir a prestação jurisdicional quando entende que deva exercê-la. Consagrado pela Constituição Federal o sistema acusatório, onde existe separação orgânica entre o órgão acusador e o órgão julgador, não pode um usurpar a atribuição ou competência do outro. Por consequência, ao titular do *ius perseguendi* pertence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade.⁵⁰

Exceções à obrigatoriedade da ação penal pública, decorrentes de regras como as do art. 29 do CPP e do art. 129, I, da CR,

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juízados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 153.

por envolverem institutos despenalizadores (como a suspensão condicional do processo e a transação penal), somente podem ser propostas pelo Ministério Público, como se vê, por exemplo, do precedente a seguir:

Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal.

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, PERTENCE, *RTJ* 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I).

2. Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público.⁵¹

Transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada são manifestações da chamada *justiça penal negociada* (ou *justiça penal consensual*, *justiça penal pactuada* ou *direito penal premial*), os quais têm em comum a circunstância de envolver graus e formas distintas de disposição da pretensão punitiva. Como na suspensão condicional do processo e na transação penal – e isso já se pacificou na doutrina e na jurisprudência –, **apenas o Ministério Público, titular constitucional da persecução criminal**, pode transigir, nos termos e limites da lei, em torno daquela pretensão. O Supremo Tribunal Federal chegou a consolidar seu entendimento nesse tema na súmula 696 de sua jurisprudência dominante, reafirmando que apenas o Ministério Público pode propor *sursis* processual.⁵² A polícia – a despeito, repita-se,

⁵¹ STF. Primeira Turma. RE 468.161/GO. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 14/3/2006, un. *DJ*, 31 mar. 2006.

da importância de sua função – não tem essa competência, pela singela razão de não ser titular do direito em causa.

Conquanto a colaboração premiada já estivesse prevista em diplomas normativos anteriores à Lei 12.850/2013, a legislação até então apenas cuidava do instituto em seu aspecto material e dispunha sobre benefícios de direito penal premial, em maior ou menor escala. A Lei 12.850/2013 cuidou do regramento geral do instituto em seus aspectos processuais e procedimentais. A colaboração premiada passou a assumir conteúdo misto, com consequências de direito material e processual.

Para LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, a colaboração premiada, do ponto de vista material e processual, é:

PONTO DE VISTA MATERIAL

- a) em todas as situações, uma **causa de diminuição de pena**, e sempre na escala de 1/3 a 2/3, exceto com relação ao Crime Organizado, [em] que vai de 2/3, sem parâmetro mínimo pré-fixado (muito embora, como veremos, entendamos pela aplicação do piso mínimo de 1/3 também às Organizações Criminosas, em diálogo das fontes com as demais legislações sobre o tema). Observação: No caso de Organizações criminosas[,] se a colaboração ocorrer após o trânsito em julgado de sentença condenatória, a causa de diminuição será de até 1/2 (metade);
- b) **causa extintiva da punibilidade** na lei geral (art. 13, Lei 9.807); lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º, Lei 9.613); crime organizado (art. 4º, Lei 12.850) e no acordo de leniência, em se tratando de crimes contra a ordem econômica (art. 87, Lei 12.529/11);
- c) **causa de fixação do regime inicial aberto ou semia-aberto** na lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º, Lei 9.613);
- d) **causa de substituição da pena privativa de liberdade** na lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º, Lei 9.613) e no crime organizado;

⁵² “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

e) no crime organizado, também **causa de progressão de regime** (art. 4º, § 5º, Lei 12.850);

f) no crime organizado, **causa de improcessabilidade** (hipótese de arquivamento das investigações sem o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público – art. 4º, § 4º, da Lei 12.850).

PONTO DE VISTA FORMAL

Do ponto de vista **processual**, a celebração do “acordo de colaboração premiada” em si não é direito subjetivo do acusado, pois o Ministério Público deve verificar a “adequação da colaboração àquele caso concreto, à luz da estratégia investigativa e da persecução penal (sem olvidar da própria repercussão do fato criminoso e sua gravidade). [...] Em suma, o Ministério Público não é obrigado a celebrar o acordo.”⁵³

Pelo aspecto processual, colaboração premiada ainda poderá implicar suspensão, por no máximo doze meses (seis meses prorrogáveis por igual período), do prazo para oferecimento de denúncia ou do processo, com suspensão do fluxo prescricional (art. 4º, § 3º, da Lei 12.850/2013).

