



**DA (I)LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA PROPOSIÇÃO DE
ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA: INCONSTITUCIONALIDADE
PARCIAL DO ART. 4º DA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

**THE ILLEGITIMACY OF THE PRECINCT CHIEF TO FILE PLEA
BARGAINING AGREEMENT**

Jacqueline Mendonça Serafim¹

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar, com base em teses e manifestações doutrinárias, a incongruência entre os parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) e o art. 129, I da Constituição da República, notadamente no ponto em que faculta aos Delegados de Polícia a possibilidade de realizar acordos de colaboração premiada à revelia do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal.

Palavras-chave: Ilegitimidade; delegado; colaboração premiada.

ABSTRACT: The present paper aims to demonstrate, based on theses and doctrinal manifestations, the incongruity between paragraphs 2 and 6 of art. 4 of Law no. 12.850/13 (Law of Criminal Organizations) and art. 129, I of the Constitution of the Republic, notably at the point where it allows Precinct Chief the possibility of entering into plea bargaining agreement in absentia of the Public Prosecutor, exclusive holder of the criminal action.

Key words: Illegitimacy; Precinct Chief; plea bargaining.

INTRODUÇÃO

A evolução das relações humanas e o surgimento das sociedades de massa trouxeram consigo muito mais do que os conhecidos e desejáveis avanços nas esferas

¹ Graduanda pelo Centro Universitário Toledo

social, política e tecnológica. Paralela, e talvez conseqüente ao desenvolvimento da humanidade, também a atividade criminosa vem se intensificando e, de modo particular, se sofisticando desde há muito, chegando mesmo a representar uma das maiores preocupações dos Estados modernos na atualidade.

Nesse cenário, ganha especial relevo a figura das organizações criminosas, entidades complexas, hierarquizadas e estabelecidas mediante divisão de tarefas, com finalidade última sempre relacionada à obtenção de lucro e acúmulo de poder econômico, se bem que cada qual com um meio de operação característico. Como bem observa o prof. Jorge Assaf Maluly (2014, p. 570):

Quanto aos métodos utilizados para tais desideratos, eles se diferenciam: há organizações criminosas que centram suas atividades em sofisticadas fraudes financeiras, com sistemas de cooptação de autoridades públicas; troca de favores; sub-faturamentos; desvio de dinheiro público (v.g. a máfia do mensalão no Brasil); e outras que utilizam métodos mais violentos (como, por exemplo as Máfias italianas; a Yakuza japonesa, o PCC brasileiro e assim por diante).

Como quer que funcionem referidas organizações, salta aos olhos o prejuízo decorrente de sua atuação. Com efeito, salienta Eduardo Araújo Silva (2009, p. 15, apud Demercian, 2014, p. 570): “(...) pesquisa realizada pelos jornais The Los Angeles Times e O Estado de São Paulo revelou que as organizações criminosas transnacionais movimentam anualmente cerca de U\$ 850 bilhões, quantia considerada superior ao PIB de uma das sete nações mais ricas do mundo”. De fato, ao contrário do que se poderia pensar, o potencial lesivo do crime organizado extrapola a violência característica de alguns grupos específicos. Para além da lamentável perda de incontáveis vidas humanas, é espantoso o prejuízo social oriundo da criminalidade do colarinho branco, que sepulta dia a dia o inalienável direito ao desenvolvimento adequado e equânime, que assiste a toda a população.

Ante a realidade descrita, é certo que o direito penal tem procurado se reinventar, no intuito de propor um enfrentamento adequado à criminalidade moderna, forte que seus mecanismos tradicionais pouco ou nada conseguem face à complexidade das organizações criminosas. Nesse sentido, explicita Cleber Masson (2016, p. 103-104):

Com efeito, a estrutura das organizações criminosas, a típica divisão de tarefas entre os membros do grupo, o foco tantas vezes presente nos crimes do colarinho branco (White collar crime) e o nível de profissionalismo dos seus integrantes, todas essas circunstâncias amalgamadas são reveladoras do surgimento das cifras douradas do Direito Penal, indicativas da diferença entre a criminalidade real e a

criminalidade conhecida e enfrentada pelo Estado. Raramente existem registros envolvendo delitos dessa natureza, o que inviabiliza a persecução penal e acarreta a impunidade das pessoas privilegiadas no âmbito econômico, especialmente quando envolvidas nos meandros das organizações criminosas.

