
NOTAS CRÍTICAS À DECISÃO DO STF NA ADI 5508/DF

CRITICAL NOTES TO THE DECISION OF THE STF IN THE ADI 5508/DF

FABRÍCIO SILVA SOARES DE MAGALHÃES

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba (2018).

É pós-graduando em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4483-3242>

E-mail: contato@fabriciossmagalhaes.adv.br

RESUMO: O presente artigo objetiva demonstrar a incongruência da decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5508/DF no momento em que declarou constitucional os parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), notadamente no ponto em que confere prerrogativa aos delegados de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada e a representar por perdão judicial sem a presença ou mesmo manifestação favorável do Ministério Público, usurpando de sua competência a titularidade privativa para o exercício da ação penal pública, bem como por violar o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e o sistema acusatório, e ainda por atribuir função do órgão ministerial a pessoas estranhas à carreira (art. 129, I e § 2º).

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Lei de Organizações Criminosas. Legitimidade exclusiva. Ministério Público. Ação direta de inconstitucionalidade.

ABSTRACT: Objective to demonstrate to the incongruence of the decision firm for the Supreme Federal Court in the ADI 5508/DF at the moment that declared constitutional the paragraphs 2º and 6º of art. 4º of the Law of Criminal Organizations (Law nº 12,850/2013), notably in the point where it confers prerogative to the policy commission agents to consider and to firm contribution agreements awardee and to represent for judicial pardon without the presence or same favorable manifestation of the Public prosecution service, usurping of its ability, the privative title for the exercise of the public criminal action, as well as for violating due process of law (art. 5º, LIV, CF), and the accusatory system and still for attributing to function of the ministerial agency the strange people to the career (art. 129, I and § 2º).

KEYWORDS: Winning collaboration; Law of Criminal Organizations; exclusive legitimacy; Public prosecution service; Direct action of unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve análise da natureza jurídica da colaboração premiada. 3. Discussão sobre a Legitimidade. 4. A Ação Direta de Constitucionalidade 5508/DF. 5. Argumentos Contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal. 5.1 Sistema Acusatório e a função Constitucional do Ministério Público. 5.2. Ofensa ao Devido Processo Legal e à Segurança Jurídica. 6. A Legitimidade Exclusiva do Ministério Público. 6.1. Indispensabilidade de Manifestação Favorável do Ministério Público. 6.2. Função Investigativa do Ministério Público e a Dispensabilidade do Inquérito Policial. 7. Ilegitimidade de Delegados de Polícia. 7.1 Incapacidade Postulatória do Delegado de Polícia. Considerações Finais. Referências.

1. Introdução

A origem da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF ocorreu devido aos intensos debates sobre a legitimidade conferida a delegados de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada, bem como a representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, sendo o seu objeto os §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013).

Dentre as discussões inauguradas, estão a inconstitucionalidade dos dispositivos, alegando ofensa aos artigos 5º, inciso LIV (devido processo legal), art. 37, caput (moralidade administrativa), artigo 129, inciso I (titularidade do Ministério Público para a ação penal e princípio acusatório) e § 2º, primeira parte (exclusividade do exercício das atribuições do Ministério Público), e também artigo 144, parágrafos 1º e 4º (múnus constitucional da função policial), todos da Constituição Federal.

Conquanto já definido o entendimento na ADI, e vencida a corrente que defende a inconstitucionalidade questionada, o tema ainda gera controvérsias práticas, portanto não se mostra ultrapassado, mas oportuno recordar o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e assim destilar críticas.

Nesse viés, necessário reforçar os argumentos contrários à legitimidade conferida aos delegados de polícia, e diametralmente ao oposto, enriquecer o fundamento em face da legitimidade privativa do Ministério Público para as negociações de acordos de cooperação premiada que envolvam todo e qualquer tipo de benefício premial e sua titularidade exclusiva para o exercício das ações penais de natureza pública.

2. Breve análise da natureza jurídica da colaboração premiada

Outrora, a colaboração premiada era instrumento reconhecido como um meio facilitador para a elucidação da infração penal, sob o argumento de redução de pena para o colaborador. Nessa senda, sua natureza jurídica era entendida meramente como “causa de diminuição de pena”.¹

No entanto, com a edição da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), o instituto passou a ter mais eficácia em razão do maior poder de barganha conferidos no texto legal; trouxe ainda benefícios que abarcam até o perdão judicial (art. 4º, Lei 12.850/13 cumulado com o art. 107, IX, do Código Penal). Porém, exigiu-se que a colaboração tenha efetividade, ou seja, as informações prestadas devem trazer um resultado eficaz às investigações, conforme dispõe os incisos do art. 4º.²

A edição dessa lei especial ocorreu devido a diversas operações e escândalos de corrupção, a partir do emblemático caso Mensalão³ julgado em 2012, nos quais foram tomadas inúmeras “delações”, surgindo

¹ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 85.

² Art. 4º – [...] 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.

