[Digite aqui]

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS PEREIRA COUTINHO

DA (I)LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA CELEBRAR ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA SEM A AQUIESCÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ARACRUZ
2020

[Digite aqui]

LUCAS PEREIRA COUTINHO

DA (I)LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA CELEBRAR ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA SEM A AQUIESCÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trabalho apresentado ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ, como requisito necessário ao desenvolvimento do Trabalho de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof.º Ronaldo Felix Moreira Junior

ARACRUZ

2020

[Digite aqui]

LUCAS PEIREIRA COUTINHO

DA (I)LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA CELEBRAR ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA SEM A AQUIESCÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao programa de graduação em Direito das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ, como requisito para obtenção da graduação em Direito.
Orientador: Prof.º Ronaldo Felix Moreira Junior.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Prof.º Ronaldo Felix

Faculdades Integradas de Aracruz

Orientador

_____

Faculdades Integradas de Aracruz

_____

Faculdades Integradas de Aracruz

[Digite aqui]

RESUMO

Monografia de bacharelado sobre a legitimidade conferida no art. 4ª, §§ 2º e 4º da Lei nº 12.850/13 ao delegado de polícia para celebrar acordo de colaboração premiada. Este trabalho tem como intuito debater as questões práticas decorrentes da aplicação da colaboração premiada da forma prevista na Lei nº 12.850/13, em destaque, quanto ao acordo celebrado pela autoridade policial sem a participação do Ministério Público e sua constitucionalidade.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Ministério Público. Delegado de Polícia. Legitimidade. Crime Organizado.

ABSTRACT

Bachelor's degree monograph on the legitimacy conferred in art. 4th, §§ 2nd and 4th of Law No. 12.850/13 to the police chief to conclude an award-winning collaboration agreement. This paper aims to discuss the issues arising from the application of the awarded collaboration as provided for in Law No. 12.850/13, in particular, regarding the agreement signed by the police authority without the participation of the Public Ministry and its constitutionality.

Keywords: Award-winning collaboration. Public ministry. Police Chief. Legitimacy. Organized crime.

AGRADECIMENTO

A Deus por me permitir chegar até aqui.

Aos meus pais pelo amor, incentivo e apoio incondicional para que eu pudesse chegasse até aqui, o meu muito obrigado. Agradeço, também, às minhas irmãs, sem vocês tudo seria mais difícil.

A meus nobres professores, na pessoa do meu orientador Ronaldo Felix Moreira Junior, à coordenação e demais funcionários da FAACZ, o meu mais sincero agradecimento.

Aos meus inestimáveis amigos de sala Leonardo, Gabriel, Brenda e Giulyane.

Ao Sr. Luis Fernando.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO..... 4
2. COLABORAÇÃO PREMIADA..... 7
3. AÇÃO PENAL.....14
4. O ACORDO DE COLABORAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL..... 15
5. A LEGITIMIDADE OUTORGADA À AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO.....18
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....21
7. REFERÊNCIAS.....23

1 INTRODUÇÃO

O combate à criminalidade é uma das funções mais antigas e mais desafiadoras para o Estado. Desde o início de nossa colonização, há relatos de indivíduos que afrontavam as leis do Estado e então eram submetidos às duras Ordenações Filipinas. Muito tempo se passou e a sociedade evoluiu, assim também aconteceu com a atividade criminosa.

O criminoso não se estagna no tempo, muito pelo contrário, paralela, e talvez consectária ao desenvolvimento da humanidade, também a atividade criminosa vem se intensificando, chegando ao que hoje chamamos de organizações criminosas (SERAFIM, 2017, p. 02).

A colaboração premiada decorre de uma dificuldade investigatória do Estado, precipuamente no combate à criminalidade organizada. Este tipo de crime se vê envolto num conjunto de características de alta complexidade, como elevado poder de intimidação, com prática de ilícitos usando mecanismos cada vez mais difíceis de serem rastreados, estruturas impessoais e com divisão de tarefas numa variada gama de funções.

Então, para tudo isso será muito difícil investigar, processar e punir organizações criminosas com os métodos tradicionais de investigação penal. Desta forma, ante complexidade imposta à persecução penal estatal, não raras vezes é necessário que ocorra a colaboração de algumas pessoas que integram a organização criminosa, para que se possa dar passos iniciais nas investigações.

A partir dessas informações internas, haverá mais chance de investigar, processar e punir essas organizações, descobrindo todos os seus crimes, todos os seus integrantes, quais as funções que cada um deles exercia dentro da organização criminosa, qual a estrutura hierárquica, a vantagem obtida, recuperar o produto ou proveito desses crimes e impedir que a ORCRIM (organização criminosa) continue a atuar, assim também prevenindo crimes.

