

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL - ADPF
ADV.(A/S)	: ANTONIO TORREAO BRAZ FILHO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL - FENADEPOL
ADV.(A/S)	: LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF
ADV.(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ADPESP
ADV.(A/S)	: ISIS TAVARES DOS SANTOS VAICHEN

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios

ADI 5508 / DF

sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pela Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 20 de junho de 2018.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL - ADPF
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO TORREÃO BRAZ FILHO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL - FENADEPOL
ADV.(A/S)	: LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF
ADV.(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ADPESP
ADV.(A/S)	: ISIS TAVARES DOS SANTOS VAICHEN

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no tocante à legitimidade do delegado de polícia para conduzir e entabular acordos de colaboração premiada, alegando ofensa aos artigos 5º, inciso LIV (devido processo legal), 37, cabeça (moralidade administrativa), 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 144, parágrafos 1º e 4º (múnus constitucional da função policial), da Constituição Federal.

ADI 5508 / DF

Eis o teor dos preceitos, destacados os trechos cuja constitucionalidade foi questionada:

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.

Consoante afirma, considerada a repercussão direta da colaboração premiada no processo penal, a autoridade policial, ao acertá-la, extravasaria os limites da investigação, imiscuindo-se no exercício da ação penal de iniciativa pública, privativa do Ministério Público, presente o inciso I do artigo 129 da Constituição. Aduz que o juiz, ao admitir proposta de acordo de cooperação premiada formalizada perante delegado, que não é parte no processo-crime, atuaria de ofício, comprometendo a imparcialidade, em detrimento do sistema acusatório, porquanto interferiria na negociação, especialmente quando o Ministério Público se posicionasse contrariamente.

ADI 5508 / DF

Alude à jurisprudência do Supremo no sentido de ser inadmissível a adoção de postura de juiz inquisidor, fazendo menção ao julgamento das ações diretas de nº 1.570/DF, na qual declarada inconstitucional a coleta de dados fiscais e eleitorais, diretamente, pelo juiz, e nº 5.104/DF, em que reconhecida a inconstitucionalidade de condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral à autorização do Poder Judiciário.

Conforme assinala, o artigo 4º, parágrafos 2º e 6º, da Lei 12.850/2013, ao atribuir a delegados de polícia legitimidade para negociar termos do acordo de delação premiada com o acusado e o defensor e para propor, diretamente a juiz, concessão de perdão judicial a investigado ou réu colaborador, excede a função institucional da polícia de investigação criminal. Destaca que, enquanto órgão de segurança pública, deve atuar para o processo, e não no processo. Traça paralelo com a transação penal e a suspensão condicional do processo, expressões da denominada justiça negociada, da qual diz ser a colaboração premiada espécie, cuja iniciativa é, segundo entende, privativa do Ministério Público, não comportando reconhecimento de ofício pelo juiz, considerado o verbete nº 696 de Súmula do Supremo. Frisa que o acordo de colaboração pode dilatar, em seis meses, prorrogáveis por igual período, o prazo para o oferecimento da denúncia, aludindo ao § 3º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013. Refuta a óptica segundo a qual o princípio acusatório estaria resguardado na medida em que o acordo dirigido pelo delegado fosse submetido ao aval do Ministério Público, asseverando não caber àquele sequer cogitar em dispor da pretensão punitiva sem a presença e a concordância deste.

Evoca 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 do pronunciamento, e não a autoridade policial, deixando o

ADI 5508 / DF

colaborador desprotegido. Diz mostrar-se inaceitável admitir que órgão público faça oferta que não poderá honrar ou gere oposição do próprio Estado – por meio do Judiciário e do Ministério Público. Ressalta ter sido essa a conclusão da Segunda, Quinta e Sétima Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em sessão conjunta, realizada em 16 de dezembro de 2015. Cita os ordenamentos norte-americano, alemão e colombiano, segundo os quais o Ministério Público é parte legítima para pactuar delação premiada. Menciona precedente da Corte Federal de Apelação para o Primeiro Circuito norte-americano, no que invalidado acordo de imunidade celebrado pelo Federal Bureau of Investigation – FBI. Traz à balha decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, caso Natsvlishvili e Togonidze v. Geórgia, na qual houve referência a estudo de Direito Comparado conclusivo pela submissão da transação efetuada pela acusação e defesa à apreciação do Poder Judiciário, sem menção à polícia.

Buscou, liminarmente, a suspensão da eficácia dos trechos impugnados dos dispositivos. No mérito, requer a declaração de inconstitucionalidade da legitimidade da autoridade policial para celebrar acordos de colaboração premiada. Sucessivamente, pretende seja dada aos preceitos interpretação conforme à Constituição para assentar-se a indispensabilidade da presença do Ministério Público em todas as fases de elaboração do acordo, com caráter obrigatório e vinculante.

Vossa Excelência, em 29 de abril de 2016, acionou o artigo 12 da Lei nº 9.868/1999. Consignou tratar-se de ato normativo em vigor há mais de dois anos, destacando recomendável aguardar o julgamento definitivo.

Nas informações, a Advocacia do Senado Federal aponta a atuação das Comissões de Constituição e Justiça na realização de controle prévio de constitucionalidade material das leis. Realça a unicidade do ordenamento jurídico, dizendo-o fruto

ADI 5508 / DF

da função legiferante do Poder Legislativo. Afirma a compatibilidade do instituto da colaboração premiada com as finalidades constitucionais exercidas pela autoridade policial, aludindo à Lei nº 12.830/2013, que cuida da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Contesta a tomada da delação premiada como meio de prova, salientando que, se o fosse, poderia, por si só, embasar condenação penal, situação inadmitida no § 16 do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013. Assinala que o instituto está inserido em típica atividade policial, enfatizando que um dos resultados da delação é a localização de vítima.

Conforme argumenta, ainda que obtida a colaboração pelo delegado, a redução da pena ou o perdão judicial apenas ocorre judicialmente, por serem pronunciamentos privativos do Poder Judiciário. Evoca o princípio da eficiência. Anota que a participação do Ministério Público no acordo tampouco torna adequada a premiação, pois o implemento dos benefícios, segundo ressalta, é da competência do juiz. Lembra a instituição, pelo Poder Legislativo, com envolvimento dos interessados e mediante controle prévio de constitucionalidade, de diversas leis que previram atribuição do delegado de polícia para formalizar o instituto sob análise. Adverte que o acolhimento da pretensão, quer da principal, quer da sucessiva, importará intromissão do Judiciário nas escolhas do Legislativo, em detrimento dos princípios da independência e da separação entre os Poderes da República. Postula a proclamação da total improcedência do pedido.

A Presidência da República, por meio da Consultoria-Geral da União, manifesta-se pela constitucionalidade dos preceitos. Reporta-se ao Parecer nº 064, de 2013, da Secretaria de Assuntos Legislativos, segundo o qual a Lei nº 12.850/2013 foi submetida a amplo debate por representantes da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, das Polícias Federal e Cíveis e do Ministério da Justiça, no que

ADI 5508 / DF

visado o implemento de mecanismo mais eficiente, de repressão às organizações criminosas, em sintonia com os avanços introduzidos na Lei nº 9.613/1998, alusiva à lavagem de dinheiro, pela de nº 12.683, de 9 de julho de 2012, por serem delitos intimamente interligados. Refere-se a esclarecimentos prestados pela Polícia Federal no sentido de descaber centralizar, no Ministério Público, todos os papéis do sistema de persecução criminal. Segundo articula, a colaboração premiada objetiva atalhar os caminhos da investigação, estando inserida nas atribuições inerentes à atividade policial. Sustenta que a delação não diz respeito à ação penal pública, privativa do Ministério Público, mas sim à punição reservada à jurisdição.

A Advocacia-Geral da União, defendendo óptica idêntica, afirma a total improcedência do pedido. Destaca que a atuação de delegados de polícia em acordos de colaboração premiada faz parte das atribuições confiadas a esses agentes públicos, considerados os artigos 144, § 1º, inciso IV e § 4º, da Constituição Federal, tendo-a como importante instrumento de elucidação de fatos criminosos. Realça que contrapartida ao delator, consistente no perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade, mudança de regime de cumprimento ou substituição por restritiva de direitos, submete-se à reserva de jurisdição, não estando situada no exercício da ação penal in si. Aponta inexistir ofensa ao sistema acusatório, ao devido processo legal e à moralidade administrativa.

Vossa Excelência, em 12 de julho de 2017, admitiu, na qualidade de terceiras interessadas, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF, a Federação Nacional dos Delegados da Polícia Federal – FENADEPOL e a Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF. Em 4 de dezembro seguinte, deferiu o pedido de ingresso da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo.

ADI 5508 / DF

Em 4 de agosto último, assentando a conveniência de aparelhar o processo com dados pertinentes ao deslinde da ação, determinou fosse oficiado ao Diretor-Geral da Polícia Federal, a fim de solicitar informações quanto ao procedimento adotado, no âmbito da instituição, para a formalização do instrumento em jogo.

A citada autoridade encaminhou manifestação técnica daquele Órgão e modelo de termo de colaboração premiada adotado. Sublinha ser a Polícia, como órgão precipuamente incumbido do dever de investigar, a primeira destinatária das ferramentas de investigação colocadas à disposição pelo legislador. Alude às demais medidas dessa natureza previstas no Capítulo II da Lei nº 12.850/2013 – infiltração policial, ação controlada, interceptação telefônica –, dizendo-as destinadas à busca da verdade real na atividade de persecução policial.

Assevera paradoxal o entendimento de que a delação premiada seria instituto de transação penal, reportando-se ao artigo 98, § 1º, da Constituição Federal, a estabelecer a possibilidade de transação, unicamente, para os crimes de menor potencial ofensivo. Afirma estar a Lei nº 12.850/2013 direcionada ao enfrentamento do que chama de “macrocriminalidade”, no que prevê meios de aprofundamento da investigação, e não a criação de mecanismos de despenalização ou negociação aberta ou, ainda, encerramento da apuração em relação a um ou mais investigados. Ressalta ausente, no implemento de acordos de colaboração premiada formulados pela Polícia Federal, intromissão na esfera de atribuições ou competências de qualquer outra instituição. Frisa o uso do instrumento como meio de obtenção de provas, no interesse da investigação em curso ou a se iniciar, não havendo negociação de penas ou de condições não previstas na própria Lei. Anota atuar o delegado de acordo com o devido processo legal, com controle do Ministério Público e do Poder Judiciário e com o acompanhamento da defesa.

ADI 5508 / DF

O Procurador-Geral da República manifesta-se pela procedência do pedido veiculado na peça primeira da ação, com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar acordos de colaboração premiada porventura realizados por delegados de polícia antes da proclamação da inconstitucionalidade, salvo nos casos em que o Ministério Público, como titular da ação penal, os haja desprezado, por não interessarem à persecução penal. Articula com a natureza jurídica mista do instituto, dizendo-o meio para obtenção de prova – cujos reflexos repercutem diretamente na pretensão punitiva do Estado – e, igualmente, de defesa do investigado ou réu. Saliencia ser privativa do Ministério Público a legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada, aludindo à titularidade da ação penal de iniciativa pública. Frisa o risco de mitigação da regra da indisponibilidade da persecução penal. Assinala que não é permitido ao legislador ordinário regular a ação penal para atribuir a quem não seja titular exclusivo a possibilidade de mitigar-lhe a obrigatoriedade, sob pena de violação do princípio acusatório. Afirma inviável que o delegado de polícia negocie acordos de colaboração premiada ante o fato de não figurar como parte no processo-crime. Defende mostrar-se imperativa a presença do Ministério Público em todas as fases de elaboração do acordo de colaboração, sendo as manifestações de caráter vinculante em tudo que diga respeito aos efeitos jurídicos dos termos do ajuste.

É o relatório.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**V O T O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A ação direta de inconstitucionalidade volta-se contra Lei federal, havendo sido ajuizada por parte legítima, nos termos dos artigos 102, inciso I, alínea “a”, e 103, inciso VI, da Constituição Federal.

Tem-se dispositivos legais que versam a atuação do delegado de polícia na delação premiada. O exame da questão constitucional é de relevância jurídica, considerada a necessidade de fixar as balizas concernentes à atuação da autoridade policial em instrumento jurídico destinado a viabilizar investigações, elucidando práticas delitivas relacionadas ao crime organizado.

O Procurador-Geral da República argumenta no sentido de ser privativa do Ministério Público a legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada, aludindo à titularidade da ação penal pública, ao devido processo legal e ao princípio da moralidade. Ressalta o risco de o acordo entabulado pelo delegado de polícia resultar em mitigação da regra da indisponibilidade da persecução penal.

Cumpra definir a possibilidade, ou não, de a autoridade policial celebrar acordo de delação premiada, consideradas a distribuição constitucional de atribuições e a titularidade da ação penal de iniciativa pública pelo Ministério Público.

A colaboração premiada não é instituto novo, mas, sim, meio de obtenção de provas em constante evolução. Descabe potencializar o papel do Ministério Público em detrimento do desenvolvimento legislativo do tema, que evidencia tratar-se de mecanismo situado no cumprimento das finalidades institucionais da polícia judiciária.

A ressaltar essa óptica, observem a disciplina na legislação brasileira.

O embrião da delação premiada no direito pátrio, o artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, a partir da redação dada pela Lei nº

ADI 5508 / DF

7.209, de 11 de julho de 1984, estabelece a confissão espontânea como circunstância atenuante na fixação da pena:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III - ter o agente:

[...]

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

Surgiu, na sequência, a Lei de Crimes Hediondos – como se algum crime não o fosse –, de nº 8.072/1990. No artigo 7º, deu-se nova redação ao 159 do Código Penal, a versar extorsão mediante sequestro.

O § 4º inserido nesse preceito assim dispunha:

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de uma a dois terços.

Em nova alteração, o mesmo parágrafo passou a ter o seguinte conteúdo, a partir da Lei nº 9.296/1996:

§ 4º 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.

Ainda em 1990, veio à balha o diploma definidor dos crimes contra a ordem tributária, a econômica e as relações de consumo, introduzindo outras providências – Lei nº 8.137, de 27 de dezembro. Eis o teor do parágrafo único do artigo 16:

Art. 16. [...]

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através

ADI 5508 / DF

de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995)

A Lei alusiva aos delitos contra o sistema financeiro nacional, de nº 7.492, de 16 de junho de 1986, foi objeto de alteração legislativa, operada pela Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995, com a inclusão do § 2º no artigo 25, a revelar:

Art. 25. [...]

[...]

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Em 1998, versou-se novamente a delação premiada. Refiro-me à Lei nº 9.613, de 3 de março, a qual dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos. Criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, dando outras providências. O artigo 1º, § 5º, prevê:

“Art. 1º [...]

[...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços” – e é reduzida, logicamente, por quem julga, não o Estado acusador – “e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

ADI 5508 / DF

(Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)."

Prossigo, para chegar à Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, a cuidar da organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e instituir o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas. O artigo 13 versa a delação premiada:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

E tem-se, em seguida, especificados os resultados visados com o citado instrumento.

Em 2006, voltou-se à normatização do mecanismo mediante a Lei nº 11.343, de 23 de agosto, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Eis o teor do artigo 41:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores 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.

Percebam que, até aqui, o único diploma legal a conter menção expressa a um acordo com o Ministério Público foi a Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2005, de curto período de vigência. Trata-se da Lei de Drogas, revogada pela de nº 11.343/2006. No artigo 32, parágrafos 2º e 3º, assim dispunha:

§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o

ADI 5508 / DF

indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

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

Chego ao diploma que se mostra mais minucioso quanto à delação premiada, revelando parâmetros normativos que precisam ser observados – evidentemente desde que não conflitantes com a Lei Maior do País, a Constituição Federal. Refiro-me à Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e versa a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, tendo sido adotadas providências diversas. E revela a Lei:

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

I - colaboração premiada;

[...]

O artigo 4º, da Seção I, intitulada Da Colaboração Premiada, prevê, na cabeça, efeitos materiais do acordo:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado” – porque interessa à

ADI 5508 / DF

sociedade elucidar a prática criminosa – “efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

A Lei nº 12.850/2013 prossegue no desenvolvimento do tema, aprofundando os desdobramentos do instituto no sentido de dar ao Estado mecanismos eficientes de combate à criminalidade organizada, em consonância com a leitura constitucional da matéria realizada desde 1988, sobretudo no âmbito do Poder Legislativo.

A delação premiada nada mais é do que depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminosa, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitiva, não serve à condenação de quem quer que seja.

A Lei é expressa, no artigo 3º, ao defini-la como instrumento de obtenção de provas, assim como o são a ação controlada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, previstos nos incisos do referido artigo. Trata-se de meio extraordinário para chegar a provas, no que diz respeito a delitos praticados.

Não tem natureza de meio de prova, pois, se assim o fosse, poderia, isoladamente, embasar a condenação criminal, situação inadmitida no §

ADI 5508 / DF

16 do artigo 4º da Lei questionada, que é expresso:

Art. 4º [...]

[...]

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

Uma vez noticiando a delação materialidade criminosa e indícios de autoria, serve, no entanto, como elemento substancial ao recebimento da denúncia.

O Pleno do Supremo, no julgamento do *habeas corpus* nº 127.483, relator o ministro Dias Toffoli, firmou entendimento no sentido de que a colaboração premiada é veículo de produção probatória, uma vez que, a partir das informações disponibilizadas, deflagram-se diligências em busca de dados que as endossem.

Em junho deste ano, ao apreciar questão de ordem na petição nº 7.404, na qual discutida a validade da homologação, pelo relator, do acordo de colaboração premiada, voltou a assentar ser meio de obtenção de prova, cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição.

Em síntese, o que é a delação premiada? É simples depoimento, prestado à autoridade, que será considerado, inclusive sob o ângulo das consequências, na hora devida, pelo órgão julgador, para fins de reconhecimento de benefícios, descritos na Lei. Transparece como confissão qualificada pelas informações que podem levar a resultados, também previstos na Lei – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura e da divisão de tarefas do grupo; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos delitos cometidos; e a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

Observem a organicidade do Direito e o âmbito da Lei nº 12.850/2013, voltada à investigação e disposição de meios de obtenção de provas relacionadas às organizações criminosas.

O legislador constituinte estabeleceu incumbir às polícias judiciárias

ADI 5508 / DF

realizar investigações criminais:

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

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 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.

[...]

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

[...]

Em consonância com os preceitos constitucionais, entre os quais a eficiência – artigo 37 – e o dever de zelo com a segurança pública – artigo 144 –, o delegado de polícia é o agente público que está em contato direto com os fatos e com as necessidades da investigação criminal.

As atribuições conferidas a esse servidor – autoridade policial – dão conformação às polícias judiciárias, constitucionalmente previstas, destinadas à apuração da materialidade, autoria e circunstâncias delituosas.

Mais ainda, a Lei nº 12.830/2012, promulgada em 20 de junho de 2013, poucos dias, portanto, antes do diploma sob análise – a Lei nº 12.850/2013 –, versa a investigação criminal conduzida por delegado de

ADI 5508 / DF

polícia, estabelecendo a exclusividade na presidência do inquérito policial. Destacam-se os seguintes dispositivos:

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

[...]

O agente público tem, portanto, por expressa previsão constitucional e legal, o poder-dever de conduzir a investigação criminal. Para tanto, o legislador dotou o ordenamento jurídico de instrumentos que o habilitam a exercer o mister.

As normas que tratam das funções e atribuições do Ministério Público – artigos 127 a 129 da Constituição Federal – são bem claras. O Constituinte, ao estabelecer, no inciso VII do artigo 129, o exercício do controle externo da atividade policial e, no inciso seguinte, conferir o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, evidenciou a opção de não permitir que o Ministério Público, personificando o Estado-acusador e parte em possível ou já existente ação penal, proceda à investigação criminal, devendo sim zelar pela lisura das atividades policiais e cuidar para que a apuração possa ser concluída de forma a viabilizar o sucesso de ação penal.

A análise constitucional revela não subsistirem os argumentos veiculados na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade. A Constituição Federal, ao estabelecer competências, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos. A concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão pela

ADI 5508 / DF

qual interpretação de prerrogativas deve ser feita mediante visão global, do sistema, sob pena de afastar a harmonia prevista pelo constituinte.