³ O “Mensalão” foi o nome midiático dado ao escândalo de corrupção no Congresso Nacional, ocorrido entre 2005 e 2006, que originou a Ação Penal 470. Foi um processo criminal que levou ao julgamento mais importante da história do STF, rendendo 5 mil páginas, 235 volumes, 600 testemunhas, e um Acórdão de 8405 páginas, frutos de 5 anos de investigação de um esquema de pagamento de propina a parlamentares para que votassem a favor de projetos do

destas a discussão acerca da real natureza jurídica da colaboração premiada, se meio de prova ou meio de obtenção de prova. Em razão disso, o Supremo julgou a questão e entendeu ser a “delação premiada” um “negócio jurídico processual”.⁴

Nesse contexto, o negócio jurídico processual seria um pacto contratual, ou seja, acordo de vontades entre as partes acerca de assuntos pertinentes a questões procedimentais. No mesmo julgado, o STF consolidou o entendimento no sentido de que o Poder Judiciário é instado apenas ao final do ato, para valorar os requisitos legais e homologar o acordo; concretizou também que o mérito de uma posterior acusação, respaldada na colaboração premiada, obrigatoriamente corroborada com outras provas, somente será analisada na ocasião do “julgamento” do processo.⁵

Em síntese, a colaboração premiada, segundo entendimento atual do STF, tem natureza de ‘negócio jurídico processual’, em que o papel do julgador é de apenas homologar o acordo quando respeitados os requisitos legais (Lei n. 12.850/13, art. 4º, §§ 6º, 7º, 8º).

3 Discussão sobre a Legitimidade

Desde sua origem, a colaboração premiada é instituto que suscita intenso debate na comunidade jurídica, contudo, ressalta-se que a colaboração premiada é um negócio jurídico-processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do indiciado ou acusado para a investigação e para o processo criminal, ‘atividade de natureza processual’,⁶ ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial de direito material, concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

A novel Lei de Organizações Criminosas, promulgada em 2013, é uma norma voltada a tratar das organizações criminosas e dispor sobre investigações, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Nesse ímpeto, o legislador procurou definir uma figura criminosa para tais organizações, mas foi além, adentrou muito na atividade policial, transparecendo com nitidez uma pretensão de instrumentalizar a atividade investigatória policial com ferramentas de investigação mais interventivas, dando a entender que dessa maneira solucionaria de modo acertado os problemas da criminalidade organizada.

Em seu art. 4º e seguintes, introduziu regulamentação acerca de procedimentos atinentes aos meios de obtenção de prova, inaugurando normatização mais específica acerca do acordo de colaboração

governo. (VILLA, Marco Antônio. *Mensalão: O julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira*. Ed. LeYa, 2012).

⁴ Destacou a Suprema Corte que: “(...) ainda, que atualmente não há mais controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto, considerado, em termos gerais, um negócio jurídico processual firmado entre o Ministério Público e o colaborador. Essa característica é representada pelas normas extraídas dos §§ 6º e 7º do art. 4º da Lei 12.850/2013, as quais vedam a participação do magistrado na celebração do ajuste entre as partes e estabelecem os limites de cognoscibilidade dos termos pactuados. Trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a quebra do sigilo bancário ou fiscal e com a interceptação de comunicações telefônicas” (Informativo 870 do STF, 2017, p. 02).

⁵ Informativo 870 do STF, 2017, p. 02/03

⁶ Ver HC 127.483 – Informativo 870 do STF

premiada. Os parágrafos 2º e 6º do referido dispositivo atribuíram legitimidade aos delegados de polícia para negociar acordos de colaboração premiada e propor diretamente ao magistrado concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador.

Em contornos amplos, a previsão legal conferida pela Lei de Organizações Criminosas foi questionada constitucionalmente por estar agredindo o devido processo legal e o sistema acusatório, além de usurpar competência funcional conferida pela Constituição ao Ministério Público e a seus membros legalmente investidos na carreira.

4 A Ação Direta de Constitucionalidade 5508/DF

A Procuradoria-Geral da República ajuizou em abril de 2016 a Ação Direta de Inconstitucionalidade, de nº 5508/DF, em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º⁷ da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), no tocante à legitimidade do delegado de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada, alegando ofensa aos artigos 5º, inciso LIV (devido processo legal), art. 37, *caput* (moralidade administrativa), artigo 129, inciso I (titularidade do Ministério Público para a ação penal e princípio acusatório) e § 2º, primeira parte (exclusividade do exercício das atribuições do Ministério Público), e também artigo 144, parágrafos 1º e 4º (múnus constitucional da função policial), da Constituição Federal.⁸

A ADI 5508/DF buscou liminarmente a suspensão da eficácia dos trechos questionados dos dispositivos. No mérito, a Procuradoria-Geral requereu a declaração de inconstitucionalidade da legitimidade de delegados de polícia para propor e firmar acordos de colaboração premiada. Sucessivamente, a ADI almejou dar interpretação aos dispositivos conforme à Constituição Federal, para assentar-se a indispensabilidade do Ministério Público em todas as fases de formalização do acordo, bem como a manifestação favorável, de caráter obrigatório e vinculante.

Contudo, em junho de 2018, o Supremo julgou a Ação se posicionando no sentido de declarar constitucional os dispositivos da Lei de Organizações Criminosas, acastelando o entendimento a favor da legitimidade de a autoridade policial celebrar acordos de colaboração. O Plenário, por maioria, julgou

⁷ Destacam-se em negrito os trechos dos dispositivos cuja constitucionalidade foi questionada na ADI 5508/DF: Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Art. 4º (...). § 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). (...). § 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.