Contudo, por mais que a colaboração premiada possa se justificar pela supremacia do interesse público na tutela da ordem e da segurança pública, é necessário definir limites para que se preserve os direitos fundamentais tanto do

criminoso colaborador quanto dos delatados. Nesta linha, diz Vinicius Gomes de Vasconcelos (2017, p14):

> Partindo-se da premissa de que os mecanismos negociais acarretam inevitáveis violações a premissas fundamentais do processo penal, deve-se tomar postura crítica na análise cautelosa de seus contornos. Por um lado, deve-se rechaçar a inserção de mecanismos negociais amplos [...]. Por outro lado, em relação à colaboração premiada, impõe-se a adoção de *medidas para redução de danos*.

Neste interim, foi editada a Lei nº 13.850/13, que tratou o tema colaboração premiada de forma mais detalhada. A Lei traz em seu escopo o conceito de organização criminosa e, a partir do art. 3º, passa a detalhar o procedimento da colaboração premiada, seus requisitos, os direitos do colaborando e as benesses jurídicas que poderão ser ofertadas pelo agente estatal na celebração do negócio jurídico com o criminoso.

Ao mesmo tempo, no campo doutrinário, algumas questões foram suscitadas sobre o tema. Com destaque, a questão quanto aos legitimados a entabular o acordo.

Ocorre que, no art. 4º previu-se que 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. Paradoxalmente, o § 2º do mesmo dispositivo elegeu tanto o membro do Ministério Público quanto o delegado de polícia como legitimados a celebrar o acordo.

O que nos leva a indagar a questão central do trabalho: como poderia o delegado de polícia celebrar, de forma autônoma, acordo com aptidão de alcançar até o perdão judicial se nosso constituinte conferiu a titularidade da ação penal exclusivamente ao *Parquet?*

A relevância jurídica da colaboração premiada, bem como os resultados sociais produzidos a partir da aplicação do instituto, justifica a escolha do tema da presente pesquisa, que adotou o critério da revisão bibliográfica, recorrendo-se a publicações produzidas na doutrina nacional.

Aliado a isso, se recorrerá à jurisprudência, como forma de demonstrar as consequências produzidas pela interpretação normativa vigente, aplicada aos casos

concretos, sobretudo à decisão proferida no bojo da ADI 5508, julgada em junho de 2018, que ratificou a constitucionalidade do art. 4ª, § 2º da Lei nº 12.850/13.

No segundo capítulo, buscar-se-á conceituar o instituto da colaboração premiada, fazendo uma breve abordagem histórica de sua evolução no ordenamento jurídico pátrio, bem como suas características.

No terceiro, será tratada a questão quanto a possibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal nos casos onde houver acordo criminal.

Feito isso, no quarto capítulo, será abordado o procedimento previsto na Lei nº 12.850/13 para a hipótese de celebração de acordo de colaboração premiada entre a autoridade policial e o criminoso colaborador.

No quinto, será procedida a análise acerca da legitimidade outorgada à autoridade policial à luz da constituição.

Por fim, iremos às considerações finais a fim de apresentar possível solução para resolução da controvérsia.

2 COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada negócio jurídico firmado entre o colaborador e o Estado. Conforme Sannini (2019, p. 85), ela nasce da necessidade de o Estado promover novos mecanismos capazes de combater o crime organizado. Envolve a prestação de informações que possam servir, isolada ou conjuntamente, à apuração da autoria, materialidade do delito, recuperação total ou parcial do dano produzido pelo crime, prevenção de outros delitos ou, quando for o caso, a localização da vítima com a sua integridade física preservada. Em contrapartida, o Estado abre mão de parcela de seu poder punitivo em favor do criminoso que colabora com as investigações.

O procedimento se inicia por ato voluntário do criminoso que deseja colaborar, e se materializa em um termo de acordo firmado entre o agente público, o colaborador e seu defensor. Após, é endereçado ao poder judiciário que deverá fazer a análise da legalidade do acordo, ou seja, neste momento, o juiz deve se limitar apenas a avaliar o aspecto formal do acordo. Se preenchidos os requisitos legais, deve o magistrado homologá-lo (BADARÓ, p. 103).

O momento de celebração do acordo pode ser tanto antes ou depois da sentença penal. Quando celebrado antes da sentença, o rol de benefícios que poderão ser concedidos ao colaborador é maior, podendo ser desde a redução da quantidade da pena até o perdão judicial. Quando celebrado após a sentença, os benefícios ficam restringidos ao *quantum* da pena e à progressão do regime de seu cumprimento (BADARÓ, p. 105).

Quanto a natureza jurídica da colaboração premiada, o entendimento da doutrina majoritária é de que possui essência processual. Nesse sentido, o STF(Supremo Tribunal Federal), firmou posição em paradigmático julgamento (HC 127.483):

> Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal.

Sem os atuais traços que lhe conferem a condição de instituto jurídico, a colaboração premiada surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em 1990, através da

Lei de Crimes Hediondos. Anteriormente denominada delação, funcionava como simples causa de diminuição de pena no caso de concurso de agentes, assim previsto no art. 8º, § único: “O participe e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1990).