Sendo assim, é impensável cogitar a possibilidade de utilização exclusiva dos tradicionais métodos de investigação (p. ex. requisição de documentos, oitiva de testemunhas, busca e apreensão, etc.) para o desvendamento de uma organização criminosa. Somente com a adoção de técnicas especiais de investigação é possível, assim mesmo com dificuldade, revelar-se em minúcias o foco e o modo de atuação da criminalidade organizada, bem como a identidade de seus membros.

Sob essa aspiração, entrou em vigor no dia 02 de agosto de 2013, a lei n. 12.850, chamada Lei das Organizações Criminosas, que, a par de instituir novos crimes tipicamente cometidos por associações delituosas dessa natureza, também estabeleceu, em seu artigo 3º, uma série de mecanismos tendentes à obtenção de prova próprios à elucidação de fatos envolvendo a criminalidade organizada (Brasil, 2013)². Para a finalidade do presente trabalho, destaca-se a figura da colaboração premiada (art. 3º, I).

1. COLABORAÇÃO PREMIADA E JUSTIÇA NEGOCIAL

Renato Brasileiro Lima, explicitando concepção e origens da colaboração premiada, pontua (2016, p. 759):

Desde os tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pelas célebres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à força; Calabar delatou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa traição. Surge, então, a colaboração premiada.

É bem verdade que o comportamento de entregar cúmplices e colaboradores da atividade delituosa no momento da persecução penal, seja com o intuito de mitigar a própria responsabilidade, seja para alcançar algum grau de compreensão ou

² Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

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

III - ação controlada;

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

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

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

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

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

condescendência do interlocutor, não constitui propriamente novidade no processo criminal, verificando-se mesmo com bastante frequência na práxis. O que se pretende com a colaboração premiada (e institutos congêneres) é incentivar o autor/coautor/partícipe de atividade criminosa a indicar terceiros envolvidos e fatos desconhecidos, de modo a viabilizar uma investigação mais profunda, abrangente e eficaz, que poderá resultar numa resposta penal mais efetiva à sociedade quanto ao enfrentamento de determinadas modalidades de crime.

A colaboração premiada pertence ao campo do chamado direito premial, assim compreendido o “agrupamento de normas de atenuação ou remissão da pena com o objetivo de premiar e incentivar comportamentos de desistência e arrependimento eficaz (...) e colaboração com as autoridades de persecução criminal na descoberta de atos criminosos já praticados ou o desmantelamento da organização criminosa a que pertença o acusado” (García de Paz, 2005, apud Masson, 2016, p. 114). Segundo Lima (2016, p. 759), trata-se de

Técnica especial de investigação por meio da qual o coautor/partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

Consiste a colaboração premiada, portanto, na possibilidade de se conceder benesses previamente descritas na lei a criminosos que se mostrem dispostos a colaborar com o Poder Público na elucidação de atividades delituosas, aqui necessariamente relacionadas a organizações criminosas, e desde que, com seu comportamento, seja possível alcançar determinados objetivos (art. 4º, I a V)³.

O fundamento do instituto da colaboração premiada prevista na LOC (lei 12.850/13) repousa, segundo Masson (2016, p. 114), na legislação premial italiana, notadamente a chamada Lei *misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*, originada pela Operação Mãos Limpas, que pretendeu erradicar o problema da máfia mediante a contenção da violência e a mitigação da impunidade. Por sua vez, o

³ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

ordenamento italiano fundou-se no direito anglo-saxão, “do qual advém a expressão crown witness, ou testemunha da coroa. Foi amplamente utilizada pelos Estados Unidos (plea bargaining) durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado” (LIMA, 2016, p.759).

A respeito do tema, explicita Márcio Barra Lima citado por Cleber Masson (2016, p. 114):

A figura do supergrass inglês é muito semelhante à do pentito italiano, sendo basicamente o mesmo o seu tratamento. Por meio da plea bargaining, os imputados podem obter uma diminuição considerável da pena ao confessarem seus atos e aceitarem colaborar no processo, o que ocorre, de forma geral, por meio de um acordo com o representante da acusação pública, que abre mão do exercício da ação ou pede uma condenação mais branda do que a referente ao crime efetivamente praticado. A famosa figura das “**testemunhas da coroa**” (crown witness) corresponde, nesse contexto, à hipótese em que o imputado perde definitivamente essa condição jurídica para adquirir uma outra, a de testemunha, em nome do interesse público.