A Lei nº 12.850/2013 tem como objetivo o combate às organizações criminosas, havendo íntima conexão com os postulados constitucionais da eficiência e do resguardo da segurança pública.

Dispõe o § 2º, no qual inserido parte do texto atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade:

§ 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.

No § 6º do mesmo artigo, relativo ao segundo trecho impugnado, tem-se:

§ 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.

Os preceitos asseguram ao delegado de polícia a legitimidade para a proposição do acordo de colaboração premiada – instrumento de obtenção de prova – na fase de investigação, quando desenvolvida no âmbito do inquérito policial.

Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação constitucional conferida pelo artigo 144, meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial. Sendo a polícia a única instituição que tem como função

ADI 5508 / DF

principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente.

A Lei é clara ao definir o momento em que pode ocorrer o procedimento de delação. O artigo 3º, ao versar os meios de obtenção da prova relacionada às organizações criminosas, entre eles a colaboração premiada, dispõe ser a celebração do acordo permitida em qualquer fase da persecução penal.

Abre-se a oportunidade de colaboração premiada na fase de investigações – no curso do inquérito policial ou outro procedimento de investigação equivalente – ou no transcorrer da ação penal, inclusive, após o trânsito em julgado de decisão.

O momento no qual realizada é relevante para que seja estabelecida, nos ditames da lei e da Constituição, a autoridade com atribuições para firmar o acordo: durante as investigações compete à autoridade policial, em atividade concorrente e com supervisão do membro do Ministério Público; instaurada a ação penal, tem-se a exclusividade do Órgão acusador.

A insurgência contra o disposto no § 2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 não prospera.

O texto confere ao delegado de polícia, no decorrer das investigações, exclusivamente no curso do inquérito policial, a faculdade de representar ao juiz, ouvido o Ministério Público, pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não haja sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 do Código de Processo Penal.

O perdão judicial é instituto que possibilita ao juiz deixar de impor sanção diante da existência de determinadas circunstâncias expressamente previstas em lei. É a gradação máxima de redução da pena a resultar na extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IX, do Código Penal. O § 2º do artigo 4º da Lei de regência traz nova causa de

ADI 5508 / DF

perdão judicial, admitido a depender da efetividade da colaboração.

Não se trata de questão afeta ao modelo acusatório, deixando de caracterizar ofensa ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, estando relacionada, tão somente, ao direito de punir do Estado, que se manifesta por intermédio do Poder Judiciário.

A autoridade policial tem a prerrogativa – ou o poder-dever – de representar por medidas cautelares no curso das investigações que preside, mediante o inquérito policial. Há mais. No caso de colher confissão espontânea, tem-se causa de diminuição de pena a ser considerada pelo juiz na sentença, tudo sem que se alegue violação à titularidade da ação penal.

De todo modo, a representação pelo perdão judicial, feita pelo delegado de polícia, ante colaboração premiada, ouvido o Ministério Público, não é causa impeditiva do oferecimento da denúncia pelo Órgão acusador. Uma vez comprovada a eficácia do acordo, será extinta pelo juiz, a punibilidade do delator.

Idêntica óptica deve ser adotada quanto ao disposto no § 6º do mesmo preceito:

§ 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.

Em nenhum ponto o ato normativo em jogo afasta a participação do Ministério Público em acordo de colaboração premiada, ainda que ocorrido entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, não se podendo cogitar da afronta à titularidade da ação penal. Ao contrário, a legitimidade da autoridade policial para realizar as tratativas de colaboração premiada desburocratiza o instituto, sem importar ofensa a regras atinentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez submetido o acordo à apreciação do Ministério Público e à homologação pelo

ADI 5508 / DF

Judiciário.

Embora o Ministério Público seja o titular da ação penal de iniciativa pública, não o é do direito de punir. A delação premiada não retira do Órgão a exclusividade da ação penal.

Há de ter-se presente a impossibilidade de negociação daquilo que está legislado. Em outras palavras, a norma fixa as balizas a serem observadas na realização do acordo. Estas, porque decorrem de lei, vinculam tanto a polícia quanto o Ministério Público, tendo em vista que a nenhum outro órgão senão ao Judiciário é conferido o direito de punir.

O acordo originado da delação não fixa pena ou regime de cumprimento da sanção. Ao Poder Judiciário, com exclusividade, compete, nos termos do § 1º do artigo 4º da Lei, para fins de concessão de vantagens, levar em conta a personalidade do delator, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Os benefícios que tenham sido ajustados não obrigam o órgão julgador, devendo ser reconhecida, na cláusula que os retrata, inspiração, presente a eficácia da delação no esclarecimento da prática delituosa, para o juiz atuar, mantendo a higidez desse instituto que, na quadra atual, tem-se mostrado importantíssimo. Longe fica o julgador de estar atrelado à dicção do Ministério Público, como se concentrasse – e toda concentração é perniciosa – a arte de proceder na persecução criminal, na titularidade da ação penal e, também, o julgamento, embora parte nessa mesma ação penal.

A norma legal prevê, em bom português, que, na prolação da sentença, serão estipulados os benefícios. Não se confunde essa definição, que só cabe a órgão julgador, com a propositura ou não da ação penal. No campo, é soberano o Ministério Público. Mas, quanto ao julgamento e à observância do que se contém na legislação em termos de vantagens, surge o Primado do Judiciário. Para redução da pena, adoção de regime de cumprimento menos gravoso, ou concessão do perdão judicial, há de ter-se instaurado o processo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório. Há de existir sentença, e, nela, o juiz, verificando a eficácia

ADI 5508 / DF

da colaboração, fixa, em gradação adequada, os benefícios a que tem direito o delator.

Mostram-se inconfundíveis o objeto da delação com o efeito concreto, em termos de viabilizar investigações, elucidando práticas criminosas, e os benefícios a serem implementados em sentença pelo órgão julgador. Definida a natureza jurídica do instrumento, tendo em conta o arcabouço constitucional e infraconstitucional, nada impede que seja formalizado, na fase de investigação pelo delegado de polícia, com manifestação do Ministério Público, como dispõe a legislação, uma vez que as vantagens previstas na Lei de regência somente poderão ser implementadas pelo juiz.

O argumento segundo o qual é privativa do Ministério Público a legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada, considerada a titularidade exclusiva da ação penal pública, não encontra amparo constitucional.

Quanto aos efeitos processuais que possam advir da delação, há, no § 3º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013, previsão de suspensão do prazo de oferecimento da denúncia ou processo por 6 meses, prorrogável por igual período, em relação ao colaborador. Nas situações especificadas no § 4º, o Órgão acusador pode deixar de apresentar a denúncia, campo no qual atua – ato omissivo – com absoluta discricionariedade.

Art. 4º [...]

[...]

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

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

ADI 5508 / DF

Com a promulgação da Constituição de 1988, as atribuições do Ministério Público foram superdimensionadas, sendo preciso compreendê-las ante as funções das demais instituições.

Descabe centralizar no Ministério Público todos os papéis do sistema de persecução criminal, atuando o Órgão como investigador – obtenção do material destinado a provar determinado fato –, acusador – titular da ação penal – e julgador – estabelecendo penas, regimes e multas a vincularem o Juízo –, em desequilíbrio da balança da igualdade de armas. Não me canso de repetir que se paga um preço por se viver num Estado Democrático de Direito e esse preço é módico: o respeito irrestrito à ordem jurídica em vigor, especialmente à constitucional. Em Direito, o meio justifica o fim, mas não este àquele, pouco importando a boa intenção envolvida.

O quadro não autoriza admitir a interpretação postulada pelo Procurador-Geral da República no sentido de considerar-se indispensável a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de delação premiada, bem assim de ter-se como obrigatório e vinculativo o parecer da instituição.

A interpretação conforme à Constituição revela técnica de controle de constitucionalidade, e não somente método de interpretação hermenêutico. O intérprete ou aplicador do direito, ao se deparar com normas que possuam mais de uma compreensão, deverá priorizar aquela que mais se coadune com o texto constitucional, situação não verificada.

Os textos impugnados versam regras claras sobre a legitimidade do delegado de polícia na realização de acordos de colaboração premiada, estabelecendo a fase de investigações, no curso do inquérito policial, como sendo o momento em que é possível a utilização do instrumento pela autoridade policial. Há previsão específica da manifestação do Ministério Público em todos os acordos entabulados no âmbito da polícia judiciária, garantindo-se, com isso, o devido controle externo da atividade policial já ocorrida e, se for o caso, adoção de providência e objeções. As normas legais encontram-se em conformidade com as disposições

ADI 5508 / DF

constitucionais alusivas às polícias judiciárias e, especialmente, às atribuições conferidas aos delegados de polícia. Interpretação que vise concentrar poder no Órgão acusador desvirtua a própria razão de ser da Lei nº 12.850/2013, na qual presente que todas as autoridades envolvidas – delegado de polícia, membro do Ministério Público e juiz –, como agentes essenciais à consecução da Justiça criminal, possam realizar, cada qual no exercício legítimo das próprias funções, as atividades que lhes são constitucionalmente atribuídas.

A supremacia do interesse público conduz a que o debate constitucional não seja pautado por interesses corporativos, mas por argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade. A atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal, é de relevância maior. É nefasta qualquer “queda de braço”, como a examinada.

Ante o quadro, julgo improcedente o pedido, assentando a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013.

É como voto.

13/12/2017**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL****APARTE**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Vossa Excelência me permite um aparte? Apenas para encarecer o que acaba de afirmar Vossa Excelência.

Estou preparando e entregarei na terça-feira, na última sessão, um relatório à Procuradora-Geral da República com o que Vossa Excelência acaba de anotar. De fato, as diligências se prolongam em inquéritos que não permitem que os relatores terminem e possam apresentar a resposta quanto ao recebimento ou não da denúncia. Nós temos casos aqui de pedidos de sobrestamento por sessenta dias que ficam na conta dos Senhores Ministros-Relatores que datam de junho de 2016. Portanto, apesar do sobrestamento ser pedido em razão de diligências, ou para verificar se há a possibilidade ou não de continuidade do processamento, ele é dado por sessenta dias e não é acionado novamente ao final. Anotei, no curso deste ano, que, a despeito do pedido ser formulado pelo Ministério Público, o acervo fica na conta do Ministro-Relator, na conta do Supremo Tribunal Federal. O número de casos é bem significativo, e, por isso, estou ultimando esses trabalhos, até para que tenhamos exatamente o que o Ministro Marco Aurélio afirma. Não estou procurando responsáveis - e tenho certeza que o Ministro Marco Aurélio também não -, mas soluções, que é o meu papel de administradora, neste momento, no Supremo, para que nós todos possamos ver a quem compete fazer o quê.

E, como observado pelo Ministro Marco Aurélio, com muita pertinência, pedidos que se prolongam são debitados na conta do Supremo, ou do Poder Judiciário em geral. Nós temos diligências pedidas por trinta dias, depois, por mais trinta dias, sem qualquer explicação. E para não criarmos qualquer empecilho, até para o perfeito esclarecimento dos fatos e a prestação adequada da jurisdição, acabamos fazendo com que isso se prolongue indefinidamente. Os autos podem até estar aqui, ou terem sido remetidos, mas o acervo permanece como sendo do Supremo

ADI 5508 / DF

Tribunal Federal.

Agradeço a oportunidade que Vossa Excelência nos deu para esse esclarecimento. Na próxima terça-feira, Vossas Excelências receberão, assim como a Procuradora-Geral, o relatório anual com o que estou trazendo para conhecimento, a fim de que o Ministério Público e a Polícia Federal nos posicionem, porque há casos com até seis prorrogações de prazo para diligências. Não estou querendo afirmar com isso que nós também não tenhamos que dar presteza aos julgamentos. Por essa razão, tenho me empenhado para que os gabinetes tenham melhores condições de trabalho, que não é fácil com um quadro tão pequeno, tão austero como o que temos.

Muito obrigada pelo aparte. Desculpe-me interrompê-lo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E o leigo não percebe que a regra é ter-se o Juízo como um órgão inerte. Somente atua mediante provocação. E a provocação, em termos de diligência, geralmente é do Ministério Público, do Estado acusador, porque ele é que deve comprovar a culpa do envolvido, na investigação ou já no processo-crime, como réu.

Minha esperança é muito grande, em termos de agilização desses inquéritos e processos-crime. Por quê? Hoje, tem-se dupla sensibilidade na área, e há coincidência inclusive de nomes: a sensibilidade retratada na pessoa da Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira, como a conheci na UnB, hoje Dodge, e a sensibilidade retratada naquela integrante do Ministério Público que coordena a área penal, que é a Dra. Raquel Branquinho.

Teremos dias melhores, em termos de conciliação da celeridade e conteúdo, no campo da persecução criminal.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Bom-dia, Presidente, Ministra Rosa, Ministros! Quero aproveitar para cumprimentar as sustentações orais que foram realizadas, iniciando pela Doutora Raquel Dodge, Procuradora-Geral; cumprimentar a Doutora Grace, Advogada-Geral; a Doutora Larissa, pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal; e o Doutor Rudi Meira Cassel, pela Federação Nacional dos Policiais Federais.

Eu vou sintetizar o voto, Presidente, aproveitando grande parte do que já foi dito pelo Ministro Marco Aurélio, iniciando exatamente pela questão de que a colaboração ou delação premiada no Brasil não é nova. Então, qual a diferença essencial para nós estarmos tratando desse assunto específico em relação à polícia?

Quando eu digo que não é nova, além do retrospecto já feito, é porque ela consta no ordenamento jurídico brasileiro, desde 1603, nas Ordenações Filipinas, e, depois, no Código Criminal do Império. E a delação mais famosa, que foi uma delação premiada não realizada pelo órgão de acusação, diríamos assim, foi realizada pela Fazenda Real, na questão de Joaquim Silvério dos Reis, Tiradentes, e do delator, mas, a partir disso e, principalmente, depois, no Brasil, a delação foi afastada, retornando há pouco em nossa legislação. A Constituição de 1988, claramente, no art. 129, I, optou pelo modelo acusatório. Mas optou – e faço aqui o primeiro ponto que será importante para a minha conclusão – pelo modelo da obrigatoriedade mitigada, porque também o Ministério Público, assim como todos os demais órgãos da administração, todos os demais órgãos do Estado estão submetidos ao princípio da legalidade, art. 37, *caput*.

Houve a opção pelo modelo acusatório, com a privatividade da ação penal pública; mas não o modelo discricionário como no direito anglo-saxônico, principalmente com os Estados Unidos, onde o membro do

ADI 5508 / DF

Ministério Público tem total discricionariedade.

Aqui, a conjugação do 129, inciso I; o 37, *caput* e o art. 5º, LIX que prevê, na inércia do Ministério Público – e somente na inércia –, a possibilidade de ação penal subsidiária, demonstram a adoção do critério da obrigatoriedade mitigada, com a possibilidade, desde que prevista em lei, do afastamento dessa obrigatoriedade. A isso, juntou-se, por interpretação da própria Constituição – e a meu ver, desde sempre pela questão da teoria dos poderes implícitos ao Ministério Público –, o poder de investigação, que até essa Corte já decidiu.

Dentro desse novo modelo do sistema acusatório, da obrigatoriedade mitigada, a Constituição – e aí é uma segunda diferenciação em relação ao sistema anglo-saxônico norte-americano, principalmente de discricionariedade total –, a Constituição manteve a exclusividade da presidência dos inquéritos policiais à Polícia Judiciária. Então, nós temos um sistema híbrido, porque há o sistema acusatório, há a privatividade da ação penal, mas ainda se mantém a presidência dos inquéritos pela Polícia Judiciária. Foi uma opção do legislador constituinte de 88, até porque era uma tradição na Justiça Penal, na persecução penal brasileira, a Polícia Judiciária.

Dentro desse modelo foi construída a introdução de alguns mecanismos do gênero *plea bargain*, ou seja, do gênero justiça penal transacional ou negocial. Dentro da possibilidade de uma obrigatoriedade mitigada no sistema acusatório, a legislação começou a trazer espécies dessa justiça penal negocial: transação penal é uma espécie, e só o Ministério Público pode oferecer; a suspensão condicional do processo é outra espécie, também só o Ministério Público pode oferecer; só que a terceira espécie – e aqui é outro ponto importantíssimo – é a delação, agora chamada de colaboração premiada. Mas a colaboração premiada não foi reintroduzida pelas leis mais recentes do Brasil como espécie puramente de justiça transacional ou negocial, porque, como bem ressaltou o Ministro-Relator, diferentemente do que ocorre nos países que assim o fizeram, como por exemplo novamente os Estados Unidos (*plea bargain*), essa espécie de colaboração premiada na

ADI 5508 / DF

justiça negocial, no Brasil, não pode ser utilizada como prova. Não raro nos Estados Unidos, o promotor faz o acordo com o delator para que ele seja testemunha de acusação, e há a possibilidade da condenação tão somente com base nas delações, dentro dessa questão negocial. Ou seja, é uma prova e, se assim o é, só quem pode fazer é o Ministério Público. Inclusive, há decisão de 2000 ou 2001 na qual a Suprema Corte anulou um acordo feito pelo FBI. Mas, dentro dessa hipótese de que é uma prova, e quem pode juntá-la, logicamente, é o órgão da acusação.

Agora, no Brasil, diferentemente da transação e da suspensão condicional do processo, que entraram como hipótese de justiça negocial transacional, a colaboração premiada é híbrida, porque faz parte de uma negociação, só que ela é um meio de obtenção de prova, tanto que não é possível a condenação com base tão somente na delação. Ou seja, é um meio de obtenção de prova.

Nós juntamos dois hibridismos: o nosso sistema acusatório com a permanência da exclusividade da presidência dos inquéritos policiais pela polícia, com outro hibridismo no tocante à colaboração premiada, trazida não como uma prova, mas como um meio de prova. Se nós juntarmos, ao meu ver, essas duas questões, nós teremos que não será, em regra, possível negar à autoridade policial, que tem pela Constituição não a exclusividade da investigação criminal, mas da presidência do inquérito policial, a atuação e a realização em um meio de obtenção de prova. Até porque, dentro da construção constitucional e da recepção do ordenamento processual penal brasileiro, o inquérito se destina exatamente a produzir elementos que comprovem autoria e materialidade para permitir o exercício da ação penal ao Ministério Público. Cercear a possibilidade de realizar um meio de obtenção de prova importante como esse, seria, a meu ver, como regra, tolher a própria função investigatória da polícia.

Agora, obviamente, há uma exceção e, nessa parte, vou pedir vênias para divergir do Ministro Marco Aurélio: É um meio de obtenção de prova. Entendo que é possível à autoridade policial realizar. E aqui foi muito repetido nas sustentações orais "Polícia Federal, Polícia Federal".

ADI 5508 / DF

Na verdade, a lei fala "Polícia", Federal ou Civil, no âmbito das suas atribuições. É a Polícia Judiciária. Aqui, nós acabamos, até costumeiramente, pensando sempre em delação entre Procuradoria-Geral e Polícia Federal, homologada pelo Supremo; mas é "polícia" como um todo e Ministério Público como um todo. Dentro dessa ideia da possibilidade de realização pela Polícia Judiciária, por ser um meio de obtenção de prova, pode ser realizada, desde que não afete a titularidade da ação penal pública. Explico: Há uma possibilidade que pode, a meu ver, afetar a titularidade da ação penal pública. O acordo feito pela autoridade policial, sempre pré-denúncia, pré-investigação, em relação ao perdão judicial homologado afeta a titularidade da ação penal.

Ora, um acordo realizado pela autoridade policial, homologado, que preveja ao delator o perdão judicial, já imediatamente, estaria obstaculizando o exercício da ação penal por parte do Ministério Público, diferentemente, ao meu ver, dos demais acordos. Mesmo aqueles que, dentro dos parâmetros legais – e isso depois será, na decisão final, analisado quanto à sua eficácia –, estabelecem, dentro do mínimo e máximo da lei, o *quantum* da pena. Isso não afeta a titularidade da ação penal, até porque quem aplica a pena, como bem ressaltou o Ministro Marco Aurélio, não é o Ministério Público, é o Poder Judiciário dentro dos parâmetros legais. Agora, a aplicação do perdão judicial por acordo feito pela autoridade policial e homologado pelo Poder Judiciário, ao meu ver, afetaria diretamente o exercício da ação penal. No próprio parecer do Ministério Público, o que se coloca é exatamente isso. O Ministério Público coloca um pouco mais largamente a ideia:

"(...) legitimidade para oferecer e negociar acordos de colaboração premiada é privativa do Ministério Público, tendo em conta que desse instrumento de investigação criminal pode resultar mitigação da regra de indisponibilidade relativa da persecução penal."