Poucos anos depois, o referido instituto voltou a ser citado na Lei que Define os Crimes Contra o Sistema Financeiro, através da Lei nº 9.080\95 que incluiu no art. 25 da Lei nº 7.492/86, o § 2º aduzindo que, nos crimes de que trata aquela lei, quando “cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor 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” (BRASIL, 1995).

No mesmo ano, a colaboração também foi introduzida na Lei que Trata dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo, também com redação idêntica à da lei nº 7.492/86.

Em 1996, o instituto ganhou novo espaço normativo, com a criação da Lei nº 9.629, que alterou o art. 159 do Código Penal para incluir a seguinte regra: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1996).

Avançando mais um pouco, já em 1998, a Lei nº 9.613, que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, trouxe a seguinte previsão em seu art. 1º, § 5º (BRASIL, 1998):

> A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (desatualizado).

A *novatio legis,* ao assim dispor, inovou significativamente a regulamentação da matéria, alterando o regime de cumprimento da pena, prevendo a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e até a

possibilidade da concessão de perdão judicial. Por outro lado, também inovou nos pontos específicos a serem alcançados pela colaboração, ao referir-se à identificação dos autores, localização dos bens, direitos ou valores objetos do crime.

Mais tarde, na mesma linha, foi editada a Lei nº 9.807/99, com o objetivo de proteger a integridade física da vítima e da testemunha. Ela também trouxe disposição que visava incentivar um dos coautores a colaborar, dessa vez consagrando o perdão judicial no art. 13, § único, dispondo que "A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso". Ainda, em seu art. 15 e §§, foi a primeira fonte normativa a prever que "serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva" (BRASIL, 1999).

De igual modo, a Lei 11434/06, (que versa sobre o tráfico de drogas) também tratou do assunto no seu art. 41 (BRASIL, 2006):

> O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Na mesma vertente, a Lei antitruste (art. 86) e a Lei Anticorrupção (arts. 16 e 17) trouxeram regramentos tratando do tema, mas até então sempre de maneira fragmentada.

Somente em 2013, após anos de pressão internacional contra o governo brasileiro para que adotasse a colaboração premiada no seu sistema jurídico e também em meio a protestos e pressão da sociedade civil que clamava por instrumentos que se mostrassem mais efetivos no combate à corrupção, que foi pautado pelo Congresso Nacional o projeto de lei que Define Organização Criminosa e Dispõe Sobre a Investigação Criminal, os Meios de Obtenção da Prova, Infrações Penais Correlatas e o Procedimento Criminal, que se tornou a Lei nº 12.850\13.

Com o advento da Lei nº 12.850/13 que a colaboração ganhou tratamento especial, sobretudo no que tange as questões procedimentais. Fixou-se regras de

formalidade do termo de acordo, previu a possibilidade de suspensão do prazo da denúncia por seis meses renovável por igual período com a suspensão do prazo prescricional, para que sejam cumpridas as medidas previstas na colaboração. Prevê o não oferecimento de denúncia caso o colaborador seja o primeiro a colaborar e não seja o líder da ORCRIM. Abre a possibilidade de a colaboração ser feita depois da sentença. Admite a progressão de regime mesmo que ausentes os requisitos objetivos e extenso rol de direitos do colaborador. Por fim, especialmente para fins do presente estudo, atribui competência para que também o delegado de polícia celebre o acordo.

Quanto a natureza jurídica, a lei define expressamente como meio de obtenção de prova, não uma prova propriamente dita. Ou seja, serve como meio de coleta de elementos mínimos de autoria e materialidade do delito para fundamentar a deflagração de ação penal.

Nesta linha, assim nos expõe Badaró (2018, p. 391):

> Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Inicialmente, cumpre estabelecer a correta diferenciação entre a colaboração premiada e a delação premiada. Aqui se adota a posição consagrada por Vladimir Aras (2011), para o qual colaboração premiada é gênero e delação espécie.

Na delação, os benefícios possíveis de serem concedidos ao criminoso delator são menores, porquanto este não prestou compromisso, não está obrigado a colaborar em todos os aspectos, delata o que quer, sem procedimento antecedente e nem ajuste prévio de condições.

Ainda, não há de se confundir colaboração premiada com delação premiada uma vez que possuem natureza jurídica distinta. A delação se trata de instituto de direito material, a colaboração pré-processual.

Na colaboração, o criminoso se compromete, sob compromisso legal, a dizer tudo o que sabe sobre a organização criminosa, a fim de que se obtenha o maior resultado possível, todos elencados no art. 4º, inc. I, II, III e IV.