É clara, do ponto de vista material, a natureza jurídica da colaboração premiada como instituto despenalizador e, por isso, de propositura exclusiva do Ministério Público, na qualidade de *dominus litis*, ou seja, de titular da ação penal pública.

O legislador não pode dispor da ação penal pública para atribuir a quem não seja seu titular exclusivo a possibilidade de mitigar-lhe a obrigatoriedade, sob pena de violação ao princípio acusatório e às funções do Ministério Público (art. 129, I e § 2º, primeira parte, da Constituição), ao devido processo legal e à própria natureza das coisas. Somente pode transacionar sobre algum direito quem detenha autorização normativa para dele dispor.

⁵³ GOMES & SILVA, *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*, ob. cit. na nota 7, p. 214-215. Sem destaques no original.

Como o MP é o destinatário precípua dos elementos produzidos durante o inquérito policial,⁵⁴ é a ele que compete, na condição de dirigente da persecução penal nessa fase, avaliar a utilidade das informações obtidas do colaborador. Daí o art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013 estabelecer que a colaboração premiada será levada à análise do juiz “a requerimento das partes”, e só o Ministério Público é parte no processo criminal em contraposição ao acusado.

Por isso, não possui delegado de polícia legitimidade para propor nem para formalizar acordo de colaboração premiada, até mesmo porque, caso o MP discorde de seus termos, poderá processar o colaborador sem levar em conta as vantagens oferecidas pelo delegado.

2.4 INDISPENSABILIDADE DE CONCORDÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Delegados de polícia, conquanto não detenham legitimidade para, de maneira independente, formalizar acordos de colaboração premiada, possuem relevante papel a desempenhar nessa técnica especial de investigação criminal,⁵⁵ assim como outros órgãos públicos incumbidos, em diferentes graus e por distintas formas, de investigar ilícitos (comissões parlamentares de inquérito [CPIs], o fisco, tribunais de contas, controladorias, Banco Central do Brasil, órgãos ambientais etc.).

⁵⁴ STF. Segunda Turma. HC 94.173/BA. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 27/10/2009, un. *DJe* 223, 27 nov. 2009.

⁵⁵ VLADIMIR ARAS, segundo a Recomendação (2005) 10, do Conselho da Europa (COE) denomina a colaboração premiada como técnica especial de investigação (TEI), ao lado de infiltração de agentes, ação controlada e entrega vigiada. ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 507-508.

O art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013, embora preveja manifestação do Ministério Público em acordos de colaboração premiada formalizados entre delegado de polícia, o acusado e seu defensor, não atribuiu caráter vinculativo àquela manifestação. Novamente têm razão LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA:

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, no dia 30 de outubro de 2012, quando da análise do projeto que culminou na lei em comento (Lei 12.850/13), em Relatório do Deputado Federal VIEIRA CUNHA, relatou a substituição da expressão “concordância” por “manifestação do Ministério Público” no § 2º do art. 4º da Lei 12.850/13, que trata do perdão judicial ao colaborador, sob o fundamento de que “o papel de concordar ou não cabe ao Magistrado.

A argumentação utilizada pela Comissão é falha, pois deve sim haver concordância pelo membro do Ministério Público com os termos do acordo celebrado entre autoridade policial e colaborador, e não um mero parecer sem caráter vinculativo do *Parquet*. Aliás, o Ministério Público é o titular da ação penal, e por tal motivo sua manifestação pela concordância ou não do acordo vincula o juiz.

De todo modo, resta evidente que o legislador pretendeu tornar não vinculante a “manifestação” do Ministério Público sobre o acordo, o que seria incompatível com a ordem constitucional.⁵⁶

Interpretação autêntica dos dispositivos, que não atribui caráter vinculativo à manifestação do MP no acordo de colaboração formalizado por delegado de polícia, deve ceder à interpretação que os harmonize com a Constituição. É regra básica de hermenêutica que a vontade objetiva da lei deve prevalecer sobre a intenção do legislador.⁵⁷ A validade constitucional dos preceitos que admitem participação de delegado de polícia na formulação de

⁵⁶ GOMES & SILVA, *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*, ob. cit. na nota 7, p. 300-301. Sem destaques no original.

⁵⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23-25.

acordo de colaboração premiada depende de concordância e participação do Ministério Público em todas as fases do processo de negociação. Caso ocorra qualquer divergência entre delegado e membro do MP em relação ao acordo ou a seus termos, a posição do Ministério Público terá natureza vinculativa, por ser este o órgão constitucionalmente responsável por deduzir em juízo o direito em causa.