⁸ Em sua petição, evocou ainda a segurança jurídica e os princípios da moralidade e da confiança, sublinhando que, no caso de o juiz recusar o acordo ou homologá-lo alterando determinada cláusula, apenas o Ministério Público tem legitimidade para recorrer da decisão, e de nenhuma forma a autoridade policial, o que causaria desproteção jurídica ao colaborador. Protestou ainda pela inadmissão do órgão policial propor ofertas as quais não poderá cumprir ou que gerem oposição ao Ministério Público e o Poder Judiciário. Ressaltou em seu arrazoado ter sido essa a conclusão da 2ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em sessão conjunta, realizada em 16 de dezembro de 2015.

improcedente o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República, para assentar a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850 de 2013.

5 Argumentos contrários à decisão do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, adverte-se que o mesmo Plenário do Supremo que declarou constitucional os dispositivos da Lei de Organizações Criminosas, em julgamento pretérito, ao assentar a natureza da colaboração premiada como ‘negócio jurídico processual’, preconizou a concepção segundo a qual:

(...) os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador (...).⁹

Quando a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (art. 129, I), também conferiu 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. De tal modo que, diante da possibilidade de o prêmio legal acordado com o investigado repercutir diretamente na pretensão punitiva do Estado, não se pode admitir a lavratura de um acordo de colaboração premiada sem a necessária e cogente intervenção do *Parquet* como ator principal, e não por meio de simples manifestação.¹⁰

Assim, permitir que a autoridade policial represente ao juiz pela concessão de benefícios ao agente colaborador, ainda que contra a vontade do titular da ação penal, que, neste caso, será simplesmente ‘ouvido’, e ainda que ele próprio realize diretamente a negociação com o defensor e o investigado, converte o Ministério Público em mero acessório da investigação criminal.

Razoável seria a cooperação entre o Ministério Público e a polícia judiciária, o que, aliás, é de todo salutar e desejável. Contudo, defende-se que não é possível um atuar isolado desses agentes policiais, pois não é sua a titularidade da ação penal; seu papel basilar na Constituição Federal é a atividade de polícia judiciária e a apuração de infrações penais,¹¹ bem como subsidiar o órgão ministerial. Portanto, constata-se que o juízo de valoração sobre a conveniência e oportunidade de dispor da prova pertence ao Ministério Público e é ele exclusivamente, junto com o investigado e seu defensor, quem deve deliberar sobre os termos e condições da colaboração premiada.

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 de o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de vincular a disponibilidade quanto ao exercício do *jus puniendi* estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo.¹²

⁹ HC 127.483, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação penal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 543.

¹¹ Art. 144, CF.

¹² MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 190.

Cumpra ressaltar ainda que o ordenamento jurídico (processual penal e constitucional brasileiro), mesmo que de forma implícita, adotou o sistema acusatório,¹³ adoção essa que a Suprema Corte por diversas vezes já reafirmou⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾, por meio do qual os sujeitos processuais têm funções materiais e formais diversas; e em decorrência desse perfilhamento, só ao Ministério Público compete a função de participar da investigação criminal, por si ou com a polícia judiciária, e oferecer se for o caso a denúncia em face do indiciado; enquanto ao delegado, este fica abstraído da atividade investigatória e dela participa apenas para executar medidas investigativas restritas à sua função ou diligenciadas pelo membro do *Parquet*.¹⁶

Pelo que se mostra legítimo, “apenas o órgão responsável por deduzir a acusação em juízo, como parte processual, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição, pode dispor de eventual imposição penal, via acordo com o colaborador para fins de perdão judicial, afigurando-se, pois, tal poder conferido ao delegado de polícia, cuja missão constitucional é a atividade de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (art. 144, § 4º, da CF), manifestamente inconstitucional”.¹⁷

Destarte, mesmo que o acordo de colaboração premiada seja celebrado durante a fase investigatória, sua natureza processual se evidencia de forma mais expressiva a partir do momento em que a própria Lei de Organizações Criminosas impõe a necessidade de homologação judicial (art. 4º, §7º).

5.1 Sistema Acusatório e a função Constitucional do Ministério Público

Sob a ótica do art. 129, incisos I e VIII¹⁸ da Constituição de 1988, é possível verificar que foi cometida ao Ministério Público a atuação titular da persecução penal. Diante de tal previsão, o legislador constituinte desenhou claramente um processo penal de caráter acusatório,¹⁹ em que se tem a imparcialidade do julgador e se observa a competência das partes contrapostas de produzir provas; repisam-se partes.²⁰

¹³ Na visão do professor Douglas Fischer “a partir da compreensão (aberta e sistêmica) dos princípios, regras e valores insertos na Carta dirigente, possa ser extraída conclusão que o nosso sistema se pauta pelo princípio acusatório” (FISCHER, Douglas. *O Sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e o PL 156*. Custos Legis, p. 07. Disponível em: < www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf >.)

¹⁴ ADI 4693/BA, STF, Min. Alexandre de Moraes.

¹⁵ ADI 5104/DF, STF, Min. Roberto Barroso.

¹⁶ Gustavo Senna aponta que “(...) as regras merecem uma interpretação conforme a Constituição Federal. Logo, a representação da autoridade policial para fins de colaboração premiada deve ser dirigida ao Ministério Público, para que encampe ou não a iniciativa. Somente em caso positivo será realizada a colaboração, porém, tendo como proponente do acordo o Ministério Público, contando com o auxílio da autoridade policial”. (MIRANDA, G. S. *O Ministério Público e a colaboração premiada*. 2014. p. 37)

¹⁷ SILVA, Eduardo Araújo. *Da inconstitucionalidade da proposta do delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei nº 12.850/13*. 2009. Disponível em: < http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf >

¹⁸ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

¹⁹ Guilherme Madeira Dezem, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Fauzi Hassan Choukr, Geraldo Prado, entendem que o sistema processual efetivado por meio da Constituição Federal e dos tratados internacionais ratificados é o sistema acusatório.