A colaboração premiada foi criada com o fito de descobrir a verdade real dos fatos ou, ao menos, chegar o mais próximo disso. Em contrapartida, o estado adjudica do *ius puniendi*, seja abrandando a pena ou até o extremo de deixar de denunciar o colaborador. Para tanto, a lei 12.850/13 elenca, no art. 4º, o escopo do instituto. Não obstante, o grau de benefício que o colaborador obterá depende do maior ou menor atingimento desses escopos. Primeiro, identificação de todos os integrantes da ORCRIM e dos crimes por eles praticados. Segundo, revelar a estrutura hierárquica e a divisão de funções. Terceiro, prevenção de infrações penais. Obviamente não cabe ao colaborador prevenir, mas dando as informações corretas isso permitirá que o poder público possa prevenir a prática de novos crimes pela ORCRIM. Quarto, recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime. Quinto, uma finalidade específica, localização da vítima com a sua integridade física e vida preservada.

O procedimento deve iniciar por ato voluntário daquele que pretende colaborar com a *persecutio criminis* estatal, nunca por iniciativa do órgão ou agência estatal, consoante Douglas Fischer (2016, sem página):

> Ela se materializa quando determinada pessoa, espontânea e voluntariamente, confessa a prática de crimes e aponta a participação de terceiros, entregando provas e/ou auxiliando o Estado em sua busca contra os demais (e normalmente mais relevantes) criminosos envolvidos.

E completa:

> De forma correta, uma das precauções constantes das regras que tratam do tema atualmente em nosso País é garantir a voluntariedade e a espontaneidade das declarações do colaborador. Neste ponto, esta deve ser uma das maiores preocupações, especialmente pelo Ministério Público, adotando-se todas as medidas necessárias para que jamais haja qualquer tipo de imposição ou pressão para que o colaborador realize o acordo.

Um dos princípios basilares da colaboração premiada é o da voluntariedade e aquilo que é voluntário quer dizer “[...] aquilo que alguém faz por vontade ou iniciativa própria” (DICIO, 2020). Logo, se um representante do Estado procura o criminoso para colaborar, temos aí a quebra de tal requisito. A vontade do colaborador já não será

mais espontânea, podendo estar viciada por coação, pressão, imposição, sobretudo se o candidato a colaborador for procurado na ausência de seu defensor.

O criminoso colaborador deve sempre acompanhado por seu defensor, isso garante lisura ao processo, bem como a garantia de que todos os seus direitos serão respeitados.

A partir do início das tratativas entre Ministério Público ou delegado de polícia e o colaborador com seu defensor, o procedimento deve ser marcado pela confidencialidade em sua integralidade. O sigilo somente será levantado na próxima fase, por decisão judicial, conforme art. 3º-B da Lei nº 13.850\13.

Acordado entre as partes, deve-se redigir termo de acordo da colaboração premiada, devendo conter:

> I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
> II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
> III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
> IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
> V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

O procedimento deverá ser remetido a autoridade judiciária competente para avaliação quanto ao preenchimento dos requisitos legais. Note, nesse primeiro momento o magistrado deve fazer a análise da forma e tão somente, não do conteúdo. Dessa análise, o juiz poderá homologá-lo ou não. Para tanto, a autoridade judiciária deverá, sigilosamente, ouvir o colaborador e avaliar a legalidade e a regularidade do acordo, se preencheu os requisitos previstos em lei e, em especial, se houve ou não vício de vontade.

A concessão do benefício se dará em contrapartida à relevância dos fatos apresentados pelo colaborador. Logo, quanto mais relevantes forem os fatos por ele apresentados, maior serão os benefícios concedidos. Levar-se-á em consideração também a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Já em um segundo momento, quando da sentença, o juiz fará análise do conteúdo da colaboração. Analisará as cláusulas do acordo e sua eficácia. Com base

nisso, e balizado pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, concederá os benefícios equivalentes.

Nesse sentido, cabe destaque a decisão proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, na Petição nº 7.265/DF, proferida em 17 de novembro de 2017, que estabeleceu limitações às cláusulas negociadas e determinou o retorno da matéria para exame da Procuradoria-Geral da República.

De igual forma, a Lei 13.964/2019, o chamado Pacote Anticrime, também trouxe novos regramentos limitadores à colaboração premiada. O criminoso que antes tinha o dever de dizer tudo o que sabe, pela nova redação, deve narrar somente os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados (BRASIL 2019).

Parte da doutrina aduz que esse tipo de negociata não seria justa, uma vez que o colaborador, ou seja, aquele que cometeu um crime, acaba sendo punido de forma menos severa do que seria ao rigor da lei. Também se levantam questões se o instituto seria moral e ético, uma vez que estimula o indivíduo a trair seu bando. Argumentos dos quais não nos filiamos.

A colaboração premiada é especial técnica investigativa disposta aos órgãos que cuidam da *persucutio criminis*, notadamente Ministério Público e polícias, e meio de defesa disposto ao criminoso.