Do que se observa, a gênese da colaboração premiada brasileira relaciona-se intrinsecamente à ideia de justiça consensual, importada do direito anglo-saxão. A rigor, trata-se ela própria de importante manifestação de uma tendência a flexibilizar o princípio da obrigatoriedade (ou legalidade) da ação penal pública, cujo precedente, no Brasil, remonta à Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95). Nesse sentido, Gianpaolo Smanio (2000, p. 131), tocante ao direito penal negocial, preleciona:

Das diversas mudanças que o sistema penal vem sofrendo para adequar-se à nova realidade social e criminal, a ampliação, ou, no caso brasileiro, a admissão do acordo penal, é, sem dúvida a mais relevante. Abandonamos o sistema formal, em que a obrigatoriedade da ação penal vigorava plenamente, para admitirmos o princípio da discricionariedade, ainda que regrada, ou seja, limitada aos termos legais e realizada por proposta do Ministério Público, mas perante o Judiciário.

É que, conforme já explicitado alhures, os desafios da criminalidade moderna exigem uma resposta excepcional do Estado, com a devida adequação do processo persecutório penal à realidade dos fatos e modos de atuação característicos dos delinquentes atuais. O rigorismo conceitual e técnico da dogmática tradicional, se negligenciadas as demandas peculiares da criminalidade organizada, não são capazes, por si sós, de fornecer uma resposta adequada à sociedade, daí porque se faz necessário recorrer a mecanismos processuais pouco mais ou menos inovadores no ordenamento nacional. Conforme elucida Maluly (2014, p. 570),

O crime organizado, seja qual for sua vertente (com alto poder de corrupção ou grande poder de intimidação), deve ser tratado de forma específica e particularizada, com técnicas próprias e uma legislação de exceção, mas com estrita obediência ao Estado democrático de Direito e às conquistas de cunho garantista.

Nesse ponto, a justiça negocial se apresenta como instrumento sobremodo interessante, posto que, manejado com êxito em países com problemas semelhantes, se mostrou bastante eficaz para o fim de recrudescer a efetividade da justiça penal, sem sacrificar garantias constitucionais universalmente consagradas, notadamente o devido processo legal.

Em interessante observação, Malcom Freely (1987, p. 763, apud Demercian, 2014, p. 574) constata que, nos Estados Unidos, “cerca de 90 a 95% das condenações – inclusive aquelas que têm por objeto o crime organizado – provém da Justiça Negociada”. É bem verdade que entre eles vigora o princípio da oportunidade da ação penal, pelo qual se confere ao órgão de acusação ampla discricionariedade no manejo procedimental da persecução. Não obstante, e observadas as peculiaridades de um e outro sistema, a efetividade do mecanismo negocial impressiona e convida à discussão sobre sua expansão a outras esferas do direito penal brasileiro, que não apenas os crimes de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e as organizações criminosas – de modo particular, os delitos de natureza supraindividual.

2. TITULARIDADE EXCLUSIVA DA AÇÃO PENAL: ART. 129, I, CF

Do exposto, a colaboração premiada consiste num acordo realizado entre o Poder Público e o criminoso interessado em colaborar com a elucidação dos fatos em troca de benefícios penais e/ou processuais. Existe, de um lado, uma relativização da obrigatoriedade da ação penal pública, pela qual o Estado é impelido à persecução de quem tenha violado a ordem jurídica penal interna; e, de outro, certo grau de mitigação do princípio da presunção de inocência e/ou do direito à não autoincriminação por parte do agente colaborador.

Como não poderia deixar de ser, porquanto se trata de um acordo de vontades, a colaboração premiada exige que os envolvidos detenham a titularidade do direito de que pretendem dispor, se bem que parcialmente. De um lado, e por óbvio, o agente colaborador é inegavelmente o único titular dos direitos constitucionais penais que se lhe assistem,

cabendo exclusivamente a ele, sempre com a devida assistência de seu defensor (art. 4º, §15º da LOC), concordar ou não com os termos propostos pelo Poder Público.