Não há vinculação absoluta do juiz, é certo, pois este pode negar homologação ao acordo se constatar ofensa à lei, conquanto não deva apreciar aspectos discricionários da negociação entre as partes, por força do princípio do juiz natural, do dever de imparcialidade e da regra do art. 4º, § 6º, da lei.

Parte minoritária da doutrina reconhece, equivocadamente, a possibilidade de delegado de polícia formalizar acordo de colaboração premiada, desde que validado pelo Ministério Público, a quem compete requerer ao juiz a aplicação dos benefícios da negociação. Propõem interpretações como estas:

[...] sempre que o delegado de polícia realizar o acordo de colaboração premiada sem a presença do Ministério Público[,] deverá fazer a remessa do acordo por intermédio do juiz ao Promotor de Justiça, para que este ratifique o acordo, levando-o *a posteriori* para homologação judicial, ou retifique algum dos seus termos. Nesse último caso (retificação) deverá ter a presença do pretense colaborador e seu defensor para realizar nova assinatura, pois tal modificação poderá trazer-lhes implicações desfavoráveis.⁵⁸

[...] Caso o promotor de justiça não concorde com o acordo de colaboração premiada proposto pelo delegado de polícia, o juiz deverá aplicar a regra prevista no art. 28 do Código de Processo Penal – § 2º do art. 4º da Lei 12.850/13. Será daí, o Procurador-Geral de Justiça quem decidirá sobre o ajuste ou não com o investigado e sua defesa técnica, desta-

⁵⁸ GOMES & SILVA, *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*, ob. cit. na nota 7, p. 301-302.

cando-se, vez mais, o caráter acusatório do processo penal brasileiro.⁵⁹

[...] Embora temerária ausência de prévio contato com o colaborador e seu defensor, nada impede que, concordando com os termos do acordo, o representante do órgão responsável pelo *jus perseguendi em juditio* ratifique a proposta formulada pela autoridade policial.⁶⁰

Esses modelos, embora procurem preservar a qualidade de parte do Ministério Público, dado que ela falta à polícia, não possuem compatibilidade com a Constituição. Não é aceitável que delegado de polícia planeje dispor sobre a pretensão punitiva sem a presença e a concordância do Ministério Público.⁶¹ Não faz sentido delegado de polícia formular proposta que afete a pretensão punitiva e utilize juiz como mensageiro, para a enviar à análise do Ministério Público. O mecanismo do art. 28 do CPP dirige-se à discordância entre *juiz* e *membro do Ministério Público*, não entre este e delegado de polícia, que, apesar da importância da função policial, não está no mesmo patamar funcional e orgânico dos juizes, para acionar aquela sistemática legal em face de recusa do MP. Em outras palavras, a Constituição e as leis *não dão* a delegados de polícia prerrogativa *judicial* de acionar o mecanismo de revisão interna de decisões do Ministério Público.

Como acertadamente expõe EUGÊNIO PACELLI, “ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for possível aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à manifestação favorável do Ministério Pú-

⁵⁹ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. *Crime organizado e a Lei 12.850/13*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 48-49.

⁶⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/13*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60-62.

⁶¹ AFRÂNIO SILVA JARDIM observa: “Em nosso sistema constitucional, apenas o Ministério Público é o titular do direito de ação penal pública, motivo pelo qual o Delegado de Polícia não pode, isoladamente, fazer o acordo de cooperação premiada com o indiciado, dispondo do exercício da ação ou do próprio direito penal material.” (referência do texto na nota 43).

blico, caso em que o acordo, naturalmente, teria como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia”.⁶²

Ante o relevante papel da polícia na investigação criminal, é natural que em muitas situações esta tenha condição privilegiada de analisar provas, confrontá-las com a versão do investigado e sinalizar-lhe cenários processuais desfavoráveis. É indispensável, contudo, que a negociação e a formalização do acordo tenham, desde o início, a presença do membro do Ministério Público, por todas as razões já expostas.

Delegado de polícia não pode negociar acordo de colaboração premiada pela simples e incontornável razão de que não é nem pode ser parte em ação penal. Apenas as partes detêm pretensões passíveis de apreciação judicial. Como o acordo de colaboração gera efeitos sobre a pretensão punitiva, órgão que não a exerce (a polícia) não pode sobre ela dispor.

Basta lembrar, aliás, que o acordo de colaboração premiada pode ocorrer ***após a sentença*** (art. 4º, § 5º, da lei). Por acaso se admitiria que, concluída a prestação jurisdicional de primeiro grau, delegado de polícia interviesse no processo para peticionar a juiz ou tribunal, em favor de acordo firmado pela polícia, contra a posição processual do Ministério Público? Aceitar-se-ia delegado recorrer de decisão judicial que negasse sua proposta? A resposta negativa parece impor-se sem dificuldade a ambas as indagações, ante a falta de sentido desse cenário e o tumulto processual que causaria.