Quanto a estratégia de defesa, insta consignar que o agente estatal perante o qual o criminoso pretende colaborar, poderá afetar sua defesa. O acordo celebrado perante a autoridade policial se mostra demasiadamente vulnerável, sem garantia alguma de que as cláusulas acordadas serão sustentadas em juízo, uma vez que a polícia não atua na fase processual.

De outro modo, quando celebrado com a presença do Ministério Público, o colaborador estará mais seguro, com garantias de que o acordado será cumprido.

Garantias estas que decorrem da legitimidade conferida pela Constituição Federal ao Ministério Público como titular da ação penal. A esse respeito observa Mirabete (2002, p. 153):

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

Sendo assim, é possível afirmar, que um acordo celebrado perante autoridade policial não traz segurança jurídica alguma ao colaborador, uma vez que a polícia não tem capacidade para atuar na fase judicial, tampouco dispõe da ação penal.

3 AÇÃO PENAL

Uma vez que foi dito que o Ministério Público é o responsável pela ação penal, é preciso tratar um pouco a respeito do tema.

A ação penal de acordo com Paulo Rangel “é o direito subjetivo público autônomo e abstrato de invocar a tutela jurisdicional do Estado para que este resolva conflitos provenientes da prática de condutas definidas em lei como crime”. É através da ação penal, desenvolvida por meio de um procedimento, que este exerce seu direito de punir.

O Estado detém monopólio do *ius puniendi,* mas para exercê-lo deve respeitar regras e garantias estabelecidas a fim de que se promova justiça, não sujeitando o indivíduo a um Estado arbitrário.

O processo desempenha a missão de coordenar a aplicação do direito penal (PACELLI, 2017, p. 64) e serve como garantia ao indivíduo de que será processado e julgado estritamente dentro da legalidade.

Assim leciona Fernando Capez (2018, p. 56) “O processo é o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e dirimindo os conflitos de interesse”.

Desta forma, o legislador elencou diversos princípios que norteiam o processo penal, dentre os quais, para fins do presente estudo, se destaca o da obrigatoriedade, e conforme nos ensina o professor Eugênio Pecelli (2012, p.121):

> Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da *obrigatoriedade.*

Ou seja, não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade. Ao membro do Ministério Público cabe, se diante de um fato criminoso e se satisfeitas as condições da ação penal, o dever propor a ação penal.

No entanto, há de se reconhecer que tal conceito se encontra superado. Com a expansão da justiça negocial, a tendência é a da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Neste sentido, leciona João Porto Silvério Junior (2019, p. 89):

> [...] após a promulgação da Constituição de 1988, a qual prevê expressamente o princípio da independência funcional, não há como considerar que os membros do do órgão ministerial encontram-se obrigados à propositura da ação penal. Assevera este autor que o Ministério Público é obrigado a formar a *opinio delicti*, não podendo furtar-se da análise de um fato previamente definido como crime, e, não obrigado a promover a ação penal, uma vez que seus membros são agentes políticos livres para manifestarem sua atuação, desde que de forma fundamentada.

A doutrina moderna vem superando este paradigma, salientando que a mitigação do princípio da obrigatoriedade é compatível com o sistema penal brasileiro, consoante Emerson Garcia (2017):

> Trata-se de nítida mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. O sistema penal tem autorizado a celebração de acordos, os quais podem redundar na redução das sanções ou, no extremo, na própria concessão do perdão. Esses acordos, em qualquer caso, sempre estão condicionados à apreciação judicial.

Em um sistema de justiça criminal tão engessado como o brasileiro, os acordos criminais podem ser boa saída para resolver o problema da morosidade processual,

proporcionando, assim, maior eficiência na persecução penal, efetividade, economia processual, dentre outros.

4 O ACORDO DA COLABORAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL

A Lei 12.850/13 trouxe significativa inovação à forma de aplicação da colaboração premiada, notadamente no tocante a possibilidade de o delegado de polícia celebrá-lo, além do Ministério Público.

Segundo o art. 4º, § 2º e 6º, da Lei nº 12.850\13:

> 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.

Conferiu-se expressa legitimidade tanto ao membro do Ministério Público quanto ao delegado de polícia para celebrar o acordo. Isso porque, conforme exposto em diversos pontos da citada lei, a colaboração serve como meio de obtenção de prova e não como prova em si. Tanto é assim que o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/13 traz expressa previsão de que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Sendo a colaboração meio de obtenção de prova, o mais natural é que seja utilizada na fase pré-processual, ou seja, no inquérito policial, considerando que este é o momento adequado a se coletar indícios de autoria e materialidade, tal como diz Anselmo (2016, p. 84):

> Considerando que o Delegado de polícia preside a investigação criminal realizada por meio de inquérito policial, nada mais coerente que o mesmo

> detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo da investigação.

Também, considerando que a colaboração premiada se constitui como técnica especial de investigação, a autoridade policial teoricamente seria a mais adequada a saber quais as necessidades da investigação em andamento, quais medidas cautelares poderiam ser interessantes para a elucidação dos fatos.