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

É inerente que a fase processual precede de uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, com a colaboração da polícia Judiciária, conduzida pelo membro do Ministério Público e destinada exclusivamente à formação de seu convencimento sobre a viabilidade de oferecer ou não a acusação.²¹

A esse respeito e com razão, pontuou o ministro Celso de Mello ao dizer 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. (HC 68.242, 1990, p. 2648)

Portanto, a investigação policial deva fazer-se em harmonia com os ditames de elucidação e estratégia, bem como nas linhas de pensamento já consolidadas pelo Ministério Público, pois é a este que incumbirá decidir sobre a propositura da ação.

Cabe registrar decisão monocrática²² do ministro Teori Zavascki, referindo-se a *cases* em trâmite no Supremo Tribunal Federal – à época –, assinalando seu entendimento sobre o papel do Ministério Público na direção da investigação criminal:

(...) instaurado o inquérito, não cabe ao Supremo Tribunal Federal interferir na formação da *opinio delicti*. (...) 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).

Como se vê, o modelo processual que decorre do princípio acusatório determinado pela Constituição Federal é o que comumente se denomina de “processo penal de partes”,²³ em que há protagonismo da acusação e defesa, cabendo ao magistrado dirigir o procedimento e dirimir as questões pertinentes. Por esse motivo, órgão ou pessoa que não seja parte não pode interferir na relação jurídico-processual, muito menos para dispor sobre vontades contrapostas.

5.2 Ofensa ao Devido Processo Penal, à Segurança Jurídica e à Moralidade

O artigo 4º da Lei 12.850/2013, especialmente os §§ 7º e 8º, dispõe que todos os acordos de colaboração precisam submeter-se a homologação judicial, e mais, contempla a hipótese de situações em que o juiz não homologaria o acordo de plano, realizando uma adequação precípua ao caso concreto.

da instrução. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995. p. 563. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A instrução processual penal em ibero-américa*. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 254.

²² Ver: STF Plenário. Pet. 5.264/DF Rel.: Min. Teori Zavascki. 06/mar./2015. Decisão monocrática. DJe 46, 11/mar./2015.

²³ Ensina a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover que o sistema acusatório “é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 82.)

Nessa conjectura, o Ministério Público, tendo atuado na celebração do acordo, funciona como legítimo guardião de sua validade e eficácia, podendo buscar em juízo postulações que busquem manter o conteúdo acordado, por meio de recursos em face da decisão judicial não homologatória ou mesmo daquela que alterou termos e cláusulas do acordo. Noutra lado, se a autoridade policial não pode ser parte na relação processual, naturalmente não tem legitimidade recursal para impugnar decisão judicial que não homologue o seu acordo.

Assim, na hipótese de negativa da homologação judicial ou de alteração das cláusulas do acordo, o investigado que celebre o acordo com o delegado de polícia estará vulnerável quanto aos termos firmados e enfraquecido na tentativa de fazê-lo prevalecer, pois será o único a poder recorrer; e ainda terá contra sua pretensão o órgão ministerial, titular exclusivo da persecução penal.

Tal situação pode desproteger o pretense colaborador, pois o acordo também funciona como meio de defesa de seus direitos e interesses, assim, tal insegurança contraria a moralidade e o princípio da proteção constitucional da confiança, pois não é admissível que o Estado, por meio de sua instituição policial participe de negociações que não possa cumprir ou que se oponham ao próprio Estado, ou seja, em confronto com o Ministério Público e até mesmo com o Poder Judiciário.²⁴

Destarte, as negociações de benefícios premiais com agente ilegítimo para cumpri-las, bem como as previsões legais aqui questionadas e a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal se mostram incompatíveis não apenas com o conteúdo jurídico mínimo do devido processo legal, mas também com os princípios constitucionais da moralidade e da segurança jurídica.

6 A Legitimidade Exclusiva do Ministério Público

Como já visto, por disposição expressa da Constituição, o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, ainda que inconvenientemente alguns queiram furtar tal papel exclusivo. Desse modo, nos casos de colaboração premiada, em virtude dos múltiplos efeitos e consequências processuais e materiais que esse instituto produz, entende-se que o órgão acusatório necessariamente será o seu protagonista.

Ainda que a investigação preceda da polícia judiciária, em todas as fases da colaboração premiada é indispensável a presença do órgão acusatório como seu legítimo proponente, não sendo válido diante da incumbência constitucional do Ministério Público em matéria criminal que acordos de colaboração premiada sejam propostos – quiçá firmados – sem conhecimento e anuência positiva da instituição.

²⁴ Nesse sentido, destaca-se trecho da ata de reunião em sessão conjunta no dia 16 de dezembro de 2015, da 2a, 5a e 7a Câmaras de Coordenação e Revisão, cuja área de atuação abrange matéria criminal, do Ministério Público Federal, para apreciar consulta relativa a mesma matéria tratada na ADI 5508/DF. No referido documento, destacou-se o aspecto da vulnerabilidade causada ao investigado pela previsão legal dos dispositivos da Lei de Organizações Criminosas, ora questionados nesse trabalho: “(...) 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”.