De outra ponta, é igualmente comezinho no sistema jurídico-processual brasileiro, que o órgão responsável pela persecução em juízo, titular exclusivo da ação penal pública, é o Ministério Público, por expressa previsão constitucional (art. 129, I – Brasil, 1988)⁴. A propósito, observa Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 903):

Merece destaque o primeiro inciso do art. 129, que estatui caber ao Ministério Público, com privatividade, a promoção da ação penal pública. A regra apresenta consequências práticas relevantes. Por conta dela, não mais se admite que a ação penal pública seja deflagrada por autoridades outras, do Executivo ou do Judiciário. (Note-se que) durante o regime constitucional passado, alguns crimes ligados a acidentes de trânsito chegavam ao Judiciário à mercê de portaria de delegado de polícia. No âmbito da Justiça Militar, o STF já afirmou a invalidade do processo – e da respectiva sentença – por crime de deserção, que havia sido iniciado por termo de deserção, elaborado não pelo Ministério Público, mas por autoridade castrense (RCH 68.314, RTJ, 134/139)

Realmente, ao Ministério Público incumbe – com exclusão de quaisquer outras autoridades –, o direito de acionar o processo persecutório contra aquele que se tenha insurgido contra a ordem jurídica penal, com o objetivo final de lhe aplicar a punição devida (ou promover o arquivamento da ação, se o caso). Na lição de Mougenot (2011, p. 436-436), “o Estado, sendo o único detentor do jus puniendi, transfere ao Ministério Público, órgão do Estado-administração, a titularidade do jus actionis, conferindo-lhe legitimidade para promover a persecutio criminis in judicio”. Ao parquet compete “deduzir perante o Estado-juiz as providências necessárias para que se concretize a pretensão punitiva” (AVENA, 2014, p. 101).

Nesse sentido, para além da simples formulação de denúncia e acompanhamento de atos processuais, incumbe (e importa) ao órgão ministerial a realização de todo e qualquer ato intrinsecamente relacionado ao exercício do direito de ação do Estado – inclusive e principalmente os que impliquem disposição do próprio direito (quando se deixa de oferecer denúncia – art. 4º, §4º) ou das consequências que poderiam resultar de seu exercício (caso se pretenda o perdão judicial ou a redução da pena – art. 4º, caput).

De fato, nos Estados Unidos, berço do direito penal negocial, conforme se comentou acima, compete exclusivamente ao órgão de acusação a iniciativa e as tratativas

⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
(...)

para o acordo de que resultará a flexibilização da resposta penal ou mesmo sua supressão. Nesse sentido, ensina Eduardo Araújo Lima (2013):

No direito norte-americano a iniciativa para fins de colaboração processual é exclusiva do órgão responsável pela acusação, cujo representante tem ampla discricionariedade para negociar com o acusado colaborador (plea bargaining), podendo inclusive dispor da ação penal, estando reservado ao juiz a homologação desse acordo.

Bem de ver que a natureza negocial do instituto da colaboração premiada não autoriza conclusão diversa. Com efeito, a ninguém é dado transacionar a respeito daquilo que não possui. Uma vez que só ao Ministério Público se conferiu o jus puniendi, a titularidade efetiva e exclusiva da ação penal, nenhum outro órgão ou autoridade pode(ria) pretender dispor dela própria (ação) ou daquilo que lhe seja inerente, simplesmente por não ter sobre ela qualquer poder de gestão. A rigor, se estaria como que a praticar espécie de “venda a non domino” penal, do que resulta insanável nulidade.

3. (I)LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA PROPOSITURA DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Não obstante as elucubrações tecidas, dispõe o parágrafo segundo do art. 4º da LOC, sem grifos no original:

§ 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).

No mesmo sentido, o parágrafo 6º do mesmo dispositivo, também com grifos nossos:

§ 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.

Do teor normativo expresso no texto, depreende-se que a n. Lei 12.850/13 estendeu aos delegados de polícia, órgãos administrativos, a possibilidade de negociar diretamente

com possíveis agentes colaboradores, devidamente assistidos por seus advogados, acordos de colaboração premiada – não apenas sua propositura, senão também os termos e condições que permeariam o negócio.