Agora, o fundamento aqui me parece correto, mas não o da privatividade, mas, sim, de que toda vez – a meu ver, aqui, só no perdão judicial – que afetar a titularidade privativa da ação penal pelo Ministério Público, obviamente, nesses casos, teríamos, pela lei, uma

ADI 5508 / DF

inconstitucionalidade, em face do artigo 129, I. E a própria redação da lei, no §2º do art. 4º, parece-me, na questão própria, exclusiva, do perdão judicial, acabou escorregando um pouco na questão do perdão, porque, ao prever que o delegado de polícia nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, e o próprio Ministério Público, a qualquer tempo, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se no que couber o art. 28. Vejam que o próprio legislador, na questão do perdão, por ser algo excepcionalíssimo, previu um único controle, mas um controle que existe só para o Ministério Público: o art. 28.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Estabeleço a distinção: uma coisa é o perdão resultante de pronunciamento judicial, outra é o perdão, implícito, no que o Ministério Público não venha a ofertar a denúncia. Nesse campo, ele é soberano; mas, no campo primeiro, não. Fica o perdão, alinhavado no acordo de delação, submetido ao Judiciário.

Vossa Excelência apontou que divergiria, que teria um senão na Lei. Quando a Lei remete ao artigo 28 do Código de Processo Penal é para aquela situação em que se tem a postura do Ministério Público em um patamar que não seja o superior, ou seja, em que o promotor, por exemplo, deixe de apresentar a denúncia. Pode o órgão investido do ofício judicante acionar a previsão instrumental e determinar a remessa dos autos ao chefe do Ministério Público local ou Federal.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exato, não se aplica no caso de eventual acordo realizado pela Procuradora-Geral da República com o delator, em que se oferece o perdão e pede a homologação.

Agora, se aplica se for um Procurador da República, um Promotor de Justiça. A Lei prevê o 28, ou seja, para a chefia da instituição, para que haja um controle. Só que não há esse controle, nem na Lei, no caso da autoridade policial que realize um acordo que estabeleça o perdão judicial. A própria Lei nisso acabou não estabelecendo um controle

ADI 5508 / DF

idêntico, porque o controle só existe para o órgão acusador. O perdão judicial, aqui, da mesma forma como o não oferecimento de denúncia possibilita o artigo 28, porque a obrigatoriedade é mitigada. No caso da autoridade policial, não haveria nenhum controle. Uma vez realizado esse acordo, oferecido o perdão judicial, dentro da regularidade, legalidade, não haveria nenhum controle, diferentemente do que a própria Lei previu em relação ao Ministério Público.

Aqui – e somente na questão do acordo que ofereça o perdão –, me parece que fere a titularidade privativa da ação penal pública, o sistema acusatório, porque poderia obstaculizar o exercício da ação penal.

No memorial consta:

Se autoridade policial firmar um acordo de colaboração ofertando o perdão judicial, o Ministério Público ficará impedido de oferecer denúncia?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, permita-me mais uma vez. Tudo estará submetido ao Estado-juiz. Se o Estado-juiz acolher o que previsto, e isso ocorrerá em sentença, já ofertada a denúncia, quanto ao perdão judicial, evidentemente, esse ato se tornará observável pelo Ministério Público, a não ser que haja recurso para outro órgão do Judiciário apreciar o merecimento, ou não, do que decidido. Então, não há qualquer risco, ou seja, o fato de a autoridade policial apresentar acordo que verse sinalização, simples sinalização, de perdão não implica o cerceio do Ministério Público, sob pena de o esquema não fechar. A autoridade policial pode tudo em termos de alinhar benefícios, mas não pode sequer sugerir – porque é uma simples sugestão, e, tanto quanto possível, será acatada para não se esvaziar o instituto da delação premiada –, não pode sinalizar o perdão!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, não gosto muito de interromper, mas Vossa Excelência me permite apenas uma observação brevíssima? Um dos dispositivos questionados é exatamente o § 2º do artigo 4º da Lei nº 12.850. Nele se contém expressamente que:

"§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o

ADI 5508 / DF

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 (...)"

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Que poderá se opor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque é expreso quanto ao requerimento do perdão judicial. Mas eu apenas estou enfatizando para ficar claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não se tolhe, Presidente, a atuação do Ministério Público! Ao contrário, dá-se uma ênfase maior à atuação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu estou enfatizando porque, pelo que eu depreendo, o Ministro Alexandre de Moraes, acha que não pode sequer propor neste caso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Da minha parte, sempre ouço, Presidente. Claro que reflito e decido como entendo ser mais consentâneo com o arcabouço normativo. Sempre ouço o Ministério Público, e com muita deferência, porque, inclusive, já o integrei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E a Procuradora foi muito enfática em relação a isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A grande preocupação do § 2º é exatamente afetar a titularidade da ação penal. Óbvio que o acordo não pode afetar. Mas, uma vez feito o acordo pelo autoridade policial, oferecendo que vai representar pelo perdão judicial, ou já representando pelo perdão judicial, ouvido o Ministério Público, contra, o juízo homologa o perdão judicial. Estaria o Ministério Público aí impedido de exercer a titularidade, de oferecer a denúncia? Se estiver há ferimento do art. 129, I, da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ele homologa, Ministro. Voltamos àquela discussão interminável. Quais são os limites da homologação?

ADI 5508 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas aí o que está em conta é o Estado-juiz.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Homologa numa primeira parte, quanto aos aspectos formais e à licitude das cláusulas, mesmo porque não sabe, *a priori*, qual a concretude, a eficácia da delação. Como homologar quanto ao próprio perdão?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Então, o que nós teríamos aqui é exatamente isso: uma homologação de um perdão; uma homologação da qual o titular da ação penal pública não concordou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O perdão pressupõe decisão judicial. E, para que haja decisão judicial, indispensável é a existência de um processo-crime. E o processo-crime não surge sem a denúncia.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Marco Aurélio, o que nós estamos vendo, no desenvolvimento, na formação da delação no Brasil – e por isso que eu comecei dizendo que é um tema que deverá logo ser discutido aqui no Supremo –, é o início do cumprimento das sanções fixadas na delação e homologada, mesmo sem a ação penal.

Então, com a devida vênia do Ministro Marco Aurélio em relação a esse ponto, entendo o § 2º, em relação à possibilidade dessa representação, de se realizar um acordo com o oferecimento do perdão, fere a titularidade da ação penal pública, porque, de um lado, ou o Ministério Público depois vai ignorar – e aí vamos ter uma batalha judicial, e a segurança jurídica que foi tão debatida, aqui, durante duas semanas, em junho, da delação ficará prejudicada – ou Ministério Público vai ter que observar ferindo o art. 129, I, do texto Constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A lei não deu esse poder à autoridade policial, Ministro! Tanto que se refere à manifestação, e ela é imperativa, está em norma cogente do Ministério Público, como também a fixação dos benefícios. Quando? Quando da prolação da sentença. A autoridade policial não tem esse poder.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A lei deu à

ADI 5508 / DF

autoridade policial o poder de realizar o acordo. E, no acordo, estipular que vai requerer o perdão judicial, com ou sem opinião do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não é definitivo, Ministro, o acordo não é definitivo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu queria fazer essa observação, porque eu também pertenci ao Ministério Público, mas, depois, eu fiz outro concurso para a magistratura.

Mas eu indago de Vossa Excelência o seguinte: uma interpretação conforme que, digamos assim, chancelasse o que está na lei, mas que submetesse a legalidade e a legitimidade dessa delação à supervisão e anuência do Ministério Público, seria algo que Vossa Excelência conceberia?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, na verdade, a minha proposta...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro Fux, a lei contempla a aquiescência ou a oposição do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu sei, mas estou querendo chegar, talvez, a uma solução intermediária, porque também não se está aqui preconizando que o delegado possa impor o perdão judicial a ponto de manietar o Ministério Público e impedi-lo de oferecer ação penal; não é isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ninguém disse isso!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, não é isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não sei a razão da objeção do ministro Alexandre de Moraes ao que veiculei, a não ser colocar, talvez, uma vírgula no que foi dito.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É porque, Ministro Alexandre, Vossa Excelência também foi do Ministério Público estadual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Perdoe-me o ministro Alexandre de Moraes, que está aniversariando hoje.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É verdade.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não devia estar me dirigindo a Vossa Excelência assim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas também há presente de grego; então não tem problema que Vossa Excelência faça essa intervenção.

Vossa Excelência foi do Ministério Público estadual, e há determinados delitos, por exemplo, o narcotráfico, em que a polícia, com atuação imediata e delação das denominadas "mulas", consegue apurar bem esses ilícitos. Vossa Excelência já teve, certamente, à época da sua atuação. Então, há determinados delitos em que a delação premiada é muito importante, se feita imediatamente pela polícia, e há outros que, efetivamente, o Ministério Público Federal tem demonstrado excelência na apuração. A meu ver, a grande questão que estamos debatendo é o problema de a homologação do delegado impedir o Ministério Público de propor ou não a ação penal. Eu tenho a impressão de que, com a anuência do Ministério Público da delação feita na polícia, o problema estaria resolvido.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Na verdade, com a anuência do Ministério Público, há um acordo geral, nem há problema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – De qualquer forma, não se torna obrigatório, considerado o Judiciário.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Alexandre**, nós estamos diante de uma decisão que é objetivamente a seguinte: o Estado-investigador pode dispor sobre a acusação?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não disse, em meu voto, que pode. Estão vendo, Presidente, chifre em cabeça de cavalo. Não disse, em meu voto, que pode.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O Ministro Relator **Marco Aurélio** parte de premissas nas quais o Ministério Público está sempre presente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu entendi muito bem o voto de Vossa Excelência, que partiu dessas premissas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Talvez a falha esteja na ausência da distribuição do voto antes do pregão do processo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Marco Aurélio**, Presidente e eminentes Colegas, nós temos, às vezes, que dizer e repetir o óbvio, porque a sinalização do dispositivo ou de uma ementa pode expressar uma conclusão que não foi à qual nós chegamos. Vossa Excelência, desde sempre, deixou muito claro nas premissas do voto, mas, na técnica, Vossa Excelência chega à conclusão da improcedência da ação.

Eu penso que - numa linha que começou a desenvolver o Ministro **Alexandre**, agora há pouco secundada pelo Ministro **Luiz Fux** - talvez nós tenhamos que explicitar os limites dessa atuação do Estado-investigador. O Estado-investigador dispõe da capacidade - pelo nosso sistema constitucional, não pela lei - de acordar com o investigado? Ou é o Estado-acusador, Ministério Público, que tem essa disposição? Era só isso que eu queria colocar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Acho que, sendo esse o objeto, é incipiente ainda dizer, antes da finalização do voto do Ministro Alexandre, que iniciou afirmando que divergiria em parte, posto qual é o objeto, como o foi pelo Relator, e o questionamento feito pelo Ministério Público: a Polícia Federal também dispõe de condições de fazer a colaboração premiada? Os dispositivos que dizem respeito a isso estão de acordo com a Constituição? Esse é o objeto. Então, antes de ouvir, acho intempestivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Polícia judiciária. Não é privilégio da Polícia Federal.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, Senhora Presidente, só para nos adstringirmos ao objeto aqui, o que nos é proposto é saber se os delegados de polícia em geral têm legitimidade para formalizar acordo de

ADI 5508 / DF

colaboração premiada. É isso aqui. Não é saber se o Ministério Público está vinculado ao delegado. É saber se os delegados de polícia têm legitimidade para formalizar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Exatamente esse o objeto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E, aí, talvez, entre o *plus* a que se referiu o Ministro Toffoli: se tem, qual é o limite? Pronto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Qual é o limite? Porque isso passará por uma homologação judicial.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Exatamente esse o objeto da ação

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O limite, Presidente, em primeiro lugar, está na lei. Entabula o acordo, há a manifestação do Ministério Público e a definição dos parâmetros pelo Judiciário. Isso busquei explicitar no voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não. Vamos ouvir então o voto do Ministro Alexandre de Moraes até o final.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu vou pedir o desconto de tempo como sempre. Eu vou concluir, Presidente. Dentro das premissas que coloquei sobre a Constituição consagrar o sistema acusatório da obrigatoriedade mitigada, mas mantendo a questão do inquérito policial, sob a presidência da Polícia Judiciária, sem paralelo com Alemanha, Espanha, Portugal, Colômbia, porque são órgãos distintos, não há subordinação seja hierárquica, seja funcional entre Ministério Público e Polícia.

Agora, em virtude do art. 129, I, concluo: primeiro, entendo que a autoridade policial pode realizar os acordos de colaboração premiada. Não há, a meu ver, inconstitucionalidade, em regra, para que ela realize esse acordo. Obviamente, se não houver um trabalho conjunto em nada adiantará, porque realizado um acordo e, depois, o Ministério Público, na investigação, arquiva a investigação, mas não vejo ferimento à Constituição, salvo no § 2º do art. 4º na questão do perdão judicial.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência, em penal, não admite o perdão?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não policial. Só na religião. Então não o perdão policial, perdão judicial, mas obviamente se pode fazer o acordo, fecha o acordo que vai requerer, o juiz homologando, isso, a meu ver, afeta a titularidade da ação penal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência diverge em parte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Podemos condenar, Presidente, o juiz nas custas!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Julgo parcialmente procedente somente em relação ao § 2º.

No § 6º, eu acompanho integralmente o Relator, que é a possibilidade, no geral, da autoridade policial realizar o acordo de colaboração. No § 2º, por entender que pode existir ferimento ao art. 129, I, nesse caso, entendo que somente poderá ser homologado pelo juiz o oferecimento do acordo, da possibilidade de perdão judicial, se houver concordância do Ministério Público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE)- Então, aqui, interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Então, aqui dou uma interpretação conforme ao § 2º, desde que, no caso do perdão judicial, haja expressa concordância do Ministério Público. Assim que eu voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vai ser difícil o Ministério Público concordar com o perdão, porque a ênfase maior é à persecução criminal. Agora, pelo voto do ministro Alexandre de Moraes, submete-se inclusive o Judiciário à manifestação do Ministério Público. Enquanto tiver esta capa sobre os ombros, não posso agasalhar essa óptica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 5508 / DF

Presidente, pelo entendimento do Relator, é o Judiciário que vai dar a palavra final.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vai dar a palavra final, inclusive podendo podendo ouvir.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Se há de acolher o perdão proposto pelo Ministério Público, com maior razão pela autoridade policial.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Na verdade, aqui, eu não submeto a autoridade judicial ao Ministério Público. Cada instituição tem a sua função. Da mesma forma que o Judiciário não pode obrigar o Ministério Público ao oferecimento da denúncia, ou seja, a promover a ação penal, entendo também que o Judiciário, nesse caso do § 2º, atendendo a uma solicitação da polícia, não pode obrigar o Ministério Público a não atuar. Aqui não é questão de Judiciário/Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não disse o contrário em meu voto!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Aqui a questão é exatamente de titularidade. O Judiciário pode, uma vez oferecida a denúncia, rejeitá-la, mas não pode obrigar o Ministério Público a denunciar. Então, dou essa interpretação conforme, nesse caso, para que o acordo seja levado à homologação, aqui, se houver oferecimento de representação para concessão de perdão, deve haver concordância de opinião entre polícia e Ministério Público; o juiz pode não homologar, mas deve haver essa obrigatória concordância.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Alexandre**, Senhora Presidente, eu sei que está na hora de concluir, mas há uma reflexão que eu gostaria de deixar e, com a experiência do Ministro **Alexandre de Moraes**, que foi Secretário de Segurança, se Sua Excelência pudesse compartilhar conosco como é que funciona na prática o agente infiltrado. A polícia pode colocar um agente infiltrado em uma organização criminosa e ele vai ter inimizabilidade e isso não passa pelo Ministério Público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Nem pode porque, senão, os efeitos seriam inócuos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, como é que isso funciona na prática e qual a vinculação disso para o Ministério Público e para o Juiz? É uma questão que eu estou colocando à reflexão, porque vai além do acordo, porque esse agente infiltrado pode praticar crimes, ele pode praticar homicídio.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, não passa pelo Ministério Público, mas aqui volta, ao meu ver, à tese geral que eu defendo, que é, toda vez que qualquer acordo ou qualquer medida, seja pré-processual, seja processual, atacar a titularidade da ação penal pública do Ministério Público, obviamente, isso é inconstitucional. No caso da operação controlada ou, inclusive, da infiltração – e há, principalmente, em narcotráfico, muito isso –, nesses casos, todas as provas, *a posteriori*, vão ao Ministério Público, inclusive a participação ou eventuais crimes praticados pelo agente para verificar se não houve abuso ou se está dentro da legalidade; não se retira do Ministério Público a titularidade da ação penal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Em tese, o Ministério Público pode denunciar um agente infiltrado?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - cancelado

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Colegas, eminente Ministro-Relator, Ministro Marco Aurélio.

Cumprimento os Ministros que me precederam já no voto, portanto, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Alexandre de Moraes. Saúdo também todas as sustentações orais aqui levadas a efeito da Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge, dos Advogados que assomaram à tribuna e dos que se encontram aqui presentes, Advogados e Advogadas.

Senhora Presidente, neste tema, vem-me à mente uma frase de Roger Garaudy, que dizia que, às vezes, o mais difícil não é responder os problemas, mas formulá-los. E, numa das intervenções, o Ministro Luiz Fux, nessa linha de preocupação, chegou mesmo a ler o que consta da papeleta do julgamento para indicar, digamos, a direção do problema em face do qual estamos a buscar uma determinada resposta e Sua Excelência fez referência a que o tema em pauta busca saber se os delegados de polícia têm legitimidade para formalizar acordos de colaboração premiada.

Se esse é o foco do tema, Senhora Presidente e eminentes Colegas, creio que também, ao avançar sobre ele e apresentar a reflexão que trago, e espero que contribua para o debate inaugurado pelo eminente Ministro-Relator e, na sequência, com todas as achegas feitas pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes. Espero que a contribuição que eu traga também, quiçá, avance para além de uma redução eventualmente simplificadora e plebiscitária que esse tema poderia nos levar, e para a qual os votos que me precederam, certamente, não se direcionaram. Acredito que essa redução simplificadora, que tem uma certa sedução, seria colocar sobre a mesa uma opção e marcar um X em relação ou ao papel da Polícia, ou ao papel do Ministério Público, sendo que essas duas instituições que atuam em nome do Estado não são um fim em si mesmo,

ADI 5508 / DF

atuam, na verdade, tendo como destinatária a sociedade como um todo, como o próprio Poder Judiciário não é um fim em si mesmo.

Daí por que a reflexão que trago e que está assentada em três pilares, em três premissas, procura responder o tema, afinal de contas, saber se delegado de polícia pode formalizar o acordo de colaboração premiada e remetê-lo ao juiz para que o juiz examine e homologue, este é o problema concreto. Aliás, há um desses temas exatamente no meu gabinete, aguardando o desate dessa matéria; portanto, nós temos problemas reais e concretos aguardando essa solução.

Mas também creio que temos, tendo em vista a abertura que esta ação direta de inconstitucionalidade permite, uma oportunidade para, solvendo o caso concreto, apresentar, quiçá, na via de uma interpretação conforme, que é o que eu proporei ao final, uma tentativa de, à luz dos interesses da sociedade e da eficiência do Estado na persecução criminal, que, num Estado Democrático de Direito e numa Constituição como a nossa, elegeu também o sistema punitivo como uma forma, inclusive, de proteção dos direitos humanos, o que significa, portanto, que o papel do Ministério Público é relevante nesses dois horizontes, como também o da Polícia que, em todos os sentidos e em todas as suas dimensões, presta um papel de extremo relevo à sociedade.