Sob o ponto de vista da eficiência, não há dúvidas de que a fase de inquérito policial é o momento mais oportuno para a celebração do acordo. A fase de investigação é a mais propícia para a efetivação da medida, em razão da proximidade decorrente da contemporaneidade dos fatos investigados.

Assim, negar ao Delegado de Polícia a possibilidade de dispor de tal instrumento na busca da verdade dos fatos seria, além de ilegal, um enfraquecimento das agências incumbidas da investigação criminal. Se o legislador optou por conferir às polícias (civil e federal) o protagonismo na investigação de infrações penais, implicitamente lhes conferiu todos os meios para o desempenho de tal missão.

Como pontua o procurador da República Andrey Borges de Medeiros:

> [...] de qualquer sorte, mais importante é que haja atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia. Contra o crime organizado, somente uma atuação coordenada e pautada pelo interesse comum da persecução penal é que interessa à sociedade, acima de disputas corporativas.

Conforme se infere das precisas palavras do Procurador, não centralizar o instituto melhor se coaduna com a ideia de cooperação que deve imperar sob a atuação das agências incumbidas do desvelamento de crimes.

Assim como defendido pela Advocacia-Geral da União (AGU):

> A possibilidade conferida pela lei à autoridade policial de firmar acordo de colaboração premiada no curso do inquérito objetiva dotar o Estado de mais um instrumento de combate à criminalidade e assegurar a efetividade da investigação penal. O Estado não pode abrir mão de mecanismos que o permita desarticular o crime organizado.

Nesta hipótese, onde o acordo é celebrado diretamente entre a autoridade policial e o criminoso, deve haver a manifestação do Ministério Público, e após, encaminhado ao poder judiciário. Contudo, conforme ficou decidido no julgamento da ADI 5508, o parecer do *Parquet* não vincularia a autoridade judiciária, podendo ser homologado ainda que ao arrepio do titular da ação.

O Supremo Tribunal Federal, com a devida vênia, deixou passar aí uma grande oportunidade de pôr fim ao debate. Acordo de colaboração premiada, sem a aquiescência do Ministério Público, fere o devido processo legal, uma vez que ficaria a cargo do juízo dispor da ação penal.

Melhor seria a solução proposta pelos professores Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2014, p. 55-56), senão vejamos:

> Assim, para o caso de o delegado representar e o 'parquet' discordar da manifestação, o juiz, ao invés de decidir de plano, remeteria os autos ao Procurador-Geral, a quem cumpriria dar a palavra final. Caso concorde com a sugestão da autoridade policial, fica o juiz liberado para homologação do acordo de colaboração. Caso o Chefe do 'parquet' acompanhe o colega de 1º grau, estaria definitivamente afastada a possibilidade de concessão do favor legal.

Portanto, a inovação implementada pela lei 13.850/13 ao conferir ao delegado a possibilidade de celebrar acordo de colaboração premiada é positiva e fortalece as forças policiais no combate ao crime organizado. No entanto, na hipótese do acordo celebrado ante tal autoridade, nos parece mais adequado que o Ministério Público, como titular da ação penal, seja ouvido, mediante parecer escrito e vinculante.

5 A LEGITIMIDADE OUTORGADA À AUTORIDADE POLICIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Especificamente no âmbito criminal, dispõe o art. 129: "São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]". Logo, fica claro que por nossa Lei Maior cabe ao Ministério Público, com exclusividade, a função de presentar o Estado no exercício da ação

penal pública. Significa dizer que se confere à Instituição parcela da soberania estatal que o direito de punir expressa (MARQUES, 2009, p. 3) em favor do interesse público.

A Constituição Federal de 1988 conferiu papel essencial ao Ministério Público na defesa da ordem pública e nos interesses da sociedade ao dispor em seu art. 127, caput, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

A Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º, §§ 2º e 6º, declarou como competente tanto o delegado de polícia, quanto o membro do Ministério Público a celebrar acordo de colaboração premiada. Dispõe a Lei que o delegado, nos autos do inquérito policial, com manifestação do Ministério Público, poderá representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador (BRASIL, 2013).

Inicialmente, cumpre esclarecer que legitimidade não se confunde com competência. A questão competência é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Esta é definida por lei. Logo, na análise da questão quanto ao acordo de colaboração premiada celebrado pelo delegado de polícia, não está aqui a se debater se é ou não competente. A Lei nº 12.850/13 é clara e atribui competência ao delegado de forma expressa.

O que se busca é trazer luz à questão da legitimidade. Se buscarmos o conceito jurídico de legitimidade, está assim definido (DICIO, 2020) “conformidade à lei, ao Direito; legalidade”. Portanto, a possibilidade de o delegado de polícia celebrar acordo não está em conformidade como nossa ordem constitucional, eis que pode resultar em mitigação da regra de indisponibilidade relativa da persecução penal.