Tudo isso, repita-se, em nada diminui a importância do trabalho das polícias criminais, as quais são essenciais, nas democracias, à proteção da sociedade e do estado. As razões aqui apontadas apenas buscam compatibilizar a Lei das Organizações

⁶² OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*, Atualizações sobre a Lei 12.850/2013, ob. cit. na nota 39.

Criminosas com o papel constitucional do Ministério Público e da polícia e com o ordenamento constitucional.

Como bem disse PACELLI, na transcrição acima, é constitucionalmente inconcebível que delegado de polícia possa encerrar qualquer modalidade de persecução penal ou causar redução ou substituição de pena e extinção da punibilidade por cumprimento de acordo de colaboração, à revelia ou, pior, contra a posição processual defendida pelo Ministério Público.

Desse modo, é caso de declarar inconstitucionalidade dos trechos acima identificados do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013 (no capítulo I desta petição: “Objeto da Ação”), ou, sucessivamente, de atribuir-lhes interpretação conforme a Constituição, de modo a condicionar a formalização de acordo de colaboração premiada à indispensável presença em todas as fases de elaboração do acordo e manifestação, com caráter vinculante, do Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal, dirigente da persecução penal e parte na relação processual.

2.5 OFENSA AO DEVIDO PROCESSO PENAL, À SEGURANÇA JURÍDICA E À MORALIDADE

Por fim, mas não menos importante, a previsão legal de legitimidade de delegados de polícia para propor e negociar acordos de colaboração premiada agride o devido processo legal e o princípio da moralidade.⁶³

De acordo com o art. 4º, especialmente os §§ 7º e 8º, da Lei 12.850/2013, todo acordo de colaboração premiada (de cuja negociação juiz **não** pode participar, precisamente em virtude do sistema acusatório – art. 4º, § 6º, da lei) precisa submeter-se

⁶³ A argumentação desenvolvida neste tópico teve contribuição do Procurador da República MARCELO RIBEIRO DE OLIVEIRA, atualmente lotado na Procuradoria da República em Goiás.

a homologação judicial. Os §§ 7º e 8º contemplam a hipótese de o juiz não o homologar e de o “adequar ao caso concreto”.

Nessas situações, tendo participado da celebração do acordo, o Ministério Público funciona como autêntico guardião de sua validade e eficácia e pode discutir em juízo – quer por meio de arrazoados que procurem explicar e defender o conteúdo do acordo, quer por meio de recurso – a decisão judicial de não homologar ou de alterar as disposições do acordo. Delegados de polícia, por não serem parte na relação processual, naturalmente não têm nem podem ter legitimidade recursal para impugnar decisão judicial que negue homologação a acordo ou o altere.

Caso o Ministério Público divirja do acordo, isso significará, na hipótese de negativa de homologação judicial ou de alteração das condições do acordo, que o cidadão com quem este haja sido celebrado estará fragilizado na tentativa de fazê-lo prevalecer, pois será o único a poder recorrer e ainda terá contra sua pretensão o Judiciário e o titular da persecução criminal.

Em outras palavras, a previsão legal de acordo por iniciativa policial sem participação ou anuência do Ministério Público implica permissão de que órgão público (a polícia) faça oferta que não poderá honrar, por não ter a titularidade do direito. Tal situação deixa desprotegido o indivíduo interessado no negócio jurídico – pois a colaboração premiada também funciona como tática defensiva dos interesses do réu ou investigado – e contraria a moralidade e o princípio da proteção constitucional da confiança, pois não é aceitável que o estado participe de negociações que não possa adimplir ou que gerem oposição do próprio estado (por meio do Judiciário e do Ministério Público).

No Ministério Público Federal, a 2ª, a 5ª e a 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão, cuja área de atuação abrange matéria

criminal,⁶⁴ reuniram-se em sessão conjunta em 16 de dezembro de 2015 para apreciar consulta relativa ao tema desta ação. Na decisão que a julgou (cópia digitalizada anexa), destacou-se o aspecto da vulnerabilidade causada ao investigado pela previsão legal:

[...] a colaboração premiada, para além de ser um instrumento de obtenção de provas, consiste em técnica de defesa, por meio do qual o investigado, em conjunto com a sua defesa técnica, analisa a conveniência de colaborar com o Estado em troca de benefícios penais e processuais, como medida típica de redução de danos.