Tal iniciativa causou reações interessantes por parte da doutrina especializada. Márcio Adriano Anselmo, Delegado de Polícia Federal, relaciona algumas leis especiais em que, instituindo-se mecanismos “semelhantes” à colaboração premiada da Lei n. 12.850/13, também se fez menção à figura da autoridade policial, como a lei 8.137/90 e 8.072/90 (Brasil, 1990)⁵. Para o professor (ANSELMO, 2016),

Considerando que o delegado de polícia preside a investigação criminal feita por meio do inquérito policial (Lei 12.830/2012), nada mais coerente que o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo da investigação.

Ademais, é na fase de investigação o momento mais propício para que a colaboração premiada ocorra e para que os fatos possam ser completamente esclarecidos, notadamente mediante a conjugação de outros meios de obtenção de prova, cuja participação da autoridade que preside a investigação é fundamental.

Entrementes, é de observar que as disposições normativas explicitadas não conferem ao delegado nenhum tipo de protagonismo na consecução do acordo – que, de resto, nem mesmo poderia ser assim chamado, porquanto, na lei, se fala em confissão espontânea e em denúncia à autoridade. Não existe ali negociação ou qualquer tipo de disposição do direito de punir por parte do Poder Público, senão apenas uma iniciativa exclusiva do investigado confesso que, per si, houve por bem delatar os companheiros de empreitada. Trata-se, enfim, de espécie de confissão, qualificada pelo favor legal da redução de pena – jamais o perdão judicial ou quaisquer outras formas de extinção de punibilidade.

É bem verdade, como disserta o professor, que a investigação parece momento propício à consecução de tão robusto meio de prova. Daí, no entanto, não se pode concluir que o só fato de tramitar sob a presidência do delegado de polícia necessariamente o qualifique a obtê-lo, isoladamente, mesmo porque, o Ministério Público, como dominus

⁵ Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.
Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de **confissão espontânea** revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
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.

litis, participa diretamente da fase investigatória (LIMA, 2016, p. 155-156). De mais a mais, como exaustivamente debatido nos últimos meses, é cediço que ao parquet assiste inclusive o direito de conduzir ele próprio a investigação (RE 593.727 – 14 de maio de 2015).

Também a endossar os dispositivos questionados, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014, p. 54 e 56), citados por Cleber Masson (2016, p. 143), entendem possível a propositura de acordo de colaboração premiada pelo delegado de polícia porque, segundo eles, “se o favor legal pode mesmo ser concedido ex officio, não vemos razão, com a devida vênia, para impedi-lo apenas porque sugerido mediante representação”. Aos professores, entretanto, parece ter passado despercebido o fato de que a LOC condiciona não só a concessão do perdão judicial, como também a de todas as outras benesses inerentes à colaboração, ao requerimento das partes (art. 4º, caput)⁶. Destarte, de modo algum se concebe possível, em sede de organizações criminosas, a concessão oficiosa do perdão judicial.

A propósito do tema, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 733-734, apud Masson, 2016, p. 142) adverte:

Havíamos sustentado em nossa obra (Organização criminosa) poder a autoridade policial representar pelo perdão, sendo ele concedido mesmo sem a concordância do MP. Melhor refletindo, parece-nos que o delegado pode representar, sem dúvida, mas é fundamental que o Parquet concorde, em virtude da titularidade da ação penal.

Assim, se houver discordância do Ministério Público, o magistrado não poderá homologar o acordo firmado com o investigado exclusivamente pelo delegado de polícia. Entrementes, se assim o fizer, caberá ao Parquet impugnar a decisão via recurso em sentido estrito (art. 581, VIII, CPP) ou mandado de segurança.

Em orientação aparentemente semelhante à do professor Nucci, Pedro Henrique Demercian assevera:

A autoridade policial deve representar ao Ministério Público para que realize o acordo, ouvindo o colaborador e seu defensor, e, em seguida, encaminhe os autos para que o juiz o homologue (...). Da mesma forma, a parte final do art. 2º, §4º, da lei 12.850/13 corrobora nosso entendimento no sentido de ser defeso ao magistrado conceder os benefícios legais sem que tenha sido previamente proposto, já que determina, expressamente, a aplicação do art. 28 do CPP (...). Como a lei não pode conter expressões inúteis, essa é, segundo nos parece, a única interpretação possível do dispositivo, sob pena de se tornar letra morta sua parte final.