Melhor seria que o legislador tivesse inserido no texto da Lei nº 12.850/13 que nos acordos celebrados pela polícia, a manifestação do Ministério Público fosse requisito obrigatório e vinculante. Neste sentido são as palavras de Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues Da Silva (2015, p. 300-301):

> 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.

Não se pretende aqui deslegitimar o delegado como parte apta a celebrar o acordo. A autoridade policial é o agente público que está em contato direto com os fatos e com as necessidades da investigação, retirar de suas mãos tal instrumento seria enfraquecer o sistema de persecução criminal. A colaboração premiada é meio de obtenção de provas, e como tal, atividade tipicamente policialesca.

A polícia é órgão essencial à democracia e à proteção da sociedade. Integra o sistema de segurança pública e em sua função judiciária deve realizar a coleta de indícios de autoria e materialidade suficientes para que o Ministério Público de início a ação penal através de sua peça inaugural, denominada denúncia. Deste conceito, conclui-se que a polícia deve atuar para o processo e não no processo.

Permitir que o delegado de polícia leve à apreciação do judiciário representação com o condão de resultar em mitigação da regra da indisponibilidade da persecução penal é impedir o Ministério Público de desenvolver sua privativa e monopolista *opínio delicti,* em flagrante violação constitucional.

Nesse sentido, observa Pacelli (2020, p. 303) 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 para o fim de: extingue a persecução penal em relação a determinado agente (sendo que cabe apernas ao parquet o oferecimento da denúncia), viabilizar a imposição de pena a determinado agente, reduzida ou com a substituição por restritivas de direito, condicionando previamente a sentença judicial e promover a extinção da punibilidade do fato, em relação a apenas um de seus autores ou participes, nos casos de perdão judicial?

O delegado de polícia não foi eleito pelo constituinte como titular da ação penal, portanto, não pode assim dela dispor. Caso assim fizesse, estaria dispondo do que não tem. Colocando o acordo de colaboração em risco. logo, não poderia sustentar na fase judicial as cláusulas acordadas com o colaborador, e o estado não entregaria aquilo que prometeu, em flagrante afronta ao princípio da moralidade.

Ademais, acordo entabulado ante a autoridade policial que necessitasse de ajustes de cláusulas obrigaria o próprio juiz a fazê-las, obrigando-o a agir como parte. Assim, em desacordo com o sistema acusatório adotado em nosso ordenamento jurídico.

Para além, permitir que dois órgãos estatais celebrem, de forma autônoma, acordos criminais abre margem para negociatas pouco republicanas, colocando em risco a integridade do sistema criminal perante a sociedade.

Chega-se a estapafúrdia situação onde o pretenso colaborador procura o membro do *parquet* a fim de celebrar acordo de colaboração premiada, este, por sua vez, faz a análise do caso e, entendendo não ser vantajoso para o Estado, recusa-o. Ante a negativa, o criminoso procura a polícia e apresentando os mesmos fatos, tem sua pretensão atendida.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no caso do político Antonio Palocci que teve sua proposta rejeitada duas vezes pelo Ministério Público Federal antes de ser adotada pela Polícia Federal. Ora, se o Estado é um só, como pode em um mesmo contexto fático apresentar duas respostas diferentes. Dito de outro modo, como poderia duas agências estatais responsáveis pela persecução penal apresentarem respostas distintas se ambas buscam concretizar o primado da segurança pública e a afirmação da ordem jurídica. O Estado deve falar por uma só voz.

Este tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.508, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, sustentando, em síntese, que permitir que o delegado de polícia celebre acordo de colaboração premiada ofenderia os princípios do devido processo legal e da moralidade administrativa e malferem a titularidade do Ministério Público para a ação penal, o princípio acusatório e a exclusividade do exercício das atribuições à Instituição.

Em 20 de junho de 2018, seguindo o voto do relator ministro Marco Aurélio Melo, o pleno decidiu, por maioria de seus membros, pela constitucionalidade do trecho da Lei 12.850/13, que atribui ao delegado de polícia competência para entabular acordo de colaboração premiada.

O relator consignou em seu voto que a formulação de proposta de colaboração premiada pela autoridade policial como meio de obtenção de prova não interfere na atribuição constitucional do Ministério Público de ser titular da ação penal e de decidir sobre o oferecimento da denúncia. Afirmou que a lei prevê a obrigatoriedade do parecer do Ministério Público, mas sem efeito vinculante. Argumentou, ainda, que ainda que o delegado represente pela concessão de benefícios como o perdão judicial, a concretização destes ocorre apenas judicialmente, pois se trata de pronunciamento privativo do poder judiciário (STF, 2020).