Desse modo, é um risco à própria ampla defesa, matriz deontológica do devido processo legal, firmar acordo de colaboração com o delegado de polícia, uma vez que tal pacto não pode vincular o titular da ação penal, havendo, portanto, uma exposição desnecessária do investigado, desnudando sua participação no ilícito para um *sujeito não processual*, o qual, exatamente por isso, não pode oferecer garantias de que não dispõe.

Ao ensejarem tratativas de cidadãos com órgão incompetente para cumpri-las, as previsões legais aqui impugnadas são incompatíveis não apenas com o conteúdo jurídico mínimo do devido processo legal, mas também com os princípios constitucionais da moralidade e da segurança jurídica.

2.6 BREVE ANÁLISE COMPARATIVA

A título ilustrativo, indicam-se a seguir alguns países (Estados Unidos, Alemanha, Colômbia e diversos outros citados em

⁶⁴ As Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, previstas nos arts. 43, IV, e 58 a 62, principalmente, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993), são especializadas por matéria. A 2ª CCR trata de matéria criminal em geral; a 5ª CCR atua especificamente em temas ligados a corrupção, e a 7ª CCR tem como objeto o controle externo da atividade policial e o sistema prisional.

decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos), de diferentes sistemas jurídicos, nos quais a legitimidade para transigir sobre o *jus puniendi*, em instrumentos de justiça premial como a colaboração premiada e a transação penal, é exclusiva do Ministério Público, precisamente nos moldes do que se sustenta nesta demanda.

No processo penal norte-americano, em que está profundamente enraizado e muito desenvolvido o instituto dos negócios jurídicos processuais, policiais não podem propor colaboração premiada: como não são partes no processo penal, policiais não têm capacidade processual para dar pleno curso às propostas e promessas que veicularem em tratativas de acordo.

Ao reconhecer, já em 1971, no julgado *SANTOBELLO V. NEW YORK*, o instituto da *plea-bargaining* como inerente ao sistema de justiça criminal, a Suprema Corte dos EUA descreveu-o nos seguintes termos:

A disposição de acusações criminais por acordo entre o promotor e o acusado, por vezes chamada sem maior rigor de *plea-bargaining*, é um componente essencial da administração da justiça. Propriamente manejada, deve ser encorajada. Se cada acusação criminal fosse sujeitar-se a pleno julgamento, os Estados e a União precisariam multiplicar muitas vezes o números de juízes e instalações judiciárias.

[...]

Esta fase do processo na justiça criminal, e o elemento adjudicativo inerente à aceitação de um reconhecimento formal de culpabilidade, devem estar acompanhados de salvaguardas para garantir ao réu o que lhe é razoavelmente devido nas circunstâncias. Essas circunstâncias variarão, mas um fator constante está em que, quando tal reconhecimento se baseie em qualquer grau relevante em uma promessa ou concordância do promotor, a ponto de

se poder dizer que ela é parte do induzimento ou da consideração, tal promessa deve ser cumprida.⁶⁵

Na mesma linha, mas com maior especificidade, no julgado *UNITED STATES v. FLEMMI*, de 11 de setembro de 2000, a Corte Federal de Apelação para o 1º Circuito dos EUA entendeu inválido acordo de imunidade celebrado pelo *Federal Bureau of Investigation* (FBI), a polícia federal norte-americana, afirmando que o poder de celebrar acordo dessa natureza é inerente ao de promover ação penal, não ao de investigação criminal:

O resumo disso é que o poder de promover ação penal claramente inclui o poder de não promover ação penal (e, portanto, o poder de conceder imunidade de uso), enquanto o poder de investigar não necessariamente abrange (ou sequer razoavelmente implica) o poder de conceder imunidade de uso.^{66,67}

Na Alemanha, reforma legislativa ocorrida em 2009 dotou seu Direito de regras expressas sobre acordos celebrados no pro-

⁶⁵ “*The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called ‘plea bargaining’, is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities.*

[...]

This phase of the process of criminal justice, and the adjudicative element inherent in accepting a plea of guilty, must be attended by safeguards to insure the defendant what is reasonably due in the circumstances. Those circumstances will vary, but a constant factor is that when a plea rests in any significant degree on a promise or agreement of the prosecutor, so that it can be said to be part of the inducement or consideration, such promise must be fulfilled.”