De forma equivocada e contrariando os preceitos constitucionais, a Lei nº 12.850 de 2013 transformou delegados de polícia em parte processual, “pois é sabido que poderá decorrer da colaboração premiada a extinção da punibilidade em vista da aplicação do perdão judicial, havendo, portanto, disposição ilegítima da ação penal”.²⁵

À vista disso, entende-se que as regras mereciam ter sido interpretadas pelo Supremo de maneira uniforme com a Constituição Federal. Continuamente, a regra que dispõe sobre a representação dos delegados de polícia para fins do acordo colaborativo deveria ter sido compreendida no sentido de ser dirigida ao Ministério Público, para que este decida ou não pela iniciativa.

Esse juízo de modo algum denota um desprestígio em relação à significativa contribuição dos delegados de polícia e seu relevante papel nas investigações. Trata-se unicamente de alinhar sua atuação com os ditames da Constituição, impedindo dessa forma o crescimento absolutista de um modelo de Estado Policial em detrimento do Estado de Direito. A atuação do Ministério Público, nesse sentido, valendo-se da feliz expressão de Eugênio Raúl Zaffaroni, acaba funcionando como um “dique” de contenção do perigoso modelo do “Estado Policial”.²⁶

6.1 Indispensabilidade de manifestação favorável do Ministério Público

Em que pese o artigo 4º, em seus parágrafos 2º e 6º, da Lei de Organizações Criminosas, prever a manifestação do Ministério Público nos acordos de colaboração premiada propostos e firmados por delegados de polícia, ela não possui caráter vinculativo com o acordo.²⁷

Uma parte da doutrina – equivocadamente – entende que há a possibilidade de a autoridade policial firmar acordos de colaboração premiada, desde que convalidado pelo Ministério Público, a quem legitimamente compete postular ao juiz a aplicação dos benefícios premiais.²⁸ Propostas como essas, tendentes a conferir uma ratificação posterior do Órgão Ministerial, embora busquem preservar a condição de parte processual conferida ao *Parquet*, dado que à autoridade policial carece de capacidade postulatória, por si só não possuem compatibilidade com o texto constitucional.

²⁵ FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada*. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 126.

²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Em especial p. 157-162.

²⁷ 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.** Grifos nossos. (GOMES, Flávio Luiz; SILVA, Marcelo Rodrigues. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador – BA: Juspodvm, 2015. p. 300-301).

²⁸ “(...) 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 persequendi in judicio* ratifique a proposta formulada pela autoridade policial”. SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas*. Aspectos penais e processuais da Lei Nº 12.850/2013. São Paulo: Atlas, 2015. p. 60-62.

Portanto, ou bem se admite a inconstitucionalidade de tais normas, ou, se for aceitar a validade da atuação policial na colaboração premiada, que esteja ela condicionada à participação do Ministério Público, sendo suas manifestações de caráter vinculante e favorável como condição de procedibilidade, caso em que, naturalmente, terá como parte legítima o *parquet* e não o delegado de polícia.²⁹

As justificativas apresentadas não o querem, e em nada diminuem o importante papel da autoridade policial e seus agentes, os quais são de suma importância no sistema democrático, que visa à proteção da sociedade e do Estado de Direito. Mas, para o bem, os motivos aqui expostos sucintamente buscam compatibilizar a Lei de Organizações Criminosas com o preceito constitucional que incumbe atribuições ao Ministério Público e a Polícia Judiciária, harmonizando sua interpretação com a Constituição.

6.2 Função Investigativa do MP e a Dispensabilidade do Inquérito Policial

A praxe é que a investigação criminal seja de atribuição da Polícia Judiciária, cabendo ao *Parquet* a função precípua de fiscalizar, exercendo assim o controle externo da atividade policial. Contudo, pode a investigação criminal ser realizada pelo Ministério Público, com fundamento na inexistência de monopólio da Polícia Judiciária, pois incabível valer-se do artigo 144, § 1º, inciso IV da Constituição,³⁰ que não se pauta na exclusividade e sim na repartição do que seriam atribuições das polícias civil e federal, cada qual com sua competência.

Para que se possa justificar a legitimidade do órgão ministerial para a investigação criminal, inicialmente destaca-se o artigo 129, IX da Constituição da República, que dispõe ser além das funções expressas, o exercício de outras atribuições que lhe forem conferidas, vinculadas com a sua designação constitucional, verificando assim que o rol de atribuições incumbidas constitucionalmente não é taxativo, cabendo ainda a legislação infraconstitucional dispor acerca dessas atribuições.

Desse modo, constata-se que inexistente qualquer vedação; – pelo contrário, existe, mesmo que de forma implícita, regra permissiva no sentido de conferir a função investigativa ao Ministério Público, desde que vinculada às suas funções. Em se tratando de legislações infraconstitucionais, podemos citar alguns dispositivos legais, como o artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93³¹ (Estatuto do Ministério Público da União), que traz previsão legal da atividade investigativa pelo promotor de justiça, não restringindo esta ao âmbito do Direito Civil.

²⁹ OLIVEIRA, Eugenio 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/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao>>.

³⁰ Art. 144 (...) § 1º 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: IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

³¹ Art. 8º – Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas; V – realizar inspeções e diligências investigatórias; VI – ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII – expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII – ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX – requisitar o auxílio de força policial.