Por isso, eu principio, Senhora Presidente, assentando - e, obviamente, reiterando meus cumprimentos ao eminente Ministro-Relator - a primeira das três premissas, o primeiro dos três pilares, que procura veicular a reflexão que trago, à guisa de contribuição, na forma de voto, a este debate.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhora Presidente, busca-se com a presente ação a declaração de inconstitucionalidade dos §§ 2º e 6º, do art. 4º, da Lei 12.850/2013, no que concerne à atribuição aos Delegados de Polícia para negociação realizada entre as partes e formalização do acordo de colaboração premiada.

Ao tempo que louvo os brilhantes votos dos eminentes pares que me antecederam, apresento proposta de deliberação a esse colegiado, cuja compreensão se assenta em três premissas, as quais, sob minha ótica, são essenciais para fundar as conclusões adiante explicitadas.

A **primeira premissa** reside na constatação segundo a qual a **colaboração premiada** é realidade jurídica, em si, mais ampla do que o **acordo de colaboração premiada**.

Com efeito, há a possibilidade jurídica de um investigado, acusado, ou mesmo alguém já condenado, colaborar com a Justiça Criminal e obter benefício em forma de sanção premial, sem que, necessariamente, tenha de celebrar um acordo de colaboração com um agente do Estado.

Percebe-se não ser nova, no sistema processual brasileiro, a possibilidade de concessão de sanção premial decorrente de colaboração prestada por investigados ou acusados.

Menciono, a título de exemplo, o disposto no Código Penal (art. 159, §4º):

Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos.

(...)

§ 4º- Se o crime é cometido em concurso, **o concorrente que o denunciar à autoridade**, facilitando a libertação do seqüestrado, **terá sua pena reduzida de um a dois terços**.

ADI 5508 / DF

Na Lei 7.492/86, a qual define os crimes contra o sistema financeiro nacional (art. 25, §2º):

Art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

(...)

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Na Lei 8.137/90, a qual define os crimes contra a ordem tributária e relações de consumo (art. 16, parágrafo único):

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Na Lei 9.034/95, ora revogada, que dispunha sobre meios operacionais para a prevenção de repressão de ações praticadas por organizações criminosas (art. 6º):

Art. 6º Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria

Na Lei 9.613/98, a qual dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 1º, § 5º):

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser

ADI 5508 / DF

cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Na Lei 9.807/99, que prevê, dentre outros temas, a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal (arts. 13 e 14):

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

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

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

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

Art. 14. 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, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Da mesma forma, na Lei 11.343/06, que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas (art. 41):

ADI 5508 / DF

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Como se vê, os aludidos dispositivos mencionam a possibilidade de concessão de sanções premiaias, mas não esquadriham, de modo sistemático, qualquer regime procedimental a que a colaboração premiada deve estar submetida, especialmente no que diz respeito à celebração de um acordo.

Deles se extraem previsões de benefícios a determinadas formas de colaboração sem uma necessária vinculação a uma prévia atividade negocial entre o colaborador e o Estado. Colaboração, pois, é uma figura jurídica ampla que pode ou não compreender sua densificação concreta precedida de acordo.

A Lei 12.850/13, ora em análise, especialmente no seu art. 4º e seguintes, introduziu regulamentação específica acerca de procedimentos atinentes **aos meios de obtenção de prova** correlatos a investigações de crimes atribuídos a organizações criminosas, inaugurando regulamentação a respeito do **acordo de colaboração premiada**. Apesar disso, igualmente, não condicionou a concessão de sanção premial à existência de um acordo celebrado entre o Estado e o colaborador.

Tanto é assim, que o art. 4º, **caput**, da referida Lei 12.850/13, dispõe que:

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

(...)

ADI 5508 / DF

Como se vê, há previsão legal de colaboração premiada, independentemente de acordo.

Qualquer investigado ou acusado que, voluntariamente, colaborar com as investigações ou com a Justiça Criminal, preenchidos os requisitos legais, pode requerer ao juiz da causa a concessão das sanções premiais previstas nas referidas leis, a quem incumbe analisar a presença dos requisitos legais, bem como o atingimento dos objetivos legalmente descritos.

Além dessas modalidades, já tradicionais de colaboração premiada, como dito, a Lei 12.850/13 instituiu regulamentação a respeito do **acordo de colaboração premiada**. Nesse caso, está-se diante de colaboração premiada que decorre de pacto negociado entre o colaborador e o Estado.

A novidade instituída pela Lei 12.850/13 reside no oferecimento de maior garantia ao candidato a colaborador de que os benefícios decorrentes de sua colaboração efetivamente lhes serão atribuídos. Antes da regulamentação do acordo, um imputado que desejasse colaborar não contava com a estipulação prévia, por parte do Estado, dos benefícios a que teria direito caso optasse por descortinar os fatos nos quais se achasse envolvido numa amplitude maior. Restava ao investigado colaborar e aguardar para que os benefícios abstratamente previstos na lei lhes fossem concretizados no momento da sentença.

Com a institucionalização do acordo, estabeleceu-se modalidade de colaboração por meio da qual direitos e deveres do colaborador são previamente negociados com o Estado, descritos e estipulados, conferindo-se lhe, desde que cumpra com suas próprias obrigações, direito subjetivo aos benefícios assentados no termo.

Este Tribunal Pleno já reconheceu que, na perspectiva processual, a colaboração premiada, a um só tempo, qualifica-se como **meio de obtenção de prova** e **negócio jurídico processual** personalíssimo:

“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

ADI 5508 / DF

objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.” (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015).

Ainda, nesse mesmo *leading case*, este Supremo Tribunal Federal estabeleceu, à unanimidade, que:

“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”.

Essa concepção foi reafirmada por este Plenário quando do julgamento da Questão de Ordem na PET 7074.

A colaboração premiada também pode, a depender da sanção premial, receber, na esfera material, qualificação própria. Nesse sentido, pode consubstanciar causa de diminuição de pena (inclusive após a sentença), de fixação ou progressão de regime, de extinção da punibilidade, de substituição da pena privativa de liberdade ou até mesmo de improcessabilidade.

Assim, sob a ótica material, em linhas gerais, prescreve a Lei 12.850/13 que **o Juiz** poderá conceder ao agente colaborador “*o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos*”, elencando diversos requisitos vinculados à eficácia da contribuição. Além disso, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração, a teor do art. 4º, §4º, Lei 12.850/13, “*o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia*”. Também consta previsão legal de colaboração posterior à sentença (art. 4º, §5º).

Nessa atmosfera, **Marcos Paulo Dutra Santos** reconhece que “o

ADI 5508 / DF

acordo, em si, rege-se por normas processuais, mas a repercussão é inteiramente material”, sendo que os “enfoques processual e material da colaboração premiada não são excludentes, e sim complementares, o que reforça a natureza híbrida do instituto” (Colaboração (delação) premiada. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 86, grifei).

No caso em mesa, a solução da controvérsia passa pela imbricação entre as mencionadas características materiais e processuais da colaboração premiada.

Ocorre que, **num contexto negocial**, próprio da celebração de um acordo, o Estado dispõe de parcela de seu *jus puniendi* em atividade transacional típica. Em outras palavras, quando da celebração de um acordo de colaboração premiada, o Estado se compromete perante o colaborador a não o punir, ou a puni-lo de forma mais branda do que, em tese, poderia fazê-lo caso a ele fossem impostas todas as consequências decorrentes da prática criminosa.

Nesse momento, ao celebrar um acordo, o Estado abre mão de uma parcela de seu poder punitivo.

A questão que se põe, nessa linha, é perquirir a qual Órgão a Constituição permite que se atribua, pela via legislativa, a competência de apresentar o Estado na celebração de um negócio jurídico processual por meio do qual se abre mão, com força vinculante, de uma parcela do poder punitivo estatal.

Nesse momento, Senhora Presidente, peço vênias para explicitar a **segunda premissa** da qual parto para a conclusão a que chegarei adiante.

Abro um parêntese, portanto, para consignar que, ao meu ver, não se está a discutir, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, os limites a que está sujeito o Órgão estatal que apresentará o Estado na celebração do acordo de colaboração premiada.

Não se desconhece controvérsia a respeito de a quais parâmetros o Órgão que apresentará o Estado na avença deve estar circunscrito. Nesse sentido, o eminente Ministro Dias Toffoli, ao votar na Questão de Ordem da PET 7074, mencionou, dentre outras, relevantes indagações cuja solução ainda depende de pronunciamento mais estável e uniforme por parte

ADI 5508 / DF

desta Corte. Assim pontuou Sua Excelência:

No contexto da legalidade do acordo de colaboração, insere-se a questão, ainda não examinada em profundidade pelo Supremo Tribunal Federal, da **extensão dos poderes negociais** do Ministério Público.

Nesse campo, há indagações ainda não respondidas em definitivo pela doutrina e pela jurisprudência.

a) É constitucional a cláusula que estabeleça, após a homologação do acordo de colaboração, o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade nos moldes acordados, antes mesmo da existência de uma condenação confirmada em segundo grau de jurisdição?

(...)

b) (...) Nesse diapasão, seria válida a cláusula que prevê que uma pena de reclusão superior a oito anos – para a qual o Código Penal estabelece o regime inicial fechado (art. 33, § 2º, a) - possa ser cumprida pelo colaborador em regime aberto ou semiaberto?

(...)

Com efeito, há controvérsia sobre se o agente estatal incumbido de transacionar sobre o *jus puniendi* em troca das informações do colaborador dispõe de maior poder de disposição ou se deve estar estritamente circunscrito aos benefícios expressamente previstos na lei.

Nessa linha, sustenta-se que, como os benefícios passíveis de serem concedidos ao colaborador são estritamente aqueles previstos na lei, a questão a respeito de quem detém o poder negocial seria uma questão de somenos, já que, ao final, é o magistrado quem deve dar a palavra final a respeito da sanção premial por ocasião da sentença.

Com redobras vênias de quem compreende de forma diversa, o cerne da questão ora em julgamento situa-se fora dos mencionados limites ao poder negocial do agente estatal incumbido de apresentar o Estado no negócio jurídico processual em questão.

ADI 5508 / DF

Qualquer que seja o perfil do poder de disposição, a questão que ainda se põe é saber a qual Órgão a lei ordinária pode, sob a ótica constitucional, atribuir competência para abrir mão, em nome do Estado, de parcela do poder de punir.

Em outras palavras, se aquilo que for acordado confere ao colaborador, desde que cumpra sua parte na avença, na forma como por mais de uma vez já se manifestou este Supremo Tribunal Federal, direito subjetivo aos benefícios estipulados, ainda que se possa dissentir sobre os limites da disposição, no ato negocial, alguém, em nome do Estado, dispõe de parcela do *jus puniendi*.

Portanto, torna-se relevante perquirir, nesse **contexto negocial**, a sustentação jurídica de acordos celebrados, *sponte propria*, pela autoridade policial e que alcancem efeitos materiais vinculados à **pretensão acusatória ou punitiva**, tema que deve ser solucionado à luz da avaliação da extensão e da conformidade constitucional das disposições insculpidas na Lei 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.

(...)

ADI 5508 / DF

Art. 6º O **termo de acordo da colaboração premiada** deverá ser feito por escrito e conter:

(...)

II - as **condições da proposta** do Ministério Público ou do **delegado de polícia;**

(...)

IV - as **assinaturas** do representante do Ministério Público ou do **delegado de polícia**, do colaborador e de seu defensor;”

Na especialidade constitucional, anoto que, a teor do art. 129, CF, é função institucional do Ministério Público a promoção, **de modo privativo**, da ação penal pública:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - **promover, privativamente, a ação penal pública**, na forma da lei;”

Inspirada nessa prescrição, a Lei 11.719/08 revogou o art. 531 do CPP, que, no caso de contravenções penais, previa a possibilidade de inauguração da ação penal mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo Juiz.

O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da revogação expressa, já tinha por revogado o antigo art. 531 do CPP, dada a nova ordem constitucional inaugurada em 1988. Nesse sentido, por todos, cito o seguinte precedente:

Recurso extraordinário. Ação penal por contravenção. Constituição Federal de 1988, art. 129, I.

Entre as funções institucionais do Ministério Público esta a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Legitimidade do Ministério Público para promover, privativamente, a ação penal, na espécie. Nulidade do processo, "ab initio", porque iniciada a ação penal por portaria do órgão jurisdicional. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 139168, Rel. Min. Néri da Silveira,

ADI 5508 / DF

Segunda Turma, DJ 10/04/1992)

De tal modo, hodiernamente, **a pretensão punitiva é titularizada pelo Ministério Público**, providência a ser implementada, como regra, em regime de indisponibilidade, conforme consagra o Código de Processo Penal:

“Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

Acerca do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública, leciona Guilherme de Souza Nucci:

“Decorre da **conjunção do princípio da legalidade penal** associado aos preceitos constitucionais que confere **titularidade da ação penal exclusivamente ao Ministério Público** e, em caráter excepcional, ao ofendido.” (**Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 54 *grifei*)

Essa obrigatoriedade tem sido amainada, em certas ocasiões, no processo penal brasileiro. A esse respeito, cito os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, em que se confere ao Ministério Público, notadamente por meio da transação penal e da suspensão condicional do processo, a possibilidade de mitigação da exigência de deflagração e prosseguimento da *persecutio criminis in judicio*. Em tais hipóteses, esta Corte já reconheceu a imprescindibilidade de que o acordo, tanto de transação penal quanto de suspensão condicional do processo, deva ser celebrado entre as partes:

“Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: violação do art. 129, I, da Constituição Federal. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do leading case da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a **imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público**

ADI 5508 / DF

quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). 2. Daí que a transação penal - bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público." (RE 468161, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, *grifei*)

De tal modo, o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal Pública convive com a possibilidade de certo abrandamento, desde que tal proceder decorra de autorização legal, pressuposto genérico do trato com a coisa pública, esfera na qual se insere o agir ministerial. Nesse contexto, a Lei 12.850/13 preceitua, como visto, hipóteses de redução da pretensão punitiva ou executória e, em casos específicos, até mesmo a improcessabilidade do agente colaborador, nos limites da lei e sancionada pelo juiz sentenciante, providência que atinge a pretensão atribuída, constitucionalmente, ao Ministério Público.

Nesse viés, cabe examinar se o ato de disposição formalizado pela autoridade policial encontra sustentação jurídica ou se tal proceder estaria inculcado nas atribuições exclusivas do Ministério Público.

Ainda que a Lei 12.850/13, em seu art. 3º, I, elenque a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, o que em princípio estaria alinhado às atribuições constitucionais das Polícias Federal e Civil previstas, respectivamente, nos §§ 1º e 4º, do art. 144 da Constituição, quando a colaboração se insere num **contexto negocial** que envolve a disponibilidade do *jus puniendi*, revela-se, sob minha ótica, inconstitucional o sentido de atribuir-se à autoridade policial poderes de disposição.

Isso não significa, como adiante procurarei deixar mais nítido, que Delegados de Polícia estejam constitucionalmente alijados das dinâmicas próprias que envolvem a **colaboração premiada**, especialmente se vista como gênero, ou seja, especialmente se a colaboração não decorre de um acordo.

ADI 5508 / DF

A lei autoriza ao Delegado de Polícia: (i) representar ao Juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador; (ii) participar das negociações entre as partes; (iii) apresentar para manifestação do Ministério Público a colaboração, decorrente de negociação entre delegado, investigado e defensor. É a proposta da qual trata a lei (inciso II, art. 6º).

A Polícia, nada obstante, não é parte que, sem a presença do MP, pode cancelar **acordo** e obter homologação judicial.

A colaboração, na hipótese supra (iii) deverá, mesmo, conter, na proposta a assinatura do Delegado de Polícia, além da imprescindível presença do MP (ou seja, manifestação que compreende assinatura do respectivo representante no acordo).

Em duas oportunidades a Lei 12.850 impõe a manifestação do MP: no § 2º do art. 4º e no § 6º do mesmo artigo.

O inciso IV desse art. 6º há de ser compreendido em hermenêutica constitucional coerente com as normas da Constituição que se projetam sobre a presença do Estado no acordo.

Contudo, para apresentar isoladamente o Estado na celebração do negócio jurídico, teria o Delegado de Polícia de dispor de direito que se associa ao exercício, integral ou parcial, da pretensão punitiva que, como visto, na hipótese de ação penal pública, é titularizada pelo Ministério Público.

Como dito, prevaleceu neste Plenário 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*” (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015).

Sendo assim, como o acordo de colaboração premiada tem força vinculante, sujeito que está ao princípio do *pacta sunt servanda*, apenas o Ministério Público, que tem atribuição constitucional privativa para o exercício da ação penal pública, pode dispor dos interesses cuja tutela lhe

ADI 5508 / DF

foi atribuída pela Constituição.

Fosse o acordo de colaboração premiada vinculante apenas para o colaborador, quiçá a solução poderia ser outra.

Há, ainda, um impedimento de ordem lógica que milita contra a possibilidade de se atribuir exclusivamente às autoridades policiais poder de, *sponte propria*, celebrar acordos nessa seara.

Sob o ângulo dos benefícios concedidos, prescreve a Lei 12.850/13:

“Art. 4º. (...)

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a **personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.**”

Como se vê, exige-se, no contexto da celebração do acordo, certa valoração de custo-benefício, contrastando-se, de um lado, a efetividade da colaboração e, de outro, a adequação da reprimenda.

Especificamente sob a perspectiva da efetividade da colaboração, a celebração do acordo desafia a valoração das informações objeto do negócio jurídico, na qual se inclui, em consonância com a linha investigativa direcionada a subsidiar a atuação do Ministério Público, a análise da relevância e ineditismo de tais elementos.

Ocorre que não há como empreender esse necessário juízo sem ao menos tangenciar o campo próprio da *opinio delicti*. Inviável, por exemplo, afirmar que determinado pretense colaborador não atuava como líder da organização criminosa, requisito de concessão do benefício da não-denúncia (art. 4º, §4º), sem adentrar no âmbito da convicção acusatória, quadrante no qual a movimentação ministerial se dá de modo exclusivo, visto que “o controle da relevância jurídica dos fatos é uma atribuição inerente à titularidade da ação penal”. (ÁVILA, Thiago de Carvalho Pacheco. **Investigação criminal: o controle externo de direção mediada pelo Ministério Público**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 135)

Ou seja, a celebração do acordo supõe avaliação da responsabilidade penal do agente, ainda que de forma sumária e própria da incoerência

ADI 5508 / DF

de deflagração do devido processo legal.

Enfatizo que a formação do juízo acusatório constitui atribuição indelegável do Ministério Público. Nesse sentido, nos termos do Código de Processo Penal (art. 17), ao qual recorro a fim de extrair a compreensão harmônica do sistema processual penal, a *“autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”*, impedimento consectário da ausência de atribuição à autoridade policial no que toca à explicitação da *opinio delicti*.

Com efeito, o juízo acusatório, decorrência da titularidade da pretensão punitiva, somente pode ser formado por membro que integre a respectiva carreira do Ministério Público, compreensão que se amolda à Constituição:

“Art. 129. (...)

(...)

§2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.”

É sabido que a Constituição não deve ser interpretada em tiras, forte no Princípio da Unidade. De tal modo, qualquer atribuição exclusiva de exercício de parcela do poder estatal deve conformar-se ao Princípio Republicano e às demais prescrições constitucionais, marcadas pela repartição de seu exercício. Portanto, o papel de valoração acusatória não seria conferido de modo específico ao Ministério Público como forma de atribuir-lhe privilégio. É necessário, destarte, extrair critério que legitime a opção do legislador constituinte.

Aqui, cabe mencionar que essa exclusividade situa-se longe da defesa de interesses corporativos. A indelegabilidade do agir ministerial constitui disciplina consentânea com a necessidade de preservação da imparcialidade do Estado-Juiz, bem como com as prerrogativas funcionais dos membros do Ministério Público, especialmente a **independência funcional** (art. 127, §1º, CF), que, de modo consectário,

ADI 5508 / DF

legítima as garantias de **vitaliciedade** e **inamovibilidade** (art. 128, §5º, I, CF).