⁶⁶ “*The short of it is that the power to prosecute plainly includes the power not to prosecute (and, thus, the power to grant use immunity), whereas the power to investigate does not necessarily encompass (or even reasonably imply) the power to grant use immunity.*”

⁶⁷ A “imunidade de uso” distingue-se, no processo penal norte-americano, da imunidade total, pois impede persecução penal do beneficiário com base na prova por ele obtida ou produzida, mas permite que seja acusado pelos fatos em questão se a prova for alcançada de fonte independente.

cesso penal, por meio de acréscimo do § 257c ao CPP do país. O instituto germânico prevê maior participação do Judiciário no estabelecimento do acordo, porque o pressuposto daquele ocorre no curso do processo. O § 257c (1) permite acordo acerca do prosseguimento e do resultado do processo. O § 257c (3) determina que o órgão jurisdicional apresentará às partes o conteúdo de possível acordo, e elas terão oportunidade de sobre ele se manifestar.⁶⁸ Em obediência ao princípio acusatório, o item 3 determina: “o acordo reputa-se existente, se o réu e o Ministério Público concordarem com a proposta do tribunal”.

Até a mudança do CPP alemão que lhe acrescentou o § 257c,⁶⁹ havia larga prática de acordos informais entre Ministério Público e defesa, desde pelo menos a década de 1970.⁷⁰ Não se cogita de participação da polícia no ato. Como desdobramento dos antigos acordos informais, também para os atuais se

⁶⁸ Anota MAIKE FROMMANN: “Pursuant to Section 257c III StPO, an agreement comes into existence when the court notifies the participants of the content of a possible agreement to which the prosecutor as well as the defendant have given their consent. [...]”. FROMMANN, Regulating Plea-Bargaining in Germany, p. 203, ob. cit. na nota 28.

⁶⁹ Disponível no original em < <http://zip.net/bnsYVN> > ou < <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html> >; em inglês em < <http://zip.net/bgrbwd> > ou < http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html >; acesso em 2 mar. 2016.

⁷⁰ Segundo REGINA E. RAUXLOH, embora seja provável que sempre tenha havido acordos informais entre acusação e defesa, considera-se que passaram a ser usados em larga escala em casos financeiros, tributários, ambientais e de drogas na década de 1970 (no original: “Although it is very likely that in some form there have always been informal agreements, it is assumed that regular engagement in such negotiations was established in large-scale proceedings, such as financial crime, tax evasion, environmental crime, and drug related crime around the mid-1970s.”). RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?, 34 *Fordham Int'l L.J.* 296 (2011), p. 298. Disponível em < <http://zip.net/blsX57> > ou < <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss2/5> >, acesso em 2 mar. 2016.

considera que apenas o Ministério Público pode firmá-los, pois são exceções ao princípio de obrigatoriedade da ação penal.⁷¹

Embora a norma regule os acordos no curso do processo principal, sua celebração também ocorre na fase do inquérito policial. PETERS observa: “ainda que [os acordos] ocorram acen- tuadamente durante o processo principal, não são raros no in- quérito – entre o Ministério Público e o acusado com vista à suspensão condicional do processo, nos termos dos §§ 153 e segs. do CPP, ou à denúncia”.⁷²

O Parlamento alemão entendeu que a solução por ele tor- nada lei representava, na verdade, a consagração oficial de “so- lução imanente ao sistema”⁷³ e que tinha sido endossada por decisão de câmara do Tribunal Constitucional Federal (*Bundes- verfassungsgericht*) de 1987, com algumas condições decorrentes de princípios constitucionais. Entre elas, merece citação a se- guinte: “ao Tribunal e ao Ministério Público é, por isso, inter- ditado aventurar-se numa ‘conciliação’, sob roupagem da sentença, num ‘comércio com a justiça’”.⁷⁴

Participação apenas do réu, do Judiciário e do Ministério Público na celebração de acordos no processo penal, com total

⁷¹ No original: “*Although some negotiations are initiated in the context of the main hearing, many informal agreements are linked to those procedures that provide the prosecution with some discretion because they are exceptions to the principle of compulsory prosecution according to which all crimes must be prosecuted.*” RAUXLOH, Formalization of Plea Bargaining in Germany, obra citada na nota 70, p. 303.

⁷² PETERS, Julia. *Urteilabsprachen im Strafprozess*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 59: “*Auch wenn sie [die Absprachen] verstärkt während des Hauptverfahrens auftreten, sind sie jedoch auch im Ermittlungsverfahren – zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten mit Blick auf eine Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153 ff. StPO oder hinsichtlich eines Strafbefehlsantrags – nicht unüblich.*”

⁷³ PETERS, ob. cit., p. 60, em especial nota 245.