O relator foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

O ministro Alexandre de Morais foi o primeiro a divergir, ainda que parcialmente, do relator. Para ele, no caso específico do perdão judicial, seria necessário obrigatoriamente a anuência do Ministério Público. O ministro Roberto Barroso aventou a tese de que o delegado pode celebrar acordo em fase de investigação, mas não as cláusulas.

Os ministros Rosa Weber e Luis Fux também divergiram parcialmente. Para estes, o acordo de colaboração concluído pelo delegado somente poderia ser homologado com a anuência do *Parquet*, mediante parecer obrigatório e vinculante.

O ministro Dias Tóffoli, também em parcial divergência, entendeu que o delegado de polícia pode submeter ao juiz o acordo firmado com colaborador desde que a proposta traga, de forma genérica, somente as sanções premiais previstas no art. 4º, *caput,* e parágrafos 5º, da Lei 12.850/13, com manifestação do Ministério Público, mas sem caráter vinculante.

Diversamente de seus pares, o ministro Edson Fachin foi o único a divergir por completo e acolheu os argumentos da Procuradoria-Geral da República para dar procedência a ação e declarar inconstitucional o trecho da lei que permite que ao delegado de polícia celebrar acordo de colaboração premiada.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate ao crime organizado é um dos maiores desafios ao sistema de justiça criminal. A colaboração premiada é hoje instrumento fundamental no combate a macrocriminalidade

No entanto, não pode ser celebrado pela autoridade policial sem no mínimo a aquiescência do Ministério Público porque implica em renúncia a parcela do poder punitivo do estado. Desta forma, somente o *Parquet* tem legitimidade para assim dispor, eis que a constituição lhe guardou a missão promover, privativamente, a ação penal pública.

Muito embora o melhor momento para formulação do acordo seja no bojo do inquérito policial, a negociação das cláusulas somente pode ser feita com o assentimento do Ministério Público, uma vez que projeta efeitos na disposição da ação penal. Neste sentido, Afrânio Silva Jardim afirma com maestria (JARDIM, 2015, sem página):

> Em nosso sistema constitucional, apenas o Ministério Público é o titular do direito de ação penal pública, motivo pelo qual o Delegado de Polícia não pode, isoladamente, fazer o acordo de cooperação premiada com o indiciado, dispondo do exercício da ação ou do próprio direito penal material.

Há de se consignar, ainda, que atribuir competência ao delegado para representar em juízo pela concessão do perdão judicial está em flagrante desarmonia com o sistema acusatório consagrado por nosso constituinte. Ademais, a normativa permissiva também não se coaduna com a ordem constitucional pois excede o *múnus* da função policial nos moldes desenhados pela Constituição Federal.

O delegado de polícia pode e deve participar do processo de formulação do acordo quando feito na fase de inquérito, desde que conte com a presença do membro do Ministério Público. Caso contrário, o procedimento deve ser remetido a ele para que se manifeste, mediante parecer vinculativo. Caso a resposta seja positiva e preenchido os requisitos legais, deve o juiz homologa-lo. Caso o Ministério Público

entenda pela não homologação do acordo, o juiz deve valer-se da regra prevista o art. 28 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.850. 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). Planalto, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=L12850&text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>. Acesso em: 2 outubro 2020.

BRASIL. LEI Nº 9.613, 3. D. M. D. 1. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Planalto, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 15 outubro 2020.

BRASIL. LEI Nº 9807, D. 1. D. J. D. 1. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm>. Acesso em: 10 outubro 2020.

CUNHA, R. S. **Crime organizado: comentário à nova lei sobre cime organizado (Lei nº 12.850\13)**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FEDERAL, B. S. T. **Habeas Corpus 127.483**. Min. Dias Tófoli. Paraná\PR, 27 de agosto de 2015. Disponivel em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 19 setembro 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BADARÓ, G**. Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

VASCONCELLOS, V. G. D. **Colaboração Premiada no Processo Penal.** Reista dos tribunais. São Paulo: Afiliada, 2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: M. Mallet, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada a e a nova lei do crime organizado**. Custos Legis, v. 4, 2013.

MENDONÇA. Grace**. STF deve liberar polícia federal para firmar acordo de delação**. Disponível em: Acesso em: 01 nov. 2020.

SANINI, Francisco. **Colaboração premiada como técnica especial de investigação criminal.** São Paulo: Jhmizuno.

FISCHER, Douglas. **COLABORAÇÃO PREMIADA: instituto legítimo, legal e essencial ao processo penal brasileiro**. Disponível em: https://medium.com/@esmpu/colabora%C3%A7%C3%A3o-premiada-instituto-leg%C3%ADtimo-legal-e-essencial-ao-processo-penal-brasileiro-eb03b691567e. Acesso em: 24 nov. 2020.

SERAFIM, Jaqueline Mendonça. Disponível em: http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2496 Acesso em: 24 de nov. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. São Paulo: Atlas, 2002.

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

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª edição. São Paulo: Atlas. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13. Ed. Lumen Juris. São Paulo. 2007.