De tal modo, a exclusividade ministerial quanto à valoração do conteúdo acusatório relaciona-se, de modo indisfarçável, com a independência funcional própria da instituição, instrumento que recebeu da Constituição para consecução, nos termos do art. 127, CF, do dever de defesa *“da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”*

Além disso, a ausência de independência funcional de um determinado agente público confere óbice a que se lhe atribua poderes para transigir sobre o exercício da pretensão acusatória. Essa preocupação se agrava nas hipóteses em que se apuram crimes funcionais, nos quais, em tese, seria possível a existência de indesejável relação de cunho hierárquico entre investigado e investigador.

Nessa perspectiva, não cabe à autoridade policial a formação de juízo acusatório, pressuposto material inafastável da celebração do acordo de colaboração premiada e da estipulação das cláusulas negociais.

Além disso, eventual compartilhamento da atribuição negocial apresenta resultados de aparente conflituosidade com a finalidade da norma.

Com efeito, a Lei 12.850/13 prevê a improcessabilidade apenas se o agente *“for o primeiro a prestar efetiva colaboração”* (art. 4º, II). Ademais, os benefícios possíveis, se a colaboração for posterior à sentença, também são reduzidos (art. 4º, § 5º).

Tais circunstâncias visam a alcançar a colaboração com brevidade, o que se coaduna com a duração razoável do processo constitucionalmente exigida. A mensagem legislativa é nítida: as colaborações inaugurais tendem a alcançar benefícios mais robustos. Da mesma forma, aguardar a prolação da sentença pode configurar estratégia prejudicial ao colaborador.

Essas características do acordo, voltadas a estimular a colaboração, são compatíveis com o cenário negocial em que a colaboração se encontra inserida. A opção legislativa materializa, em certa medida, o dilema do

ADI 5508 / DF

prisioneiro, associado à Teoria dos Jogos. A esse respeito, pondera Sabrina Maria Fadel Becue (Teoria dos Jogos *in O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 112) que “*toda interação entre agentes racionais que se comportam estrategicamente pode ser considerada como jogo*”.

Cibele Benevides Guedes da Fonseca, por sua vez, enuncia:

“Um excelente **incentivo** ao comportamento colaborador é a anistia para o primeiro que colaborar com o Ministério Público, trazida pela Lei n.º. 12.850/2013, em seu artigo 4º, §4º, inciso II, que dispõe que ‘o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: (...) II – for **o primeiro** a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo’. Nesse caso, o agente tem que computar como custo, ao integrar organização criminosa, o risco de que seu comparsa – também investigado – vai delatar antes que ele. Está-se, aqui, diante do principal exemplo da Teoria dos Jogos: o Dilema do Prisioneiro.” (Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey. 2017, p. 216, *grifei*)”

A pluralidade de celebrantes estatais, todavia, não pode ser empregada como instrumento de negociação ou de arrefecimento desse dilema.

Vale dizer, é da essência do acordo que o colaborador forneça todas as informações relevantes que possui, circunstância que, inclusive, legitima a renúncia ao direito ao silêncio (art. 4º, §14). A possibilidade de que a efetividade da colaboração seja escrutinada por mais de um negociante dedicado à persecução penal, todavia, parece não se compatibilizar com essa exigência.

Em outras palavras: não se admite que um Órgão atue como revisor de outro. Nessa medida, se o Ministério Público não reputou suficientemente relevantes e/ou inéditas as informações que seriam fornecidas pelo pretense colaborador, não cabe ao interessado buscar a celebração de acordo com Órgão diverso. Ainda dito de outra forma: o

ADI 5508 / DF

acordo em âmbito policial não pode se transformar numa nova oportunidade para que o candidato a colaborador, cujos elementos de convicção de que dispunha tenham sido considerados insuficientes por um agente estatal, possa submeter sua proposta a uma segunda análise. Deve o Estado-Acusação manifestar-se a uma só voz.

Mesmo que se admitisse eventual configuração de dissenso, é certo que inexistente, sequer potencialmente, conflito de atribuições entre o Ministério Público e a autoridade policial. Com efeito, a Constituição é expressa ao conferir ao Ministério Público a atribuição de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII) e não o inverso.

Nessa perspectiva, não é constitucionalmente admissível que a autoridade policial celebre acordo de colaboração previamente rejeitado pelo Ministério Público. Assim não fosse, ao fim e ao cabo, a autoridade policial estaria sendo colocada na condição de revisora do agir ministerial, em evidente e indevida emulação dos papéis constitucionalmente estabelecidos.

Sendo assim, como o acordo de colaboração, tal qual o conceito, pressupõe transação e, portanto, disposição de interesse constitucionalmente afeto às atribuições exclusivas do Ministério Público, entendo inconstitucional compreensão que permite às autoridades policiais, em nome do Estado, dispor desses interesses.

Por outro lado, e aqui assento a terceira premissa da qual parto para chegar às conclusões que a seguir enunciarei, o fato de compreender que apenas ao Ministério Público se pode atribuir poder de dispor de parcela do *ius puniendi* não significa que este poder seja infenso a controle, tampouco que às autoridades policiais seja vedado qualquer iniciativa negocial.

Sabe-se ser lição primária que a Constituição não admite o exercício ilimitado do poder, noção que constitui desdobramento do Princípio da Separação dos Poderes e da conseqüente e necessária utilização de mecanismos de freios e contrapesos. Nesse sentido, a independência funcional não imuniza qualquer ator institucional ao crivo da sustentação constitucional de seus atos.

ADI 5508 / DF

De tal forma, não se ignora que a atuação do Ministério Público no âmbito do acordo de colaboração deve ser pautada pela verificação de compatibilidade normativa. O que a Constituição não admite, contudo, é que esse controle seja exercitado pela autoridade policial, que, a despeito de suas elevadas funções, em verdade, é submetida ao controle externo do Ministério Público.

Embora o Ministério Público titularize o exercício da pretensão punitiva, o órgão, antes que senhor do interesse público que tutela, atua como mandatário da sociedade. Trata-se de aspecto corolário do Princípio Republicano, do Princípio da Impessoalidade e da própria finalidade que adjetiva o agir ministerial, voltado, nos termos do art. 127, CF, à *“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”*

Em outras palavras, o Ministério Público, ao funcionar como curador do interesse público, não detém espaço para, sem controle, efetivo ou potencial, renunciar aos interesses que precipuamente deve defender. Com efeito, o sistema constitucional vigente não convive com qualquer exercício ilimitado e incontrastável do poder. No campo da atuação ministerial, não seria diferente.

No âmbito das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes que a atuação do Ministério Público, longe do campo da arbitrariedade, deve pautar-se por critérios de discricionariedade regrada, compreensão que, *mutatis mutandis*, também se aplica à esfera do acordo de colaboração premiada:

“Isso não pode significar, todavia, que o Ministério Público possa agir soberanamente, escolhendo os casos em que fará a proposta. Não é esse poder discricionário que lhe foi conferido. O fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos, está no princípio da discricionariedade regulada, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento

ADI 5508 / DF

da denúncia, destarte, abrem-se-lhe, dentro do novo modelo de Justiça criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando para a via conciliatória da suspensão.

De qualquer modo, o certo é que **o Ministério Público não optará por um caminho ou outro arbitrariamente, consoante seu modo de ver o mundo, suas idiossincrasias.** Cada uma das duas vias reativas possui seus pressupostos, taxativamente delineados. **Ele tem uma alternativa, é verdade. Mas não é o dono isolado e soberano da escolha.** Terá que pautar sua atuação, se deseja adequá-la ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, de acordo com as regras legais fixadas (...). É nisso que consiste uma das faces do denominado princípio da discricionariedade regrada. **A outra parcela está em que tudo passa por controle judicial.**" (Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 210, *grifei*)

Com efeito, as manifestações do Ministério Público submetem-se a certa *accountability*, o que se materializa, por exemplo, no pedido de arquivamento de Inquérito Policial, cuja exigência de fundamentação é inafastável.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal, além de exigir a explicitação das razões que guiam o requerimento de arquivamento, impõe que elas sejam submetidas ao crivo judicial. Se o Juiz dissentir das razões do requerimento de arquivamento, deflagra-se instrumento de controle a ser exercitado no âmbito do próprio Ministério Público:

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, **requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação**, o juiz, no caso de considerar improcedentes as **razões invocadas**, fará **remessa** do inquérito ou peças de informação ao **procurador-geral**, e este

ADI 5508 / DF

oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

Esse dispositivo legal revela a observância do princípio institucional da unidade, de tinta marcante na organização funcional do Ministério Público. De tal modo, a independência funcional não autoriza que a atuação ministerial seja fruto de visões de mundo meramente pessoais e dissociadas de juridicidade.

Em sentido semelhante, ainda no contexto da suspensão condicional do processo, transcrevo o verbete sumular 696 desta Suprema Corte, em que se reconhece subsumível ao controle jurisdicional a ausência de oferecimento de proposta por parte do Ministério Público:

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

Como se vê, a independência funcional e a titularidade do exercício da pretensão punitiva não consubstanciam óbice intransponível ao indispensável controle do agir ministerial.

Isso significa que a tutela de determinados interesses públicos incluídos no rol das competências de determinado Órgão, por sua natureza, deve contar com mecanismos de controle.

Nessa direção, a atribuição legal de participação de mais de um Órgão nos processos cuja finalidade seja a aferição de qual comportamento melhor se coaduna com o interesse público, antes de ser vista como invasão das esferas de atribuições de cada qual, melhor se coaduna com a ideia cooperação que deve imperar entre as diversas agências incumbidas da elucidação e persecução decorrentes da prática de crimes.

Sob essa perspectiva, se à autoridade policial não se pode

ADI 5508 / DF

validamente atribuir poderes de disposição do *ius puniendi* em razão de a Constituição conferir privativamente ao Ministério Público o exercício da ação penal pública, igualmente não se pode abstrair dessa atribuição privativa, compreensão que alije, por completo, a autoridade policial do âmbito próprio da colaboração premiada.

A inconstitucionalidade dos dispositivos atacados, nessa perspectiva, se estende apenas até o limite em que deles se possa abstrair poderes de disposição do *ius puniendi* atribuídos aos Delegados de Polícia. As demais emanações normativas, desde que passíveis de compreensão que se amoldem à Constituição, devem ser mantidas em homenagem ao princípio da presunção da constitucionalidade dos atos normativos.

Considere-se, portanto, que ao disciplinar a segurança pública, a Constituição assim enuncia as atribuições das Polícias Federal e Civil:

“Art. 144. (...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

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

(...)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(...)

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

Reitero que esta Corte reconhece, sob a ótica processual, que a colaboração premiada é considerada meio de obtenção de prova. De tal

ADI 5508 / DF

modo, trata-se de instrumento que, dentre outras finalidades, destina-se à apuração de infrações penais, razão pela qual sua celebração, a despeito da incapacidade negocial, interfere no contexto das atribuições das Polícias Federal e Civil.

Nessa dimensão, é possível sim que a autoridade policial atue na fase das negociações, embora não como parte celebrante de ato negocial.

De início, a autoridade policial pode desempenhar papel de pré-validação da relevância das informações a serem prestadas pelo pretense colaborador. Não se trata, repito, de afirmar que as Polícias Federal e Civil possam atuar como partes do acordo. Esse prévio ajuste, em verdade, cinge-se à produção de subsídios potencialmente aptos a propiciar a adequada atuação do Ministério Público. Ou seja, a conduta policial pode ser validamente interpretada, como proposição de acordo fruto de colaboração entabulada, cujo acolhimento, de modo indispensável, sujeita-se ao crivo do órgão acusador.

Nessa ambiência, admissível que a autoridade policial **atue como espécie de órgão mediador** entre o pretense agente colaborador e o Ministério Público, estes sim substanciais partes celebrantes do ato negocial. Para tanto, pode sugerir medidas a serem implementadas pela acusação, explicitando ainda, de modo prévio, a conveniência de formalização de ajuste em determinados moldes.

Além disso, a autoridade policial pode exercer função orientadora do acusado, até mesmo com indicação de possíveis benefícios decorrentes de eventual colaboração. Com efeito, se cabe às Polícias Federal e Civil apurar infrações penais, não é desarrazoado conferir-lhe atribuição de estimular o implemento de meios de obtenção de prova. Nessa ambiência, não se exige participação do Ministério Público.

Convém salientar a recomendabilidade de que a autoridade policial advirta o investigado dos seus direitos constitucionais, especialmente aqueles atrelados ao exercício da defesa. Nesse sentido, cabível que a Polícia Federal explicita a possibilidade de sanção premial fruto da colaboração do agente (com ou sem acordo), vista pela doutrina como instrumento de realização da ampla defesa:

ADI 5508 / DF

“Quando o réu aceita os incentivos legais à confissão, dentre os quais se insere a colaboração premiada, ele nada mais faz do que exercer efetivamente o seu direito à ampla defesa (...).

Ora, sabe-se que **a ampla defesa não se realiza apenas com a tese de negativa de autoria.** Há casos em que é tida como estrategicamente correta e melhor a defesa do acusado que confessa e pugna por uma redução de pena, regime de cumprimento de pena mais benéfico ou substituição por pena restritiva de direitos, deixando, inclusive, de apelar da sentença condenatória.” (FONSECA, Cibele Benevides Guedes. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 134, *grifei*)

“A opção pela colaboração premiada, sem meias palavras, é um dos caminhos que o acusado pode eleger, logo, enquanto tal, é manifestação da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição da República) – a depender das novas provas carreadas pelo Estado contra o acusado, a tornar a condenação mais do que visível no horizonte, a delação mostra-se a estratégia capaz de minorar a punição, ou, a depender do caso, evitá-la. Eliminar do ordenamento essa alternativa reduziria o cardápio de ‘linhas de defesa’ à disposição do acusado e do seu defensor, importando involução no exercício da ampla defesa, em descompasso com um dos critérios de hermenêutica constitucional – vedação do retrocesso.” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm. 2016, p. 75, *grifei*).

Portanto, se compreendida como pré-validação dos elementos fornecidos pelo pretense colaborador, orientação do investigado quanto aos efeitos potenciais de eventual colaboração e explicitação opinativa não vinculante, os atos praticados pela autoridade policial não usurpam função exclusiva do Ministério Público, tampouco atingem, no plano da disposição, direito sobre o qual não detém atribuição constitucional para

ADI 5508 / DF

dele dispor.

Nessa perspectiva, nada impede que a manifestação do investigado, devidamente assistido por defesa técnica, como proposta negocial, conte com a anuência da autoridade policial como ato meramente opinativo.

Acerca da proposta, rememoro que apresenta como efeito ordinário a vinculação do proponente. Aqui, contudo, há um efeito adicional.

Como visto, a atuação do Ministério Público não é imune a *accountability*. De tal modo, a despeito da titularidade do exercício da pretensão acusatória, é certo que, assim como ocorre nas representações policiais dirigidas ao implemento de meios de obtenção de prova, o Ministério Público não detém a prerrogativa de simplesmente ignorar a proposta formulada pelo pretense colaborador, sob pena de menoscabo ao direito constitucional de petição.

Convém salientar que, no espaço da colaboração premiada, eventual silêncio do oblatto não configura aceitação. Além do regime específico do processo penal, a Lei 12.850/13 exige **manifestação** do Ministério Público (art. 4º, §2º).

O efeito específico da proposta, nesse sentido, associa-se à exigência de resposta expressa do Ministério Público, o que se compatibiliza com o agir ministerial, como um todo, e com o necessário escrutínio da condução da coisa pública. Vale dizer, a proposta tem como efeito demandar a apreciação do Ministério Público.

Trata-se, analogicamente, do que a doutrina administrativista convencionou chamar de efeitos prodrômicos, geralmente associado a atos complexos e compostos. Relacionam-se a efeitos preliminares ou atípicos do ato e que decorrem de uma primeira manifestação de vontade, explicitada antes da completude do seu ciclo de formação. Essa primeira exteriorização volitiva gera, como consequência, a exigibilidade de uma segunda manifestação direcionada à avaliação da conformidade legal do ato. Acerca do tema, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que tais efeitos:

“(…) existem enquanto perdura a situação de pendência do ato, isto é, durante o período que intercorre desde a

ADI 5508 / DF

produção do ato até o desencadeamento de seus efeitos típicos. Serve de exemplo, no caso dos atos sujeitos a controle por parte de outro órgão, o **dever-poder** que assiste a este último **de emitir o ato controlador** que funciona como condição de eficácia do ato controlado. Portanto, foi **efeito atípico preliminar do ato controlado acarretar para o órgão controlador o dever-poder de emitir o ato de controle** (Curso de Direito Administrativo, 15ª ed. *grifei*)

De fato, a apresentação de proposta pelo pretense colaborador gera, como efeito preliminar, a exigência de exame por parte do oblatu.

A propósito, o próprio procedimento afeto à colaboração premiada, disciplinado pela Lei 12.850/13, direciona-se a dissuadir eventual excesso ou desvio de poder, como bem observou o eminente Ministro Celso de Mello, com a costumeira proficiência:

“Na realidade, o regime de colaboração premiada, definido pela Lei nº 12.850/2013, estabelece mecanismos destinados a obstar abusos que possam ser cometidos por intermédio da ilícita utilização desse instituto, tanto que, além da expressa vedação já referida (“lex. cit.”, art. 4º, § 16), o diploma legislativo em questão também pune como crime, com pena de 1 a 4 anos de prisão e multa, a conduta de quem imputa “falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente” ou daquele que revela “informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas” (art. 19).” (Pet 5700, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22/09/2015, *grifei*)

É bem verdade que o abuso de poder, no contexto da colaboração premiada, tem sido tratado com maior intensidade no campo da voluntariedade da avença e da impossibilidade de imputação temerária da prática de crimes.

Cabe enfatizar que esse raciocínio também deve ser transplantado para as hipóteses em que o Ministério Público se recusa a celebrar o

ADI 5508 / DF

acordo de colaboração.

Sob essa perspectiva, o art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/13 anuncia a aplicabilidade da solução prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, originariamente concebida para as hipóteses em que o magistrado considera improcedentes as razões invocadas pelo Ministério Público para fundamentar o pedido de arquivamento de inquérito policial, como mecanismo de controle jurisdicional da manifestação contrária do Ministério Público à representação da autoridade policial pela concessão de perdão judicial ao colaborador:

§ 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).

A despeito do caráter eminentemente negocial da colaboração premiada, calha ponderar que, sobretudo sob o prisma do Ministério Público, a liberdade negocial não pode ser vista como ilimitada. Submete-se, como mencionado, a critérios de discricionariedade regrada.

Vale dizer, se o agente indica a potencial efetividade de sua colaboração, não é dado ao Ministério Público simplesmente ignorar essa circunstância, já que o interesse à efetividade da apuração penal não se subordina à disposição desmotivada e irrazoável da acusação.

Em outras palavras: à semelhança do que se verifica na hipótese de arquivamento da investigação ou da suspensão condicional do processo, que exprime contornos consensuais e materializa hipótese de mitigação à indisponibilidade da ação penal, indispensável a existência de mecanismo de controle da atuação do Ministério Público, cenário a legitimar, na minha ótica, a aplicação analógica do art. 28, CPP também nas hipóteses em que o Ministério Público invoca fundamentos improcedentes para

ADI 5508 / DF

negar-se a aderir a proposta de colaboração premiada formulada por investigado.

Sob essa perspectiva, a atuação da autoridade policial, voltada à pré-validação dos elementos fornecidos pelo pretense colaborador, eventualmente orientado o investigado quanto aos efeitos potenciais de eventual colaboração e explicitando opinião não vinculante dirigida ao Ministério Público, podem configurar relevantes elementos a informar a atuação jurisdicional voltada ao controle da atuação ministerial pela via do art. 28 do CPP, quando da recusa de proposta de colaboração eventualmente formulada pelo investigado.

Essa solução concilia a observância da unidade e independência funcional do Ministério Público, o necessário distanciamento do Estado-Juiz da fase das tratativas negociais (art. 4º, §6º, Lei 12.850/12) e a indesejável possibilidade de inexistência de controle dos atos ministeriais, os quais se encontram, naturalmente, sujeitos a escrutínio compatível com o Princípio Republicano e com a cláusula de barreira da separação dos poderes.