⁷⁴ NJW 1987, p. 2662 (2663): “*Dem Gericht und der Staatsanwaltschaft ist es deshalb untersagt, sich auf einen ‘Vergleich’ im Gewande des Urteils, auf einen ‘Handel mit der Gerechtigkeit’ einzulassen.*”

exclusão da polícia, explica-se pela função por ela exercida no processo penal alemão, nesse ponto similar à do Brasil. Além de o monopólio da ação penal pública tocar ao Ministério Público, por força do § 152 do CPP alemão,⁷⁵ a “polícia [se define] como auxiliar do Ministério Público”, nas palavras de BEULKE.⁷⁶ Em sentido idêntico, VOLK observa sobre as relações entre a polícia e o Ministério Público: “o Ministério Público pode realizar investigações por si mesmo (§ 161, 1). E o faz em delitos capitais [...] e sobretudo na criminalidade econômica. Na maioria dos casos, contudo, ele recorre ao trabalho investigativo da polícia”. Por isso, define o autor, “os servidores da polícia são, em maior parte, também ‘pessoas da investigação do Ministério Público’”.⁷⁷ Logo, não faz sentido que o auxiliar do titular do monopólio da ação penal conduza ou sequer participe de acordos no processo criminal.

Em país da América do Sul, a Colômbia, o Código de Processo Penal foi alterado em 2009, e seu art. 324 passou a tratar especificamente do exercício do princípio de oportunidade por parte do Ministério Público, com base em determinadas condições, ali denominadas de “*causales*”. Uma delas ampara a possibilidade de o Ministério Público (“*Fiscalía*”) deixar de promover ação penal ou pedir punição atenuada a réu colaborador, nos seguintes termos:

⁷⁵ HELLEBRAND, Johannes. *Die Staatsanwaltschaft*. München: Beck, 1999, p. 5, n. 5.

⁷⁶ BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. 10. Aufl., Heidelberg: CF Müller, 2008, 64, como o título do § 6.

⁷⁷ VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. 6. Aufl., München: Beck, 2008, p. 26 e 27, n. 5 e 6: “*Die Staatsanwaltschaft kann Ermittlungen selbst vornehmen (§ 161, S 1). Das tut sie auch, etwa bei Kapitaldelikten (also Mord und Totschlag, etc.) und vor allem in Wirtschaftsstaftachen. In den meisten Fällen greift sie jedoch auf die Ermittlungsarbeit der Polizei. [...]. Die meisten Polizeibeamten sind zugleich ‘Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft’ [...].*”

Artigo 322. *Legalidade*. A Procuradoria Geral da Nação está obrigada a promover persecução dos autores e partícipes nos fatos que revistam as características de uma conduta punível que chegue a seu conhecimento, exceto por aplicação do princípio de oportunidade, nos termos e condições previstos neste código.

Artigo 323. *Aplicação do princípio de oportunidade*. (Modificado pelo art. 1 da Lei 1312, de 2009). A Procuradoria Geral da Nação poderá suspender, interromper ou renunciar à persecução penal, nos casos que este código estabelece para aplicação do princípio de oportunidade.

Artigo 324. *Causais*. (Modificado pelo art. 1 da Lei 1312, de 2009, modificado pelo art. 40 da Lei 1474, de 2011) O princípio de oportunidade aplicar-se-á nos seguintes casos: [...]

5. Quando o imputado colabore eficazmente para evitar que continue o delito ou se realizem outros, ou aporte informação essencial para a desarticulação de grupos de delinquência organizada.

6. Quando o imputado sirva como testemunha principal de acusação contra os demais agentes e sua declaração na causa contra eles se faça sob imunidade total ou parcial. Neste caso, os efeitos da aplicação do princípio de oportunidade serão revogados se a pessoa beneficiada com ele descumpra a obrigação que a motivou.

[...].⁷⁸

⁷⁸ No original:

“*Artículo 322. Legalidad. La Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en este código.*

Artículo 323. Aplicación del principio de oportunidad. Modificado por el art. 1, Ley 1312 de 2009 La Fiscalía General de la Nación podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

Artículo 324. Causales. Modificado por el art. 2, Ley 1312 de 2009, Modificado por el art. 40, Ley 1474 de 2011. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

[...]

5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.

Como se infere da norma expressa do art. 322 do CPP colombiano, cabe apenas ao Ministério Público decidir acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, por exercício de outro princípio, o da oportunidade, pela mesma singular razão que aqui se vem repisando: é o **Ministério Público** o órgão constitucionalmente encarregado de postular em juízo a satisfação da pretensão punitiva. A polícia não o pode fazer.