Dentre vários outros, destaca-se a tese de que se o Ministério Público é o titular da ação penal pública e cabe a ele oferecer a denúncia ou não, qual seria o impedimento para este investigar? Ora, a investigação criminal é menos abrangente que a ação penal, sendo o seu oferecimento um instituto que absorveria o da própria investigação.³²

Destaca-se ainda que o art. 4º do Código Processual Penal³³ confere a possibilidade de atuação do Ministério Público na fase investigativa, dispondo que a competência da polícia judiciária não excluirá a de outras autoridades que a lei incumbir da mesma função, ou seja a do órgão ministerial.

Outro dispositivo legal que vem a ratificar tal legitimidade em prol do Ministério Público é o 85º do art. 39 do diploma processual penal, aduzindo expressamente que “o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias”. Logo, depreende-se que o inquérito policial realizado no âmbito da polícia judiciária é dispensável quando o Ministério Público obtiver elementos que fundamentem sua *opinio delicti*.

Arrematando a possibilidade de o Ministério Público ter legitimidade para atuar na investigação criminal, traz-se à colação o julgamento enfrentado em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal, no momento que avaliou o *Habeas Corpus* nº 91.661; no *HC* impetrado, o acusado buscava trancar a ação penal argumentando que as investigações conduzidas pelo Ministério Público não eram legítimas e que haveria a impossibilidade de o mesmo órgão investigar e posteriormente oferecer denúncia. Contudo, a decisão do Supremo foi no sentido de permitir que o órgão ministerial, por meio de seus membros, atue de maneira combativa na investigação.³⁴

³² Em termos práticos, a Teoria dos Poderes Implícitos, também chamada de “*implied powers*”, nada mais seria do que a teorização do velho brocardo latino “*Qui potest maius, potest et minus*”, ou seja, quem pode o mais pode também o menos, criado por Ulpiano. Somando, pois, o brocardo latino “*Qui potest maius, potest et minus*” a essa teoria, e analisando a atual situação constitucional do Ministério Público, à conclusão óbvia chegam seus defensores: se o Ministério Público é o titular da ação penal (o que seria o mais) também poderá ele fazer suas próprias investigações (o que seria o menos), a fim de que possa melhor exercer essa titularidade e se convencer sobre o oferecimento ou não da acusação. (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.177-178).

³³ Art. 4º – A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único – A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (Grifos nossos)

³⁴ Corroborando todo o exposto, destaca-se parte do Informativo nº 538 (BRASIL, STF, 2009), originado do referido julgamento: “Ministério Público e Poder Investigatório. Relativamente à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório, asseverou-se, não obstante a inexistência de um posicionamento do Pleno do STF a esse respeito, ser perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Entendeu-se que tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (artigos 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da *opinio delicti*. Ressaltou-se que o art. 129, I, da CF atribui ao “*Parquet*” a privatividade na promoção da ação penal pública, bem como, a seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Aduziu-se que é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Destarte, se a atividade-fim — promoção da ação penal pública — foi outorgada ao “*Parquet*” em foro de privatividade, é inconcebível não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Considerou-se, ainda, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justificaria a colheita dos depoimentos das vítimas pelo

Portanto, não podemos acatar o discurso de que uma atuação investigativa do Ministério Público na busca de materialidade ou autoria seria ilegal ou ilegítima, pois, como visto, há possibilidade de o órgão ministerial *valer-se dos* meios necessários para que possa basear sua opinião sobre a ilicitude de determinado fato, oferecendo denúncia ou não, conforme seu entendimento.

7 Ilegitimidade de Delegados de Polícia

O art. 4º, §§ 2º e 6º da Lei de Organizações Criminosas, ao atribuírem à autoridade policial legitimidade para negociar e firmar acordos de colaboração premiada com o acusado e seu defensor, e ainda propor diretamente ao magistrado concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, acabou por ultrapassar os limites da função institucional da polícia judiciária de investigação criminal.³⁵ Esta, como instituição incumbida da segurança pública (art. 144, §§ 1º e 4º), deve atuar em função do processo e não no processo, como parte.

Nesse ponto, os protestos são no sentido de que conferem a órgão estranho às partes processuais prerrogativas para negociar termos de acordo de colaboração premiada em cujas finalidades incluem-se o não oferecimento de denúncia, concessão de perdão judicial, substituição da pena privativa de liberdade e redução de penas, em total desvio do *jus persequendi in judicio* em ações penais públicas, inserto privativamente na órbita institucional do Ministério Público pela Constituição.³⁶

Em nosso modelo de sistema constitucional e processual penal, apenas o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, motivo pelo qual a autoridade policial não pode – isoladamente – propor e firmar acordos de colaboração premiada com o acusado, dispondo ele próprio do exercício da ação penal ou do próprio direito material punitivo.³⁷

Vê-se que a previsão constante da Lei de Organizações Criminosas, implicitamente ao incluir cláusula de não oferecimento de denúncia, furta às claras a função privativa do Ministério Público de promover,

Ministério Público. Observou-se, outrossim, que, pelo que consta dos autos, a denúncia também fora lastreada em documentos (termos circunstanciados) e em depoimentos prestados por ocasião das audiências preliminares realizadas no juizado especial criminal de origem. Por fim, concluiu-se não haver óbice legal para que o mesmo membro do parquet que tenha tomado conhecimento de fatos em tese delituosos — ainda que por meio de oitiva de testemunhas — ofereça denúncia em relação a eles”.