Diante do exposto, voto por julgar parcialmente procedente a presente ação para, sem redução de texto, excluir interpretação aos §§ 2º e 6º da Lei 12.850/13, que contemple poderes aos Delegados de Polícia para celebrar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada em que se estabeleça transação envolvendo o poder punitivo estatal.

Por arrastamento, declarar como sentido excluído da expressão “*ou do delegado de polícia*” constante do IV do art. 6º da Lei 12.850/13 de firmar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada.

É como voto.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Então, relativamente ao voto do Ministro Alexandre de Moraes, que também diverge parcialmente para dar interpretação conforme apenas à parte que se refere ao inciso VI do artigo 6º, em que Vossa Excelência fez referência à expressão "ou do delegado", não constante do voto do Ministro Alexandre, é que teria algum acréscimo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu não adentrei, Senhora Presidente, a essa questão específica do perdão judicial.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - É, o meu é mais específico.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Transação penal em geral.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Porque eu entendo, com todas as vênias, desbordante do núcleo central. Eu entendo a preocupação do Ministro Alexandre, mas, de qualquer sorte, como estamos a construir, eu, certamente, depois dos debates, também me colocaria à disposição para encontrar zonas de intercessão nessa medida. Mas eu não faria a exclusão de imediato que o Ministro Alexandre de Moraes fez em relação à atividade policial no aspecto específico- que ele fez.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Do perdão judicial.

Eu pergunto, Senhor Ministro, só para terminar, porque os parágrafos do artigo 4º, da Lei nº 2.850, que são questionados, o *caput*, inclusive, trata especificamente do perdão judicial. Talvez esse seja...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - E o § 2º também, é o núcleo principal, porque é expresso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E o § 2º também. Este é o núcleo.

ADI 5508 / DF

Então, como Vossa Excelência ampliou para qualquer tipo de transação penal ...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A verdade é, como disse, não toquei no aspecto específico, mas, ampliadamente, se o perdão está no acordo, e entendo que, formalizar o acordo, a autoridade policial não pode, está implícito, embora eu não tenha tratado desse ponto específico.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Está bem.

Eu fiz a pergunta, porque o dispositivo trata do perdão judicial.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**DEBATE****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhora Presidente, na forma do art. 133 do Regimento Interno - para debater, não é para antecipar voto -, para tentar colaborar, porque, realmente, hoje, nós estamos vivendo um dia de um debate extremamente importante para todas as investigações futuras que vierem a acontecer no País.

E os votos proferidos, todos eles, realmente nos deixam num dia de Corte Constitucional. Eu penso que, dados os votos proferidos pelo eminente Ministro Relator, pelo Ministro **Alexandre** e, agora, pelo Ministro Luiz **Edson Fachin**, este é um daqueles dias em que nós ficamos felizes de estar debatendo os grandes temas. E nós temos que dar um tempo para esses temas serem debatidos.

Por isso, eu só gostaria, congratulando-me com todos os votos proferidos, de apontar uma questão e clarear algumas dúvidas dos votos já proferidos. Penso que isso ajudará aos Colegas que votarão. Por quê?

Como eu falei na parte da manhã, nós temos o Estado-acusador. O Estado-acusador é função essencial à Justiça, Ministério Público; é função essencial à Justiça. O Estado-investigador não é função essencial à Justiça; está lá, no art. 144 da Constituição, como Polícia Judiciária.

O eminente Ministro Luiz **Edson Fachin**, para mim, aponta, de uma maneira um tanto quanto esclarecedora, para uma dúvida que eu tinha: como compatibilizar aquilo que a lei estabelece: os papéis de Estado-acusador e de Estado-investigador? Isso está, de algum modo, colocado nas premissas do voto do Ministro Relator. Sua Excelência parte da premissa que, ao fim e ao cabo, o juiz é que decidirá sobre tudo. Eu não comungo totalmente dessa posição, e Vossa Excelência sabe disso, porque, naquele voto no precedente do **habeas corpus**, eu votei no sentido de haver uma relação negocial entre o Estado - e o Estado é um só - e o colaborador. E o Estado não pode dar com uma mão e depois tirar

ADI 5508 / DF

com a outra. Eu já disse isso no julgamento da PET da relatoria de Vossa Excelência. Então, o que nós temos aqui? Temos de delimitar os limites do papel de cada expressão do Estado com o cidadão. E, aí, o Ministro **Edson Fachin** trouxe uma distinção entre a colaboração como gênero e o acordo como espécie. Foi assim que entendi numa síntese do que Sua Excelência trouxe: a colaboração é um gênero, todos podem atuar na colaboração, o Estado-acusador e o Estado-investigador.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O acordo, no caso, seria causa da colaboração.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Exatamente, é o ponto a que quero chegar para um esclarecimento de todos nós e para a formulação do meu convencimento.

Como retirar da Polícia uma técnica de investigação? Vamos ao ponto, Ministro **Edson Fachin** - e fico sempre muito honrado com as citações elogiosas àquele **habeas corpus**, Vossa Excelência o fez mais uma vez, assim como os eminentes Colegas o fazem: se a colaboração é um meio de obtenção de prova, como retirarmos da Polícia esse meio de obtenção de prova?

Por isso que eu penso, e já falei de manhã, que nós estamos num dia extremamente importante para a história do Direito brasileiro como um todo, em especial na área do Direito Penal, porque vamos aqui dar os limites, para toda a nação brasileira, a respeito das competências.

E, como já foi falado pelo Ministro **Alexandre**, embora seja dito Polícia Federal, estamos falando de todos os delegados de Polícia Brasil afora, a Polícia Civil incluída. Então, nós temos de deixar uma decisão - por isso estou fazendo esta manifestação - bastante clara de qual é o papel de cada qual e quais são os limites.

Mas eu vejo que o voto de Vossa Excelência, quando diz que o acordo negocial - vamos dizer assim, embora seja um pleonasma - só

ADI 5508 / DF

possa ser feito, em termos de pena, com o Ministério Público, isso não exclui um acordo, que não teria esse caráter de ser homologado pelo juiz previamente, entre a Polícia e o "agente colaborador" - vamos usar aspas aqui, porque estou colocando numa outra dimensão.

É essa a intervenção do Ministro Luiz **Edson Fachin**, na solução que apresenta como proposta, que me seduz, a colaboração como um gênero e o acordo negocial como uma espécie. Eu me fiz compreender?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida. E Vossa Excelência feriu um ponto nodal, precisamente o primeiro dos três pilares que procurei assentar, vale dizer, definir a colaboração como atividade. E aqui estou a lembrar, dentre outros, um dos primeiros que fez aportar no Brasil a definição de Tullio Ascarelli de que transação pode representar atividade, diferentemente do ato que a formaliza, o saudoso Professor Antônio Junqueira de Azevedo. Portanto, eu não fiz essa citação para não trazer temas de uma outra área do Direito para essa, mas, de qualquer sorte, subjacente a isso está precisamente a ideia de que colaboração é atividade. Por isso que a colaboração tem essa natureza bifronte: é, ao mesmo tempo, um meio de produção de prova, atividade essa legítima para a autoridade policial e, por outro lado, ao ser formalizada, na sua dimensão negocial, o Estado tem que se fazer presente e parte neste momento. Por isso que a Lei diz: manifestação Ministério Público, abrindo exatamente a porta para suscitar aqui a presença do Ministério Público. O que permite, como citei de passagem e tentei explicitar, inclusive, o controle jurisdicional da atividade do Ministério Público que, às vezes, recusa imotivadamente uma atividade de colaboração feita pela Polícia.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Que é importante para a investigação.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Que é importante para a investigação. E isso pode estar submetido ao controle jurisdicional? Em tese, se for na ambiência de uma outra investigação - claro que o juiz não fará isso em hipótese alguma de ofício -, mas se houver uma *persecutio criminis*, em que é possível que essa matéria seja suscitada, não há dúvida

ADI 5508 / DF

nenhuma.

Portanto, Vossa Excelência tocou num ponto central da proposta que trago como contribuição de reflexão, e há mesmo essa distinção. Por isso que, ao final, mencionei que, no limite da atividade de colaboração, parece-me mais do que legítima a atuação da autoridade policial.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ou seja, Vossa Excelência não exclui a possibilidade de um acordo com a Polícia?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Não excluo a possibilidade de que a Polícia desenvolva atividades de colaboração.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Uma observação: quer dizer, essa colaboração tem de ter alguma contrapartida para o colaborador. Ele vai colaborar? Como ele vai colaborar?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A transação e a negociação da contrapartida quem faz é o Estado, que pode dispor do seu direito de punir. A proposta da transação pode ser feita e esclarecida pela Polícia, como assentei no meu voto, mas quem apresentará o Estado e poderá assim fazer, no meu modo de ver, nos termos da Constituição, é somente o Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Esse aspecto, Ministro Toffoli, que Vossa Excelência tocou é importantíssimo. Apesar dos fundamentos mais variados, essa decisão tem a obrigação de ser clara, tem de ser bem clara.

Então, o que ocorre? O Ministro Marco Aurélio destacou aqui que a Lei é clara: essa colaboração feita pela Polícia tem de necessariamente passar pelo Ministério Público; não há possibilidade de uma delação da Polícia ser homologada *per saltum* pelo juiz; não há a menor possibilidade, porque aqui está escrito. Olha o que diz a Lei: "*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 o perdão*" - aqui a Lei disse menos do que queria; podem representar em relação a qualquer benefício.

Aí, vem § 6º: "*O juiz não participará das negociações realizadas entre as*

ADI 5508 / DF

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.”

Então, quem já atua na prática sabe o que vai acontecer. O delegado tem lá a colaboração...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, Vossa Excelência me permite?

O Ministério Público quer o monopólio.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Se o Ministério Público disser não, é não; não tem delação que produza efeito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não há nem investigação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Foi por isso que eu fiz a pergunta ao Ministro **Edson Fachin**.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Esse é o primeiro passo. Eu estou de acordo com Vossa Excelência. E está aqui encartado na Lei como meio de obtenção de prova. Então, não há possibilidade de uma apuração policial, de uma aferição pela Polícia da existência do ilícito sem todos esses meios. E, agora, esse novo meio, que é a colaboração premiada, as interceptações, ação controlada, mas tudo passa pelo Ministério Público. Se o Ministério disser não, é não. Então, o que ocorre?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, esse é o objeto dos votos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pois é, sinceramente, Senhora Presidente, eu acho que está todo mundo dizendo a mesma coisa, com outros fundamentos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Acho que não, pelo menos do que consigo apurar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ministro **Fachin**, se eu não entendi equivocadamente, Vossa Excelência, no voto que propõe, exclui a atividade da colaboração da Polícia...

ADI 5508 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Da colaboração, não, do acordo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Não, a atividade da colaboração, não, a formalização do acordo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A formalização? Era essa a minha dúvida. O acordo negocial, não, mas a atividade, sim?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Aí é que está o problema. Ninguém colabora sem a sinalização de um acordo. Às vezes, colabora-se pela fragilização, por se estar preso preventivamente durante período considerável, mas, quase sempre, chega-se à colaboração, que deve ser espontânea – e, no contexto existente hoje, às vezes não o é –, tendo em conta estar alinhavado, pelo menos, um acordo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas esse, se me permite, e aqui encerro, porque já votei, é o problema das escolhas plebiscitárias em que tentei não incidir, que constrói duas fortalezas sem vasos comunicantes. A Polícia e o Ministério Público são duas formas de atuação do Estado que precisam encontrar zonas de interseção de atuação conjunta, sob pena de nós criarmos fortalezas incomunicáveis e optarmos por um ou por outro caminho que, quiçá, ao invés de resolver o problema do ponto de vista ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Daí, ao término de voto, ter salientado que não interessa à sociedade a atual quebra de braço entre a Polícia e o Ministério Público. Não é positivo!

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu sempre me lembro que as fáceis já pegaram todas, ficaram as difíceis. Eu me lembro de ter visto um filme do Monty Python, quando eu era jovem, em que havia uma corrida de cem metros rasos e se dava o tiro da largada, mas corria cada um para um lado e era difícil de saber quem é que tinha ganhado o certame. Aqui, nós já tivemos três votos que têm um núcleo comum, mas são diferentes. Essa é a dura realidade!

Para dizer a verdade, eu estou substancialmente de acordo com tudo o que foi dito. Portanto, vou tentar fazer uma amarração, Presidente, com grande brevidade, que possa sintetizar o que eu acho que expressa, talvez, um denominador comum ou, talvez, uma aproximação das diferentes posições, cumprimentando o eminente Relator, pela sua posição sempre cristalina, e o Ministro Alexandre e o Ministro Luiz Edson Fachin, pela elaboração mais detalhada do tema, com a fixação dos três pilares que Sua Excelência fixou. Penso que - não que esteja totalmente de acordo - deu muita clareza à posição de Sua Excelência. O primeiro deles é a distinção entre o que seja colaboração em sentido amplo e o que seja o acordo de colaboração. Acho que esse foi um *insight* relevante nessa matéria. A segunda posição de Sua Excelência, com a qual eu estou só parcialmente de acordo, é a de que somente o Ministério Público possa apresentar o Estado para fins de celebração de acordo e que, conseqüentemente, é o terceiro pilar, os limites da autoridade policial não alcançam essa possibilidade.

Eu gostaria de construir o meu voto elaborando um pouco como funciona o sistema punitivo no Estado brasileiro, como funciona a persecução penal. Acho que ela se dá em quatro etapas, envolvendo instituições diferentes. A primeira etapa é a da investigação, que se corporifica no inquérito e é conduzida pela polícia. Essa é a primeira

ADI 5508 / DF

etapa da persecução penal. A segunda etapa é conduzida pelo Ministério Público, que recebe os elementos vindos da polícia e, considerando-os suficientes, formula a denúncia perante o Poder Judiciário. A terceira etapa se dá em sede judicial, que é o recebimento da denúncia, a supervisão da produção da prova, com a prolação de uma sentença ao final. E a quarta etapa é a execução dessa decisão que, se envolver pena privativa de liberdade, dar-se-á no âmbito do sistema penitenciário. Portanto, nós temos Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Penitenciário.

Nos 30 anos praticamente da Constituição, eu acho que o Judiciário recuperou as suas prerrogativas e o Ministério Público teve a relevante expansão institucional que nós todos sabemos. De modo que independência do Poder Judiciário e autonomia do Ministério Público não são problemas na atualidade brasileira. O sistema processual penal arcaico é! Isso a gente vai ter que enfrentar legislativamente algum dia. Mas magistratura independente, Ministério Público autônomo, nós estamos bem servidos. As duas pontas do sistema é que andam funcionando mal. A investigação policial, que em algumas áreas é extremamente deficiente, como por exemplo, a de apuração de homicídios; e o sistema penitenciário que já temos debatido aqui e que continua a ser um dramático problema brasileiro.

Eu penso que o que nós estamos discutindo aqui envolve essa porta de entrada do sistema que é a Polícia, que tradicionalmente é tratada, na doutrina e mesmo na legislação, com um certo preconceito, como se fosse uma atividade menor. E eu acho que isso gera problemas. Uma Polícia não valorizada, mal treinada, mal equipada, sem reconhecimento de status social, ela tende a ser uma Polícia que se torna violenta, porque nem sempre tem os meios, nem a capacitação humana e técnica para conduzir investigações dentro dos parâmetros recomendados e recomendáveis aos Direitos Humanos.

Portanto, eu sou um defensor da valorização da Polícia para considerá-la um ator social, político e jurídico tão relevante como são os membros do Ministério Público e os membros do Poder Judiciário. Sem

ADI 5508 / DF

uma Polícia valorizada e tecnicamente qualificada, nós não conseguimos produzir um resultado final desejável. E aí não adianta dizer: "Não, mas eu sou Poder Judiciário, ou eu sou Ministério Público". Na percepção social, nós somos um pacote completo. E se funcionar mal uma dessas peças, eu acho que o sistema de justiça funciona mal. Portanto, eu tenho uma visão de quem considera importante a valorização institucional da Polícia. Essa é uma premissa do meu raciocínio.

E aí chego à questão da colaboração premiada. E como já foi observado, mas para fins de encadeamento de raciocínio, Presidente, a colaboração premiada tem essa dupla face que, agora, mais explicitamente, observou o Ministro Luiz Edson Fachin, de meio de obtenção de prova e negócio jurídico processual. Isso do ponto de vista do Estado, porque do ponto de vista da advocacia, a colaboração premiada é um modo de defesa, um modo de diminuir penas, enfim. Mas, do ponto de vista do Estado, é um meio de obtenção de provas e um meio de celebração de um negócio jurídico processual.

Pois bem, se a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova; e se compete à Polícia a produção de prova na fase de investigação, eu, com todo o respeito à quem pensa diferentemente, não considero razoável interditar a Polícia, até esta atuação que pode ser importante como meio de obtenção de prova.

De modo que eu estabeleço como premissa, pedindo vênias ao eminente Ministro Luiz Edson Fachin, cujo voto ouvi com atenção, admiração e ampla a linha de concordância, eu acho que a Polícia pode ter um papel na colaboração premiada em sentido amplo; e acho que também na colaboração em sentido estrito celebrando acordo.

Estabelecido, portanto, que eu considero legítima a possibilidade de o delegado de polícia negociar acordo, eu acho que se impõe circunscrever quais os limites legítimos dessa atuação da autoridade policial. E penso que esses limites não são muito largos, mas acredito que eles são muito relevantes e úteis.

Vou expor muito brevemente, Presidente. Eu já estou acabando. Eu acho, por exemplo, que a autoridade policial pode perfeitamente oferecer

ADI 5508 / DF

os benefícios que estão no art. 5º da Lei 12.850 - portanto, eu penso que a autoridade policial pode convencionar ou convir com o colaborador -, que são os seguintes:

"Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;" - porque, muitas vezes, a não exposição pública pode ser um componente bastante importante do interesse da pessoa investigada.

"III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados."

Tudo isso sujeito à homologação judicial, por evidente. Mas acho que esses são componentes previstos na legislação que podem perfeitamente ser acordados entre a autoridade policial e o colaborador, sujeitos, evidentemente, os termos desse acordo à homologação judicial, como qualquer outra colaboração premiada.

Além disso, Presidente - e considero isso muito relevante -, o delegado de polícia, tendo em vista a relevância da colaboração que tenha sido prestada, eu penso que ele pode, no seu relatório final, recomendar à autoridade judicial que considere determinadas proposições de atenuação e diminuição da pena, e abrandamento do regime de cumprimento da pena. E acho que a autoridade policial pode incluir no acordo a obrigação de recomendar essas providências que terão a manifestação do Ministério Público e a decisão da autoridade judicial. Acredito que isso é útil e pode ser de grande importância.

Se o delegado de polícia que conduziu o inquérito disser que o

ADI 5508 / DF

colaborador prestou contribuição valiosa para o deslinde do crime e apuração dos principais responsáveis, e "como consequência, eu recomendo tal benefício de atenuação da pena, ou tal diminuição de pena, ou tal vantagem no cumprimento da pena", embora evidentemente isso não vincule nem o Ministério Público, nem o juiz, eu não penso que isso seja irrelevante ou indiferente, porque quem conduziu o inquérito está dando o crédito de importância ao colaborador.

Portanto, na minha visão, o delegado de polícia pode fazer acordos limitados que não interfiram, evidentemente, nas prerrogativas do Ministério Público. Exemplifiquei com o art. 5º, mas acho que o principal papel é, no acordo, que a autoridade policial que se beneficiou da colaboração inclua no seu relatório final a recomendação, a sugestão de que se reconheçam ao colaborador determinados benefícios seja na apenação, seja no modo do seu cumprimento.

Portanto, Presidente, eu estou reconhecendo o poder da polícia de celebrar acordo, nos limites aqui delineados, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público e do poder decisório do juiz.

Presidente, como sempre faço, materializei as minhas ideias numa tese, que vou ler apenas para organizá-las, e depois, se for o caso, poder servir como um fio condutor.