Também na Colômbia, por ser titular da persecução criminal, o Ministério Público, como nos países mais avançados, dirige a atuação investigatória da polícia (arts. 114, nº 5, e 117 do CPP),⁷⁹ e esta não tem disponibilidade sobre a pretensão punitiva.

Por fim, vale rápida citação ao caso NATSVLISHVILI E TOGONIDZE V. GEÓRGIA, julgado em 2014 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Ao examinar demanda de cidadãos da Geórgia contra atos do órgão equivalente ao Ministério Público daquele país, a Corte fez estudo comparado de mecanismos

6. Cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial. En este caso los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con la obligación que la motivó. [...]”.

⁷⁹ “Artículo 114. Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones: [...]”

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. [...]

Artículo 117. La policía judicial. Los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento.

La omisión en el cumplimiento de las instrucciones mencionadas constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria y civil del infractor. En todo caso, el Fiscal General de la Nación o su delegado, bajo su responsabilidad, deberá separar de forma inmediata de las funciones que se le hayan dado para el desarrollo investigativo, a cualquier servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de las instrucciones dadas.”

de justiça negocial (*plea bargaining*) de **dezenas de países**. Do levantamento indicado no acórdão da CEDH, que não se transcreverá para não alongar mais esta petição, concluiu-se que, na maioria dos países examinados, a transação é submetida **pela acusação e pela defesa** e subsequentemente revista pelo Judiciário. Cabe a este, em princípio, o poder de aprovar ou rejeitar o acordo, mas não o de modificar-lhe os termos.⁸⁰ A polícia não detém essa legitimidade nesses diversos países.

3. PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

O sinal do bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial e pela existência dos precedentes do Supremo Tribunal Federal já citados.

O perigo na demora processual (*fumus boni juris*) decorre da circunstância de – enquanto não suspensa ou declarada inconsti-

⁸⁰ No original: “In most countries surveyed, plea agreements are entered into by the prosecution and the defendant, and subsequently reviewed by a court. In this scenario, the courts in principle have the power to approve or reject the plea agreement but not to modify its terms. [...]”. European Court of Human Rights. Former Third Section. Application no. 9043/05 (Case of NATSVLISHVILI and TOGONIDZE v. GEORGIA). 8 set. 2014. § 69. Disponível em < <http://zip-net/bqsZXI> > ou < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-142672> >; acesso em 3 mar. 2016. A CEDH também entendeu que tais acordos permitem rápida adjudicação de casos criminais, aliviam a carga de trabalho do Judiciário, do Ministério Público e dos advogados e, se aplicados corretamente, auxiliam o combate da corrupção e do crime organizado e podem contribuir para reduzir o número de pessoas presas (“[...] the Court subscribes to the idea that plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners.”) – *idem*, § 90.

tucional a legitimidade para formalização independente de acordos de colaboração premiada por delegados de polícia, prevista no art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013 – poderem ser firmados acordos sem validade jurídica, com graves prejuízos ao andamento de investigações criminais em curso, passíveis que serão de impugnações por parte de colaboradores, de corréus e de membros do Ministério Público. Poderá ainda haver sério dano à defesa de cidadãos, pelos fundamentos indicados.

Esse quadro tem potencial de gerar numerosas demandas e recursos judiciais e de gerar ampla insegurança jurídica em matéria extremamente sensível. Pode ainda gerar nulidades que afetarão o *status libertatis* de cidadãos brasileiros e a regularidade de ações penais, inclusive na dimensão da cooperação jurídica internacional e da recuperação de bens objeto de crime, tanto no Brasil quanto no exterior.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer, de início, que esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999.

Requer que se colham informações da Presidência da República e do Congresso Nacional e que se ouça o Advogado-Geral

da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Requer que, ao final, seja julgado procedente o pedido para declarar inconstitucionalidade dos trechos indicados acima do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, ou, sucessivamente, para dar-lhes interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensável a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada e de considerar sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante.

Requer modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Lei 9.868/1999, art. 27), a fim de preservar os efeitos de acordos de colaboração premiada porventura realizados por delegados de polícia antes da pronúncia de inconstitucionalidade, a fim de evitar prejuízos a investigações, a processos criminais que se utilizaram ou estejam a utilizar esse instrumento jurídico e aos investigados e acusados que os firmaram.

Brasília (DF), 26 de abril de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/MPOM/VBA/DPD/PC-PI.PGR/WS/106/2016