³⁵ Lembra Bruno Calabrich que a função da polícia judiciária consiste na prática de atos que visam dar apoio material ao Poder Judiciário, trazendo a este provas até então desconhecidas, não se confundindo com sua função de investigar crimes, conquanto ambas possam ser realizadas pelo mesmo órgão policial. (CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Direito de Vitória. 2006. p. 134 e seguintes).

³⁶ Vislumbrando essa inconstitucionalidade, Eugênio Pacelli sustenta a absoluta inconstitucionalidade dos dispositivos, observando que: “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 (...) 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”. (OLIVEIRA, 2014, p. 854-855).

³⁷ Na mesma linha de pensamento, no sentido da inconstitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013, que conferiram legitimidade aos delegados de polícia para firmar acordos de colaboração premiada, também assim entendem cientistas jurídicos como Paulo César Busato e Cezar Roberto Bitencourt (2014, p. 122-14), Afrânio Silva Jardim (2015, s.p.), Rodrigo de Grandis (2015, s.p.), Vinicius Gomes de Vasconcellos (2017, p. 89-92), entre outros, bem como os já citados na presente pesquisa.

ou, diga-se de passagem, não promover a ação penal pública, dilacerando o preceito do art. 129, § 2º da Constituição.

7.1 (In) capacidade Postulatória do Delegado de Polícia

À luz do sistema acusatório, doutrinadores renomados passaram a questionar essa ‘legitimidade’ dos delegados de polícia para postular em juízo pelo deferimento de medidas cautelares e a propor e firmar acordos de colaboração, bem como requerer a concessão de perdão judicial ao investigado colaborador, em razão de serem consideradas partes processuais e por carecerem de capacidade postulatória. A esse respeito, formaram-se duas correntes sobre o tema.

Uma primeira corrente, favorável à capacidade postulatória da autoridade policial, se fundamenta em dispositivos infraconstitucionais, como o art. 282, § 2.º do CPP; art. 2.º da Lei 7.960/1989; art. 3.º, I da Lei 9.296/1996; arts. 4.º, § 2.º, e 10 da Lei 12.850/2013, etc. Na doutrina pátria, Eugênio Pacelli é um dos signatários desse pensamento, sob os seguintes argumentos: previsão legal; a polícia não é subordinada ao Ministério Público; dizendo ainda que não se pode falar propriamente em processo cautelar no processo penal, como ocorre no processo civil, tendo-se, em verdade, “providências acauteladoras”.³⁸

De posicionamento antagônico à capacidade postulatória da autoridade policial, a segunda corrente, defendida por Wellington Cabral Saraiva tem uma visão mais constitucionalista, dispondo que “tanto na ação penal de conhecimento quanto na cautelar, é o Ministério Público que deve decidir pela necessidade e adequação da iniciativa probatória, não a polícia judiciária” e, por consequência jurídica, defende que “o polo ativo processual das medidas cautelares deve ser ocupado pelo Ministério Público, não pela polícia judiciária, que não tem capacidade postulatória(...)”.³⁹

Pedra angular da (in) capacidade postulatória, é o sistema acusatório que vela pela presunção de inocência, assegura o contraditório e a ampla defesa e, mais, tem como base fundamental o processo de partes, com separação de funções, no qual inadmite-se a participação do delegado de polícia, além do respeito ao devido processo legal e seus consectários, modelo constitucional no qual o *Parquet* é idealizado como parte legítima a estar no campo processual exercendo o seu múnus acusatório.⁴⁰

Como há vedação ao Judiciário em adotar medidas cautelares de ofício no curso da investigação criminal (art. CPP, 282, § 2.º), é de se presumir que também não poderá fazê-lo com respaldo em representação do delegado de polícia, por constituir essa circunstância “verdadeira hipótese de prisão decretada de ofício”.⁴¹

³⁸ Contudo, o afamado autor reconhece que a lei deveria avançar para que o MP controlasse a investigação, como ocorre em inúmeros ordenamentos (“Em inúmeros ordenamentos, a investigação é controlada pelo Ministério Público, sobretudo por caber a este a formação da *opinio delicti* e a produção da prova em juízo”). Diz, ainda, que a polícia investigativa deveria ser denominada polícia “Ministerial”, e não polícia “Judiciária” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66-67).

³⁹ SARAIVA, Wellington Cabral. *Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal*. Garantismo penal integral – questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 163 e 165.

⁴⁰ Nesse sentido, diz Wellington Cabral que “seria incongruente que pudesse haver autores distintos, legitimados para a ação penal condenatória e para a ação cautelar, dado o caráter finalisticamente orientado da segunda, que é processualmente autônoma, mas voltada à preservação da utilidade da ação dita principal” (SARAIVA, op. cit., p. 160).

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação penal especial comentada*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 793.

Corroborando o exposto e revelando ainda mais a incapacidade postulatória, ilustra-se a hipótese em que, havendo o indeferimento da representação policial, como o delegado de polícia poderá recorrer dessa decisão? A impossibilidade é acertada, pois demonstrada a nítida ilegitimidade de parte e a carência de capacidade postulatória.

Assim, com respeito aos defensores da capacidade postulatória, é manifesta a inadmissão de propositura por parte da autoridade policial, quiçá o deferimento de medidas cautelares sem a imprescindível oitiva e manifestação favorável do Ministério Público,⁴² sobretudo na fase investigativa, sob pena de transgredir o preceito do art. 282, § 2.º do Código de Processo Penal, ou seja, de se configurar verdadeira concessão *ex officio* pelo juiz.