⁶ Art. 4º O juiz poderá, a **requerimento das partes, conceder o perdão judicial**, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (g.n)

Por sua vez, Renato Brasileiro Lima se posiciona contrariamente à pretensa legitimação da autoridade policial, suscitando sua incongruência com a vontade constitucional, precisamente no ponto em que toca à titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público. Com higeidez de argumentos, ensina (2016, p. 783):

Por mais que a autoridade policial possa sugerir ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, daí não se pode concluir que o Delegado de Polícia tenha legitimação ativa para firmar tais acordos com uma simples manifestação do Ministério Público. Por mais que a Lei n. 12.850/13 faça referência à manifestação do Ministério Público nas hipóteses em que o acordo de colaboração premiada for “firmado pelo Delegado de Polícia”, essa simples manifestação não tem o condão de validar o acordo celebrado exclusivamente pela autoridade policial. Isso porque a Lei n. 12.850/13 não define bem o que seria essa manifestação, que, amanhã, poderia ser interpretada como um simples parecer ministerial, dando ensejo, assim, à celebração de um acordo de colaboração premiada pela autoridade policial ainda que o órgão ministerial discordasse dos termos pactuados.

Quando a Constituição Federal outorga ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (ar. 129, I), também confere a ele, com exclusividade o juízo de viabilidade da persecução penal através da valoração jurídico-penal dos fatos que tenham ou possam ter qualificação criminal. Destarte, diante da possibilidade de o prêmio legal acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado (v.g. perdão judicial), não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente intervenção do Ministério Público como parte principal, e não por meio de simples manifestação.

Também pela inconstitucionalidade dos dispositivos, o doutor Eduardo Araújo da Silva (2013):

(...) Ao também disciplinar a realização de acordo ao delegado de polícia na fase pré-processual, o legislador divergiu da proposta inicial do Grupo de Trabalho que elaborou o anteprojeto que, à luz da titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público (art. 129, inciso I, da Constituição da República), apenas concebeu a possibilidade de acordo entre os representantes ministeriais e o colaborador, assistido por advogado, amparado no fato de que somente o titular da ação penal pública pode dela dispor, total ou parcialmente. Daí porque a lei é inconstitucional ao conferir tal poder ao delegado de polícia, via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a atividade judicial de busca da imposição penal em processo-crime, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação.

Na mesma linha do mestre Araújo, e já em tom de perplexidade, exorta um abismado professor Pacelli (2015, p. 851-855):

Lamentavelmente, o Brasil vem se tornando refém de disputas institucionais e, por vezes, corporativas, que terminam afastando ou embaraçando a convivência pacífica e eficiente entre órgãos indispensáveis à administração da Justiça (...). A força de interferência de uma dessas instituições no Congresso Nacional – especificamente os delegados de polícia – que se já mostrava exuberante na formulação da [chamada] PEC 37⁷, culminou recentemente na Lei n. 12.850/13, que chega a apontar um inusitado livre convencimento do delegado de polícia nas investigações (dispositivo vetado). Evidentemente, e, segundo nos parece, essa liberdade de convencimento somente produzirá efeitos no âmbito interno da instituição (de Polícia), impedindo interferências hierárquicas na condução do inquérito. Com tais limites, a novidade é bem-vinda (...).

No entanto, 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) (...). Eis então que se chega ao art. 4º, §§ 2º e 6º, da lei n. 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. (...)

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 a 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 n. 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)!!! (...)

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 policial 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 de punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou partícipes, nos casos de perdão judicial?

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 de punibilidade pelo cumprimento do acordo de colaboração.

Finalmente, Afrânio Silva Jardim sintetiza (2015): 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

⁷ Projeto de emenda constitucional tendente a suprimir a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, rejeitado no Congresso Nacional após ampla manifestação popular.

indiciado, dispondo do exercício da ação ou do próprio direito penal material”. De fato, fundado nesses argumentos, o Procurador-Geral da República, ajuizou, em abril de 2016, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508, na qual questiona a viabilidade constitucional dos parágrafos 4º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/13, no ponto em que conferem aos delegados de polícia legitimidade para pactuar acordos de colaboração premiada.