São quatro proposições simples:

1) O delegado de polícia possui legitimidade para firmar acordos de colaboração premiada, em questões de sua competência, que incluem as previsões do art. 5º da Lei 12.850/13;

2) Naturalmente o delegado de polícia não pode dispor, no acordo eventualmente celebrado, de prerrogativas próprias do Ministério Público, como, por exemplo, o compromisso de não oferecimento de denúncia;

3) O delegado de polícia pode se comprometer, no acordo, a incluir, no seu relatório, recomendação de reconhecimento ao colaborador de benefícios sobre a atenuação ou redução da pena, abrandamento do regime de seu cumprimento, ou outro benefício previsto na legislação;

4) Em qualquer caso, impõe-se a manifestação do Ministério Público

ADI 5508 / DF

e pronunciamento judicial.

É como voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Em síntese, é o que está no meu voto?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas ele estabeleceu o art. 5º.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na verdade, eu estou julgando procedente, em parte, para interpretar conforme à Constituição para explicitar essa linha de entendimento. Porque, aí, eu considero que delimitar o limite material da competência da Polícia é uma interpretação restritiva do dispositivo, a qual eu precisaria explicitar. Portanto, como o pedido não era de interpretar conforme à Constituição, eu preciso julgar procedente, em parte, para interpretar conforme à Constituição, com essa explicação, que substantivamente coincide com a posição do Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O artigo 5º, Vossa Excelência tem aí?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Tenho, posso lê-lo novamente.

É o que confere poderes para a proteção do colaborador durante a investigação. Ou seja, não exposição pública, não revelação...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Que se respeite a dignidade do colaborador.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso, inclusive proteção policial, por exemplo. Suponha que ele se sinta ameaçado, eu acho que a polícia pode negociar a proteção policial. Portanto, há um conjunto de competências inerentes à atuação da polícia que ela pode transigir. O que ela não pode transigir, no meu modo de ver, é com poderes do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Muito menos quanto ao crivo do Judiciário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, tampouco.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Para

ADI 5508 / DF

dar interpretação conforme apenas quanto aos limites de atuação da Polícia, mas coincidindo, no conteúdo nuclear, quanto à possibilidade, diferentemente, por exemplo, do voto do Ministro Fachin.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Agora, Presidente, ao lado da observância do artigo 5º, o ministro Luís Roberto Barroso – perdoe-me se não estiver interpretando bem a compreensão – admite a formalização do acordo no âmbito da Polícia em geral.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Sim, a formalização do acordo para fins do art. 5º, por exemplo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Só para fins do artigo 5º?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu exemplifiquei. Eu disse: O delegado de polícia possui legitimidade para firmar acordos de colaboração premiada em questões de sua competência que incluem as previsões do art. 5º. Mas, por exemplo, a oferta de proteção policial não está prevista no art. 5º, e eu acho que ele pode.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas Vossa Excelência admite que pode alinhar um acordo quanto à pena, quanto ao regime?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Qual é o estímulo para se colaborar? Apenas o dever do aparelho policial de preservar a integridade, a higidez do colaborador? É muito pouco. Isso é inerente ao sistema, ao aparelho policial.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por isso que há a necessidade de interpretar conforme, porque existe uma distinção material.

Penso que, quanto a esses aspectos referidos pelo Ministro Marco Aurélio, de abrandamento de pena ou eventualmente regime de cumprimento, tudo que a Polícia pode fazer é recomendar no relatório final.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É como Vossa Excelência acentua: "Não pode dispor das prerrogativas do

ADI 5508 / DF

Ministério Público."

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, é o que digo. Presidente, quando, no voto, assento que o alinhavado, o sinalizado, em termos de benefícios, não é definitivo, admito que, tal como ocorre quando capitanea a delação o Ministério Público, é possível prever-se. Simples previsão. Claro que se confiará no Estado como um grande todo. Claro que o que sinalizado, tanto quanto possível, será alvo de agasalho quando da sentença a ser proferida.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Aqui temos uma divergência, Presidente, porque eu acho que a Polícia pode recomendar, mas o Ministério Público pode não acolher, ou o juiz pode não acolher.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas não é ele quem acolhe. Pode manifestar-se de forma contrária. É o que está na lei. Quem acolhe ou não é o Estado julgador, é aquele que prolata a sentença.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Essa é a divergência exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós temos uma divergência, porque eu acho que a Polícia só pode transigir com aquilo que seja da sua competência, com o que diga respeito à atividade policial. O que diz respeito à atividade acusatória ou jurisdicional, eu acho que o delegado pode e deve, diante da boa colaboração, recomendar. Mas, aí, o Ministério Público acolherá ou não, e o juiz acolherá ou não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Tal como o Ministério Público. O Ministério Público não tem a palavra final, porque, como parte na relação processual, no processo-crime, não apenas ninguém, não tem a palavra final quanto ao pronunciamento do Judiciário.

Ouvi, inclusive, Presidente, quando travamos essas discussões – e o meu companheiro de bancada, infelizmente, está no estaleiro, não está presente –, um Colega cogitar da apenação pelo Ministério Público. Fiquei perplexo. Talvez tivesse que voltar aos bancos da Nacional de

ADI 5508 / DF

Direito para fazer o curso novamente. Ministério Público é parte acusadora e não apenas quem quer que seja.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, o acordo é sujeito à homologação. Se o juiz homologar a recomendação, isso tem um efeito totalmente diferente de o juiz homologar a redução de pena. Portanto, o que eu estou dizendo é que o delegado pode recomendar. Portanto, ele leva o acordo em que ele se compromete a, b e c, e se compromete a, no relatório final, pedir o abrandamento da pena ou pedir o cumprimento num regime a, b ou c. Recomendar. Ao homologar a recomendação, nem o Ministério Público nem o juiz ficam vinculados a esta recomendação, embora devam levá-la em conta com seriedade, porque uma autoridade pública se manifestou neste sentido, mas sem vinculação. Portanto, tudo aquilo que extrapola o que eu considero competência da Polícia, ela só pode recomendar com o peso que uma recomendação tenha, porque nós decidimos aqui, ainda quando se suscite aqui e ali divergências, na linha do precedente Ministro Toffoli, e depois na questão de ordem trazida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, e com o voto de Vossa Excelência, que, uma vez homologada a colaboração, que tenha sido voluntária e preenchidos aqueles requisitos, o Estado deve honrá-la, a menos que fatos supervenientes justifiquem a sua invalidação. Portanto, ao homologar uma recomendação, eu simplesmente me obrigo a levar em conta aquela sugestão. Ao passo que, se eu homologasse uma redução de pena, eu estaria vinculado a aplicar uma pena reduzida. Portanto, eu quero deixar bem clara a distinção que consta das minhas proposições. O delegado de polícia pode fazer acordo com aquilo que diga respeito à atividade policial, do que são exemplos os incisos do artigo 5º e mais este exemplo que eu propus de uma eventual oferta de proteção policial a quem precisa. Isso eu acho que ele pode oferecer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vou retificar, Presidente, porque não comungo com o que veiculado pelo ministro Luís Roberto Barroso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mais do que isso, ou seja, no que extrapole a sua competência da autoridade

ADI 5508 / DF

policial, eu acho que ele pode recomendar, dizer: "O colaborador foi de grande valia. E, por essa razão, eu proponho uma redução de 2/3 (dois terços) da pena; ou eu proponho que o regime de cumprimento da pena, em lugar de ser fechado, seja semiaberto." Propor, mas sujeito à manifestação do Ministério Público e a decisão judicial.

Portanto, ele, no acordo, inclui a recomendação, mas não evidentemente o compromisso do Estado, porque aí, nesta parte, eu concordo com o Ministro Fachin, quem apresenta o Estado para esses outros componentes são o Ministério Público e o Poder Judiciário, e não mais a Polícia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas apenas para fins de esclarecimento, porque estamos a lidar com algo que terá efeitos e consequências - e é uma construção ainda a colaboração premiada -, a recomendação posta num acordo, eventualmente celebrado entre o delegado de polícia e o colaborador, se homologado judicialmente, teria o efeito de compromisso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não? Apenas continuaria como recomendação? Ou seja, eu teria uma parte do acordo homologado e com efeito de não se poder descumprir em qualquer etapa; e a recomendação homologada nesta condição. Vossa Excelência faz essa distinção?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E é essa a distinção que Vossa Excelência tem exatamente com o Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É isso. O juiz poderá dizer: "A despeito da sugestão do eminente delegado de redução da pena de 2/3 (dois terços), à vista dos outros elementos, eu reduzo em apenas 1/3, por exemplo".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Está bem.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 5508 / DF

Isso não criaria um direito subjetivo?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, para ele é exatamente o que perguntei.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, o direito subjetivo é: o delegado se compromete a recomendar, então, no acordo, ele se comprometeu a, no relatório final, recomendar a redução de pena. Mas isso não vincula o juiz, vincula o delegado a recomendar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas o acordo não vincula o juiz.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Chega uma condenação de outros partícipes, e, depois, o juiz fala: "Não, mas ele vai cumprir a pena igual aos outros". Essa é a minha pergunta objetiva.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Veja, esse tipo de acordo para cumprimento de pena, a meu ver, depende do Ministério Público

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Da oitiva do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Perdão, Presidente, também acho que o delegado pode propor que o Ministério Público faça o acordo nesse sentido. Mas, aí, o Ministério Público fará se quiser ou não quiser.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, aí, é outro acordo, é outra história, é outro ator.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o que eu quero dizer é que uma proposta do delegado de polícia, uma recomendação do delegado de polícia que conduziu o inquérito deve ser levada em conta. Ela não é vinculante, mas eu acho que ela deve ser levada em conta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas a proposta de acordo também não é, Ministro, porque o juiz não está, em qualquer momento, vinculado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, mas é

ADI 5508 / DF

porque, aqui, a distinção é a seguinte: se o Ministério Público fizer um acordo dizendo assim - eu sei que tem gente que discorda -, mas o Ministério Público faz um acordo dizendo que a pena será cumprida em prisão domiciliar e o juiz homologar, está feito! Ao passo que, se o delegado recomendar que o cumprimento da pena seja em prisão domiciliar, isso deve ser levado em conta, mas não está feito, porque o Ministério Público pode se manifestar contra e o juiz pode decidir contra.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É mais ou menos como a Constituição semi rígida: uma parte precisa realmente cumprir, porque cria o direito subjetivo e a outra parte não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A outra parte é a recomendação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É isso. Está bem, exatamente, ficou claro.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro, só um esclarecimento. Então, a Polícia pode, mas não pode. Porque, na verdade, nenhum acordo vai ser realizado, porque qual o delator - essa foi minha preocupação no transcorrer do voto - vai fazer um acordo com a Polícia para a Polícia recomendar alguma coisa? Porque os incisos do art. 5º, na verdade, todos já são direitos do colaborador; a Polícia não pode negar, o Ministério Público não pode negar e o Judiciário não pode negar. São direitos do colaborador. Então, o objeto do acordo - só para eu entender o posicionamento, uma dúvida minha - seria uma mera recomendação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, pelo que eu entendi e aponte aqui, não sei se corretamente, o acordo que o Ministro propõe é exatamente no sentido de que o delegado dispõe do poder de colaboração. Portanto ele pode firmar o acordo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sim, mas qual o objeto?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E aí tem mais três itens.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A distinção

ADI 5508 / DF

inicial que fiz: o sistema punitivo se divide em investigação, titularidade da ação penal, poder jurisdicional e execução da pena. A Polícia só pode transigir com o que diga respeito à investigação, porque este é o seu papel institucional.

Eu posso imaginar algumas situações para além do artigo 5º, porque, ao dizer que o delegado pode fazer a colaboração, já fiz incidir o artigo 5º, mas eu posso imaginar outras possibilidades, tipo: não apreensão do veículo, porque ele é indispensável para a continuidade do trabalho - em princípio, acho que a polícia pode transigir com relação a isso; oferecimento de proteção policial a quem esteja sendo ameaçado ou viva em área de risco. Portanto o que seja competência da Polícia, eu acho que ela pode negociar, e outras hipóteses.

Agora, eu considero que redução de pena e definição de regime de cumprimento de pena não são figuras associadas à investigação; por não serem, não podem ser transacionados pela Polícia. Se a Polícia quiser, a meu ver, ela deve dialogar com o Ministério Público, que é - como observou o Ministro Marco Aurélio e estou de pleno acordo - uma disputa institucional que não aproveita a ninguém, portanto, a harmonia na atuação entre Polícia e Ministério Público faz bem ao país e às instituições. Se a polícia quiser incluir na colaboração algo que vai além das suas competências, ela deve dialogar com o Ministério Público e participar da colaboração premiada.

Eu queria deixar bem claro, Presidente. Eu acho que a Polícia pode fazer acordo de colaboração premiada dentro dos limites do que considero competência da Polícia, que são os limites da investigação e do inquérito policial.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministra Rosa, eu estou realmente acompanhando o seu raciocínio. Esse segundo pedido, que é o pedido subsidiário, ou uma coisa ou outra, é para ser atendido na impossibilidade de ser atendido o primeiro, então, ele é formulado... Eu estou aqui sem esse material agora.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu faço a leitura mais uma vez:

“[...] ou sucessivamente para dar-lhes interpretação conforme a Constituição, a fim de considerar indispensável a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada.”

Isso eu não defiro. Penso que não há necessidade de desde o início, lá nas primeiras tratativas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Já está escrito, já está na lei, não é?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não é bem assim. A lei fala “com a manifestação”. A manifestação não exige, do meu ponto de vista, necessariamente a participação do Ministério Público desde as primeiras tratativas do delegado de polícia com o colaborador. Então, quanto a esta parte, eu não defiro.

Na continuidade: “e de considerar sua manifestação” – o Ministério Público pede que seja a sua manifestação prevista na lei, exigida pela lei –, “considerada como de caráter obrigatório e vinculante”. De caráter obrigatório é. A lei diz: “e com a manifestação”. Entendo que vincula. E vincula em que sentido? Se o Ministério Público disser...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - "Estou de acordo".

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - “Estou de acordo.”
Perfeito, não há nenhum óbice, e o juiz passa ao exame.

ADI 5508 / DF

Agora, se o Ministério Público disser: “Não estou de acordo”, eu entendo que não se pode atribuir...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não se aperfeiçoa a delação.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não se aperfeiçoa, perfeito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Apenas para esclarecimento - não, agora, do apontamento, Ministra -, mas como afirma bem o Ministro Dias Toffoli, para esclarecimento do que estamos a decidir.

Em caso tal, a prevalecer o entendimento firmado agora por Vossa Excelência, este acordo não seria sequer encaminhado ao juiz, ao órgão julgador, porque aí não haveria o acordo na diferença formalmente elaborada e posta pelo Ministro Fachin, ou seria encaminhado, mas com a manifestação contrária?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Vossa Excelência me permite, Senhora Presidente? Do que eu compreendi, até esse momento, parece-me que, nos termos regimentais, a posição da Ministra Rosa é aquilo que nós, em algumas oportunidades, temos denominado de voto médio, na minha percepção, até esse momento. E por quê? Porque ela está admitindo, inclusive, a possibilidade do encaminhamento do acordo direto ao juiz que, se não tiver manifestação do Ministério Público, vai colher a manifestação do Ministério Público. E, se o Ministério Público for contrário, o que a Ministra Rosa está suscitando, o juiz não homologará.

Portanto, é uma posição...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas, aí, seria a posição do juiz. Mas o que estou perguntando é um passo antes.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Cabe ao delegado de polícia...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O Ministério Público não poderia então...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - A questão central, com a vênua ao Ministro Barroso, é a transação em relação às penas e ao poder

ADI 5508 / DF

punitivo.

As outras medidas são relevantes evidentemente, mas, nessa questão central, eu acredito que nós temos três posições atualmente colocadas aqui.

Há uma primeira posição, que é do Ministro-Relator e do Ministro Alexandre de Moraes, que admite o acordo feito pelo delegado de polícia; admite a legitimidade; admite a legitimidade da transação, inclusive, em relação às penas; admite que se remeta diretamente ao juiz, sem a manifestação ou com a manifestação do Ministério Público, favorável ou contrária, e o juiz pode examinar e homologar ou não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Meu voto está calcado na necessidade da manifestação do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E se for desfavorável, não vincula.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, não vincula.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Perfeitamente. É isso que eu estava a dizer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Pode manifestar-se de forma desfavorável e o juiz, na sequência do processo-crime, concluir de modo diverso.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Essa é a primeira posição que o Ministro Alexandre aderiu.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não, a minha posição...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A última palavra tem não o Ministério Público, mas o órgão julgador.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Isso. A única divergência minha em relação ao Ministro Marco Aurélio, no caso da representação por perdão judicial, que, mesmo lá na frente, mas isso afeta o exercício da ação penal, o resultado da ação penal, nesse caso, deve haver, a meu ver, obrigatoriamente concordância do Ministério Público.

Então é uma diferença em relação Ministro Marco Aurélio.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, mas considerada a ordem cronológica, a organicidade do Direito, só é dado cogitar de perdão judicial existente um processo-crime; ofertada, portanto, a denúncia pelo Ministério Público. Não inverteo, não digo...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sim, já com a certeza de que não vai ter, o Ministério Público não vai obter uma condenação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O órgão julgador simplesmente, ante o perdão, extingue a punibilidade já de início, sem a existência do processo-crime?

Para chegar-se ao perdão judicial, repito, em pronunciamento do Estado-juiz, indispensável é que se tenha um processo-crime. E, para se ter o processo-crime, há necessidade da peça primeira da ação penal, que é a denúncia. Ninguém obstaculiza o ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E há uma diferença: uma coisa é a cláusula de não denunciar, outra coisa é o perdão judicial que pressupõe a existência da denúncia. Só tem perdão judicial se houver uma ação penal, se a ação penal transcorrer e o juiz, ao final, conceder o perdão judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Jamais vi perdão judicial sem processo-crime, a não ser que esteja compreendido em um decreto de indulto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estava ouvindo com interesse a sistematização do Ministro Fachin, eu gostaria que ele concluísse.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, concluindo, eu dizia de três posições, pelo que eu depreendi. A primeira, na qual eu entendo estarem associadas as posições do eminente Ministro-Relator e do eminente Ministro Alexandre, que respondem afirmativamente à questão que está na papeleta de julgamento no sentido de que os delegados de polícia têm legitimidade para formalizar acordos de colaboração premiada, inclusive envolvendo transação sobre pena e

ADI 5508 / DF

pleiteando, com a manifestação favorável ou contrária do Ministério Público, a homologação judicial. Esta é a primeira posição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite, só quanto a esta primeira. É que o Ministro Alexandre divergiu em parte do Ministro.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas, Presidente, com toda vênua à divergência, não atinge o núcleo, creio.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Fachin, com toda vênua, não há um voto médio ainda, na verdade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, porque há três posições até aqui.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Não há, porque há quatro posições.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Estou tentando ajudar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Três ou quatro.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Na verdade, há cinco posições em cinco votos. Eu acho que seria melhor ouvir os restantes para formar o voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu gostaria de acabar de ouvir a sistematização do Ministro Fachin, porque eu acho que nós estamos agrupando por blocos.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Mas, na sistematização, ele não pode colocar a mesma posição minha e do Ministro Marco Aurélio, não é a mesma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas é claro, quando você agrupa, você sacrifica alguma coisa que está na franja, e ele está tentando. Essa é a primeira categoria, e a segunda?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Temos, no Plenário, uma coordenadora: a Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, e a coordenadora está exercendo a coordenação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A

ADI 5508 / DF

Presidente está tomando os votos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, mas como, agora, nós temos cinco posições, é na condição de Presidente que penso que seria conveniente chegar ao final da sistematização, ainda que, posteriormente, como fez agora o Ministro Alexandre, apenas corrija o que ele considera que não é a conclusão dele.

Vossa Excelência continua com a palavra.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Agradeço a Vossa Excelência me assegurar o direito à palavra neste Plenário.