Considerações Finais

Com efeito, é urgente a necessidade de mudanças no sistema jurídico e na aplicação de justiça, com vistas a adequá-lo à delinquência atual e modernizada, notadamente no âmbito da criminalidade organizada, mas o fato é que não se pode permitir que tais disposições – ordinárias, diga-se de passagem – violem a Constituição e o mandamento almejado pelo legislador constituinte.

Destarte, em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5508/DF ter declarado constitucional os dispositivos objetos de indagação, conclui-se por motivada fundamentação pela absoluta inconstitucionalidade e inviabilidade jurídico-processual de se conferir a delegados de polícia a prerrogativa de propor e firmar diretamente com o investigado acordo de colaboração premiada, bem como a representar por perdão judicial.

No âmbito dos debates, é possível extrair que os ministros sugeriram soluções jurídicas, em sua maioria, com elementos coincidentes às críticas já apontadas. Nesse prisma, e demonstrando a coincidente linha de pensamento esposada neste trabalho, colaciona-se trecho do voto da ministra Rosa Weber, compartilhado pelos demais Ministros, observando especificamente que há pelo menos dois pontos uniformes entre a maioria, conforme segue:

(...) o Ministério Público tem titularidade plena para fazer o acordo de colaboração e garantir sua apreciação judicial; (...) (...) a polícia pode eventualmente receber proposta de colaboração, mas não tem aptidão para sua conclusão quando envolver a pretensão penal, ocasião em que contaria com o Ministério Público.

Do ponto, entende-se admissível que o delegado de polícia possa atuar como um órgão mediador entre o pretense colaborador e o Ministério Público, estes sim, partes regularmente processuais, legítimas celebrantes do acordo negocial. Além do mais, possível que o delegado de polícia exerça função orientadora ao acusado, sobre o deslinde processual, indicando os possíveis benefícios decorrentes de uma eventual colaboração. Contudo, de forma alguma admite-se um atuar isolado, sem a participação e manifestação favorável do Ministério Público em todas as fases do acordo de cooperação.

Extraem-se ainda diversos tópicos no âmbito do julgamento da ADI 5508/DF que são compartilhados por vários ministros, favorecendo a construção de argumentos que consubstanciam a síntese aderida

⁴² v.g., arts. 4.º, § 2.º, e 10, § 1.º, ambos da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas)

neste trabalho. Destacam-se por ora os seguintes elementos do Memorial da Procuradoria Geral apresentado na ADI 5508/DF, apresentados no dia 19 de junho de 2018:

- a) a colaboração com a participação da polícia judiciária cinge-se à fase do inquérito policial. Com o processo penal instaurado, não cabe dela cogitar. Seguem o entendimento, os Ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Dias Toffoli;
- b) a polícia judiciária não tem capacidade postulatória, mas atribuição de representação para a coleta dos meios de prova com repercussão em sede judicial, assim como ocorre com medidas cautelares em geral. Seguem o ponto os ministros: Rosa Weber, Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux e Dias Toffoli;
- c) as propostas de acordo em sede policial ensejam a prévia manifestação do Ministério Público antes da apreciação judicial, medida que preserva o controle externo da atividade policial. Seguem o ponto os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes. (Grifos nossos)

A partir desses trechos, extrai-se que durante o debate diversos foram os pontos favoráveis à titularidade plena do Ministério Público para a propositura de acordos de colaboração, e de forma pacífica obteve consenso da maioria dos ministros. É possível ainda observar a incongruência do esposado e a decisão proferida no acórdão, quando declarou constitucional os §§ 2º e 6º do Art. 4º da Lei de Organizações Criminosas.

Portanto, após a apreciação dos votos proferidos na ADI 5508/DF e no que foi decidido em julgamento final, mantém-se o entendimento de maneira oposta ao Supremo, fundamentando tal entendimento em duas premissas fundamentais: a um, o Ministério Público tem titularidade exclusiva para propositura de acordos de colaboração premiada, por ser órgão competente para postular direitos em juízo e garantir sua apreciação judicial, sendo esta a base do sistema acusatório fundamentado no artigo 129, inciso I da Constituição Federal; a dois, porque delegados de polícia não são partes e carecem de capacidade postulatória, ou seja, não têm aptidão para celebração e muito menos podem adentrar na *persecutio criminis in judicio*, por ser esta de atuação exclusiva da instituição ministerial.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas: Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRANDIS, Rodrigo de. *A inconstitucional participação de delegados de polícia nos acordos de colaboração premiada*. Disponível em:
< <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/rodrigo-de-grandis-a-inconstitucional-participacao-de-delegados-de-policia-nos-acordos-de-delacao-premiada-05052015> >.
- 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/afranio-jardim-judiciario-nao-refem-acordos-delacao-premiada> >.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento – aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. 2. ed. Juruá, 2014.

SOUZA, José Alberto Sartório de. Plea bargaining: modelo de aplicação do princípio da disponibilidade. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, fasc. 2. Belo Horizonte, p. 264, dez. /1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo 870 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo870.htm#Homologa%C3%A7%C3%A3o%20de%20acordo%20de%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20premiada%20e%20limites%20de%20atua%C3%A7%C3%A3o%20do%20relator>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. ADI 5508/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 20 jun. 2018.