A propósito, Cleber Masson (2016, p. 141-142) pondera que na peça, o Procurador destacou vários institutos congêneres à delação, em países nos quais tal competência é exercida com exclusividade pelo Ministério Público (v.g. EUA, Alemanha e Colômbia). Na oportunidade, ainda, o PGR mencionou o caso *Natsvlshvili e Togonidze vs. Geórgia*, julgado em 2014 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), pontuando que:

Ao examinar demanda de cidadãos da Geórgia contra atos do órgão equivalente ao Ministério Público daquele país, a Corte fez estudo comparado de mecanismos de justiça negocial (plea bargaining) de dezenas de países. Do levantamento indicado no acórdão [...] 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. A polícia não detém essa legitimidade nesses diversos países.

A ADI n. 5.508 se encontra pendente de julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, conclui-se pela absoluta impossibilidade de se estender à autoridade policial a prerrogativa de celebrar diretamente com o investigado acordo de colaboração premiada. Com efeito, muito embora seja premente a necessidade de se prover alterações no sistema de justiça, com vistas a adequá-lo às demandas da delinquência moderna, notadamente no âmbito da criminalidade organizada, o fato é que tais modificações não podem violar a ordem constitucional pretendida pelo legislador de 88.

A titularidade exclusiva do Ministério Público para o exercício da ação penal, assim como o perfil institucional e as atribuições que se lhe competem, decorrem diretamente da Constituição. Bem assim, a atuação das polícias judiciárias, eminentemente relacionadas a atividades investigativas, também se encontra suficientemente delineada na Carta da República (art. 144). Nesse sentido, não há razão para que uma instituição pretenda exercer ingerência na atividade cujo desempenho, por vontade constitucional, incumbe a outra.

Realmente, a subversão injustificada da estrutura institucional de cada uma das carreiras jurídicas poderia inclusive resultar em odiosa arbitrariedade, porquanto, violados os parâmetros constitucionais acerca da atribuição de uns e outros órgãos, nada restaria a impedir futuras e ainda mais graves ingerências no campo das determinações constitucionais – inclusive e principalmente no âmbito do devido processo.

De mais a mais, o fato é que a prerrogativa conferida pelos dispositivos questionados pouco ou nada acrescenta à persecução penal das organizações criminosas. Fosse o Ministério Público órgão deficiente, deficitário e ineficaz, ou – pior ainda –, suspeito no desempenho de seu mister constitucional, talvez a medida se justificasse. A realidade, entretanto, tem revelado justamente o contrário.

Da maneira como proposta, a legitimidade da autoridade policial para propor acordo de colaboração premiada aproxima-se muito mais de uma postura corporativista de alguns setores da carreira policial, os quais, prenes de mesquinha rivalidade para com os agentes ministeriais, encontram no Congresso ampla representação (note-se que magistrados e promotores/procuradores não têm acesso a cargos públicos eletivos desde 1988), como bem observa o professor Pacelli alhures.

Assim, conclui-se que a absoluta inconstitucionalidade dos dispositivos examinados inviabiliza a propositura de acordos de colaboração premiada diretamente pela autoridade policial, nos moldes propostos pela Lei n. 12.850/13, mormente porque, a par de violar pilares fundamentais do processo penal, tais regras nada poderiam acrescentar ao escopo fundamental da norma, vale dizer, o combate eficaz e efetivo à criminalidade organizada e suas deletérias consequências.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado#author>>. Acesso em 22 nov. 2016.

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 6. ed. São Paulo, 20 11.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 03 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 593.727. Relator: Min. MENDES, Gilmar. Publicado no DJe-175, de 04 de setembro de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2E+OU+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jev76xu>>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

BRASIL, lei 12. 850 de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2016.

BRASIL, lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

BRASIL, lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 593.727. Relator: Min. MENDES, Gilmar. Publicado no DJe-175, de 04 de setembro de 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28593727%2E+OU+593727%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jev76xu>>. Acesso em 07 de novembro de 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; e Maluly, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação sistemática do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <<http://emporiadireito.com.br/nova-interpretacao-sistemica-do-acordo-de-cooperacao-premiada-por-afranio-silva-jardim/>>. Acesso em: 22 nov. /2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MASSON, Cleber Rogério. *Crime organizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei n. 12.850/2013*. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.