A segunda posição que entendo presente comunga, a que eu defendi, com a do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de entender que, em relação à transação acerca do poder punitivo, o delegado de polícia não tem legitimidade para formar acordo de colaboração premiada. A posição que reputo o voto médio é a da Ministra Rosa, que está admitindo a formalização do acordo de colaboração premiada, está admitindo que a polícia possa ou remeter ao Ministério Público ou diretamente ao juiz, mas o juiz ouvirá previamente o Ministério Público, e, se a manifestação for desfavorável, isso constitui uma *conditio sine qua non* e, portanto, não homologará o respectivo acordo.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu tinha pensado, num primeiro momento, em definir a necessidade de manifestação favorável do Ministério Público como uma condição de procedibilidade do acordo, quando, digamos assim, a representação for do delegado de polícia. Mas, depois, parece que a condição de procedibilidade não seria tão adequada, então seria uma condição de admissibilidade, porque nada impediria, do meu ponto de vista – pedindo vênias, com a maior humildade –, que o delegado de polícia encaminhasse ao juiz, e o juiz, necessariamente, colheria a manifestação do Ministério Público, e, se fosse desfavorável, ela seria...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Seria condição de não legalidade.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - É, seria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –

ADI 5508 / DF

Presidente, como Vossa Excelência percebeu o meu voto? Importa muito a percepção pela Presidência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Anotei como improcedente o pedido formulado na ação, por considerar que o delegado de polícia poderá, como o Ministério Público também...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Criar direito?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sem criar direito a quem quer que seja, que é do órgão judicial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Estou julgando improcedente o pedido, no que direcionado a assentar o conflito da Lei nº 12.850/2013, aprovada pelo Congresso Nacional, com a Constituição Federal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Exatamente o que foi anotado.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados, estudantes presentes.

Senhora Presidente, eu fiz aqui algumas anotações e só um comentário *a latere*. Realmente, deixar de ocupar a posição do Ministro Alexandre, que é o primeiro a votar, e votar depois de ouvir os Colegas, realmente traz um conforto muito grande.

Hoje, houve uma disparidade de razões de decidir tão grande que, na verdade, no meu modo de ver, muitos disseram a mesma coisa de maneira diferente. Eu acho que, talvez, o voto que mais se afina com aquilo que eu entendo que deva ser acolhido à luz da lei da Constituição é aquilo que a Ministra Rosa simplificou, porque nós estamos em sede de controle abstrato. Então, temos que fazer o confronto da lei com a Constituição.

O que diz a lei? E qual é a nossa tarefa? Vamos começar pela nossa tarefa. Aqui, o Supremo Tribunal Federal, em documento oficial, suscita da Corte o pronunciamento sobre se os delegados de polícia - federal ou civil - têm legitimidade para formalizar acordo de delação premiada. É isso aqui. Esse é o objeto do nosso trabalho, objeto da nossa cognição e objeto da nossa decisão; se tem legitimidade pela lei e se a lei que prevê que tem está contrariando a Constituição Federal. Isso é controle abstrato de constitucionalidade.

Então, o princípio é o começo de tudo. Vamos começar pela Constituição Federal, que é o fundamento de todas as leis naquela pirâmide Kelseniana. O que diz a Constituição? Ela diz o seguinte: a segurança pública é dever do Estado e compete às seguintes polícias - aí cita a polícia civil, polícia federal - art. 144, § 1º, inc. I - que compete a essas polícias apurar infrações penais.

Então, para apurar infrações penais, surgiu uma nova lei,

ADI 5508 / DF

estabelecendo novos meios de obtenção da prova. Que lei é essa? É a lei que regula a delação premiada. Então, esta lei contraria, em princípio, a Constituição Federal? No meu modo de ver, *data maxima venia*, não. Por quê? Porque a Constituição determina que as polícias promovam a apuração de infrações penais. E um dos meios de apuração e de obtenção de prova, para municiar o juízo, é a denominada colaboração premiada. Então, não há contraste entre a lei e a Constituição.

Agora, uma segunda questão: Os delegados de polícia podem promover esse meio de obtenção de prova, que está assim categorizado no Capítulo II da lei, que prevê na fase pré-processual esse meio de obtenção de prova? Então, diz a lei, naquilo que interessa a nós, que é a legitimidade do delegado para promover a colaboração premiada e verificar se a lei está em contradição com a Constituição, diz o § 2º do art. 4º: "o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão, reduzir em 2/3," enfim... são os benefícios da delação premiada. Parágrafo 2º, que é o impugnado: "*considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo*" - o Ministério Público, a qualquer tempo - "*e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público*" - então, a lei, a *ratio legis*, é que o delegado haja de acordo com a manifestação do Ministério Público -, "*poderão*" - porque se fosse só o delegado seria "poderá" - o delegado e o Ministério Público "*poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão do perdão judicial*" - e aqui eu acho que a lei disse menos do que queria, porque o delegado e o Ministério Público podem requerer todos os benefícios da colaboração premiada.

"§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes e a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público". Então, a razão da lei é claríssima, ela torna a presença do Ministério Público indispensável nessa delação a ser lavrada pelo delegado, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado, que é o que nós estamos mais acostumados a ver.

Então, o que sobressai dessa leitura mais simplificada, elogiando

ADI 5508 / DF

todos os fundamentos que foram expostos até agora? O que sobressai é que eu não parto da premissa de que a delação levada a efeito pelo delegado, ela o é sem a manifestação do Ministério Público. Eu entendo que essa delação perante o delegado de polícia só se perfectibiliza com a manifestação do Ministério Público, e, se o Ministério Público não estiver de acordo, essa delação não pode ser homologada. Essa é a premissa na qual eu me baseio, à luz da Constituição e da lei. É meio de prova, é obrigada a apurar infração penal, apurar infração sem meio de prova não é possível, e a lei de organização criminosa criou esse meio maravilhoso de obtenção de prova que tem dado resultado satisfatório.

Por outro lado, eu fiz uma pesquisa sobre a história do Direito brasileiro em relação, digamos assim, ao germe da delação premiada. Esse germe da delação foi até aqui mencionado pelo Ministro Marco Aurélio e o Doutor Carlos Eduardo Machado - que é um advogado do Rio de Janeiro, lançou recentemente a obra *Delação Premiada - Lei das Organizações Criminosas* -, e ele arrola, em ordem cronológica, a história do Direito brasileiro em relação à delação premiada. Então, ora os diplomas legislativos falavam, não em colaborador, com essa linguagem sofisticada de hoje, mas em colaboração dirigida à autoridade competente, e ora falavam em autoridade policial ou judiciária. Então, numa interpretação histórica, sempre foi possível fazer uma delação à autoridade policial. Aliás, a lei veio regular isso, porque nós que temos experiência - eu fui promotor, o Ministro Alexandre também foi promotor - sabemos que a polícia trabalha com delatores e, às vezes, sem delatores é impossível ela chegar a um determinado resultado.

Pois bem, nessa análise histórica e de Direito comparado, não há nenhuma obrigatoriedade de que essa delação seja feita só pelo Ministério Público e, com isso, eu concludo, tal como a Ministra Rosa, que o delegado tem efetivamente legitimidade para fazer. A lei prevê, a Constituição não proíbe, ao contrário, ela impõe o dever de usar todos os meios de prova para apurar a infração penal, e um dos meios de prova é exatamente a colaboração. Ao inserir, lado a lado, o delegado com o Ministério Público, enfatizando isso, parece-me, com a devida vênias das

ADI 5508 / DF

opiniões em contrário, que essa delação lavrada perante o delegado de polícia tem de ter a manifestação favorável do Ministério Público, ou seja, se o Ministério Público disser "sim", é "talvez", vamos ver o que o juiz diz; se o Ministério Público disser "não", é "não", no meu modo modesto de ver, depois de ouvir aqui todas essas exposições que foram feitas.

Então, eu vou pedir vênua para, digamos assim, simplificar o meu posicionamento, porquanto os Colegas exauriram todos os fundamentos doutrinários. Citei apenas esse nobre advogado porque ele fez realmente um histórico comparativo das colaborações, das pessoas que colaboravam para efeito de apuração da infração penal e, nessa pesquisa de Direito comparado, eu verifico que a colaboração premiada, na fase policial, é muitíssimo importante para a apuração de outros delitos que não são esses que nós estamos vendo agora - é a Polícia Rodoviária Federal que apreende um caminhão com contrabando; é a Polícia Federal que apreende produtos de narcotráfico. Isso é a polícia que tem de fazer e ela vai fazer comunicando a promotora da comarca: "Olha, eu tenho aqui uma delação e vou lavrar essa delação e gostaria do aprovo do Ministério Público".

Na prática, delação premiada não é um ato instantâneo, a delação premiada leva um tempo, há atos preparatórios. Então, na prática, o que vai ocorrer? O Ministério Público vai ser ouvido, tal como pretende a ilustre Procuradora-Geral da República, desde o início da delação premiada, e, enquanto não se define a colaboração em todos os seus termos, o que vai ocorrer é uma interação entre o delegado e o Ministério Público, porque é assim que ocorre. E nós temos que pensar em comarcas, 5.000 lugares: "Promotor, eu tenho aqui um delator sobre esse fato", etc e tal. Então, vamos ouvi-lo. E, aí, então, com o Ministério Público, como diz a lei, perfaz-se então a delação premiada.

Na Colômbia, que é um exemplo clássico, o narcotráfico foi todo ele apurado, na linha de frente, pela Polícia. Não foi pelo Ministério Público, foi pela Polícia. Aquele mafioso que residiu, aqui, no Brasil, e que, depois, acabou deflagrando uma operação na Itália, que é a operação *Mani Pulite*, que foi a operação Tommaso Buscetta, que foi lá e entregou todo mundo.

ADI 5508 / DF

É claro que isso veio depois a aderir àquela delação, o Ministério Público - que lá faz parte da carreira da magistratura, se não me falha memória; na França, eu tenho certeza, mas lá não tenho certeza agora. Então, nós, da Primeira Turma, nos espantamos que toda semana julgemos *habeas corpus*: uma tonelada de maconha; 600 quilos de cocaína. E quem é que conseguiu isso? A Polícia!

Então, há determinados delitos que a Polícia, na linha de frente, vai promover essa delação premiada com o Ministério Público com uma margem de eficiência extremamente significativa.

Então, concluindo, o que eu entendo e, agora, também, aderindo ao voto da Ministra Rosa, acolhendo o pedido subsidiário do Ministério Público, dando uma interpretação conforme, no sentido de que o delegado tem legitimidade para a delação premiada, que é o que está submetido aqui à nossa apreciação, mas, como nós devemos explicitar, para ficar bem claro, essa delação premiada para a qual o delegado tem legitimidade deve perpassar pela anuência do Ministério Público para depois, então, ser remetida ao juízo, que a homologará ou não de acordo com o cumprimento dos requisitos legais.

Então, perdoem-me pela simplicidade, mas é assim que eu entendo a questão que está posta à nossa apreciação.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Posso fazer um breve comentário? Eu acho que, pelo menos, vai se consolidando algum nível de convergência, porque a manifestação do Ministro Luiz Fux, acompanhando a Ministra Rosa, dá-se em relação ao art. 4º. Nós estamos falando dos §§ 2º e 6º do art. 4º.

O caput do art. 4º diz o seguinte:

"Art. 4º - O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos (...)."

Em relação a esses três pontos, eu também acho que só é possível o acordo com a adesão do Ministério Público, a anuência para ser textual. Portanto, nesta parte, estamos todos de acordo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Todos não!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A única coisa é que eu interpretei o § 2º e o § 6º como provendo sobre um pouco mais do que o *caput*, e, portanto, referindo-se a acordo em geral.

Por isso que eu disse que, em relação à competência da Polícia poderia, mas, em relação ao que está previsto no *caput*, só pode com a anuência do Ministério Público.

De modo que, neste ponto, penso eu, o Ministro Fachin, a Ministra Rosa e eu estamos convergentes de que não é possível acordo quanto a esses pontos que dizem respeito à dosimetria da pena ou perdão judicial sem a anuência do Ministério Público.

Então, há quatro votos convergindo neste sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, a lei é expressa: refere-se à manifestação – e não à concordância, anuência – do Ministério Público. É muito cedo para imaginar-se a conclusão do Plenário. Vamos ouvir os demais Ministros.

ADI 5508 / DF

Penso que estamos tendo muitos presidentes na sessão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Não, Ministro. É a possibilidade de todo mundo falar, até para discutir. Todos colaboram mesmo, para que se chegue aos consensos, especialmente porque aí cada um esclarece o seu ponto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não se progride e não se concilia celeridade e conteúdo.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, eu volto a dizer que é um dia extremamente agradável de trabalho, embora já iniciado às nove horas da manhã, bem cedo. Porque, realmente, todos os debates e o tema tratado são da maior importância e relevância institucional para a nação brasileira. Louvo todos os votos. Não vou perder tempo em perorações, mas tenho que registrar que realmente é um debate muito rico.

Senhora Presidente, a Constituição Federal traz o Ministério Público como função essencial à Justiça, como eu já disse mais cedo, e a polícia está como "polícia judiciária". Nós já debatemos aqui sobre o poder de investigação do Ministério Público, e o resultado foi da possibilidade de haver a investigação pelo Ministério Público em determinadas situações, excepcionalmente, não de regra. De ordinário e de regra, quem faz o papel de investigação é a polícia judiciária, nos termos do art. 144, **caput** e seus parágrafos, da Constituição Federal.

Também já ficou fixado aqui que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova. Assim sendo, dentro dessa premissa, é evidente que a polícia tem a possibilidade de trabalhar com a colaboração, e efetivamente já trabalha, não só por conta da Lei nº 12.850, mas, anteriormente, com as leis precedentes. Ela já trabalha com esses elementos, e o faz com algo até mais forte que isso: a ação controlada ou a infiltração de agentes do Estado - feita essa infiltração pela polícia sem sequer, às vezes, o Ministério Público ter ciência disso. Por isso que, na parte da manhã até me fiz valer da opinião e da experiência do Ministro **Alexandre**, que foi Secretário de Segurança. Sua Excelência respondeu: Às vezes, isso funciona, vai bem; às vezes, o infiltrado acaba virando realmente um agente criminoso, ele descamba para o outro lado. E aí é evidente que, depois, o Estado-acusador e o Estado-Juiz vão avaliar essa conduta, de acordo com a situação e a realidade.

ADI 5508 / DF

Mas uma coisa tem que ser dita: O instrumento da colaboração premiada, da ação controlada e do agente infiltrado é extremamente necessário para as investigações. No mundo complexo de hoje, das relações, de organizações criminosas que são transnacionais, muitas vezes, o Estado não teria condições de investigar e de punir ilícitos sem instrumentos de tamanha dimensão.

Nós temos que avaliar, Senhora Presidente, eminentes Colegas, não pelos excessos, não pelos abusos. Para os excessos e abusos existe o Judiciário, existem as instâncias judiciais - primeira, segunda, superior, Supremo. Nós temos que analisar, como o Ministro **Marco Aurélio** costuma dizer, de acordo com a ordem natural em que as coisas devem acontecer. Eu não posso presumir que haverá um abuso do Ministério Público, um abuso da polícia para analisar os parâmetros legais e as competências legais.

Temos um juiz português, Pedro Soares de Albergaria, que diz o seguinte: Há a necessidade de impregnar as negociações de acordo de maior transparência, "tirando-as das sombras dos corredores e dos gabinetes". Repito, "tirando-as das sombras dos corredores e dos gabinetes". Com esse pensamento, Senhora Presidente, ao analisar o precedente do HC 127.483, de que fui Relator, examinei a Lei 12.850 sob a óptica do negócio jurídico processual e sob a óptica do colaborador. Ou seja, aquilo gerará direitos subjetivos que o Estado terá de cumprir para com o colaborador. Evidentemente, se há um acordo, o Estado receberá as informações necessárias para combater o crime. Agora, da óptica do colaborador, aquilo que ele está oferecendo para combater o crime será a garantia de que a respectiva sanção premial lhe será outorgada lá adiante.

Dessa óptica, eu analisei o caso, tendo por premissa exatamente isso que esse juiz disse: "Temos que tirar das sombras dos corredores e dos gabinetes os acordos de negociação". Antes de existir qualquer lei de colaboração premiada, antes de existir qualquer lei de infiltração, as polícias, na prática, trabalhavam com isso, só que nas sombras, porque tinham que combater o crime. A polícia é cobrada no sentido de combater o crime. Se não tinha o instrumento legal, atuava com os agentes, os

ADI 5508 / DF

chamados X-9. Tem até um codinome para esse tipo de agente. Ou seja, aos poucos e de maneira tardia, a legislação foi trazendo luz e transparência para o Estado entabular esses acordos. E como eram feitos esses acordos, de que forma? "Você vai lá, atua, me conta tudo o que está acontecendo, e nós não vamos te investigar". E isso ficava nas sombras, ficava às escondidas. Essa foi uma realidade que ocorreu, até que surgiram os instrumentos legais, trazendo isso à luz e à segurança. Porque, na verdade, aquele colaborador também estava em total insegurança, e agia sob coerção estatal. "Olha, eu vou investigar você, mas se você colaborar, eu não o investigo e desbarato uma organização criminosa". E não dava segurança também para o agente estatal, porque ele tinha que fazer isso numa certa penumbra, numa sombra de autoritarismo e de abuso.

Eu relatei todas essas coisas para dizer que o tema é muito complexo, não é simples. Nós temos que levar em conta as questões históricas e também as experiências internacionais.

Senhora Presidente, trago um longo voto e não farei a leitura dele. Farei um registro e, depois, a juntada. No início, há um capítulo sobre a colaboração premiada no Direito norte-americano. Em síntese, lá o *prosecutor* é o Ministério Público que negocia - com amplitude - inclusive a pena.

Sigo adiante e falo sobre a colaboração premiada no Direito italiano. A colaboração premiada do Direito italiano é diferente da do Direito norte-americano. O juiz é que vai estabelecer os benefícios, exatamente nos limites colocados no sempre brilhante voto do Ministro Relator, Ministro **Marco Aurélio**. Então, Sua Excelência não está preocupado se é o Ministério Público ou se é a Polícia, porque, ao fim e ao cabo, nas premissas do voto de Sua Excelência, o controle é do Judiciário, e o Judiciário vai estabelecer qual é o benefício.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É a grande diferença, porque, pelo que percebi, há Colega que entende caber ao Ministério Público julgar e apenar!

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 5508 / DF

Por isso que eu disse - e me sinto honrado, e mais uma vez elogio também o voto aqui proferido pelo Ministro Luiz **Edson Fachin** no dia de hoje -, quando votei na PET 7.074, o seguinte:

"No contexto da legalidade do acordo de colaboração, insere-se a questão, ainda não examinada em profundidade pelo Supremo Tribunal Federal, da extensão dos poderes negociais do Ministério Público."

Não falei da Polícia, falei do Ministério Público.

"Nesse campo, há indagações ainda não respondidas em definitivo pela doutrina e pela jurisprudência.

a) É constitucional a cláusula que estabeleça, após a homologação do acordo de colaboração, o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade nos moldes acordados, antes mesmo da existência de uma condenação firmada em segundo grau de jurisdição?"

E nós sabemos, todos nós sabemos que este Supremo Tribunal Federal, a partir de uma decisão de um Colega, o saudoso Ministro **Teori Zavascki**, já homologou um acordo de colaboração em que houve o cumprimento imediato da sanção acordada. Isso ainda não veio aqui para o Plenário maior, mas já houve deliberação. Inclusive, a imprensa noticia que o prazo desse regime fechado termina agora no final desse ano, do **Marcelo Odebrecht**. Está terminando agora esse período do regime fechado e ele vai para domiciliar. Isso foi homologado por um Colega. Ou seja, placitando a ideia de que o Ministério Público pode negociar inclusive a pena.

Perguntei eu lá atrás:

"Ora, o acordo de colaboração tem o condão de substituir a existência de um juízo definitivo de culpabilidade, que somente pode ser formulado após a observância do devido processo legal?"

ADI 5508 / DF

E levantei outras questões, mas vou ficar nessa, Senhora Presidente, porque penso que nós estamos - e para a formulação do meu voto, evidentemente, partindo das premissas de meu voto -, vivenciando, no Brasil, uma colaboração premiada tal qual nós vivenciamos, ao longo da história, o controle de constitucionalidade. Nós começamos com um modelo e depois somamos outro. Por isso que o meu voto aqui - e o meu voto por escrito é muito longo - apresenta o modelo norte-americano - da plena negociabilidade pelo Estado-acusador - e o modelo italiano, que é exatamente esse com o qual, **mutatis mutandis**, comunga o voto do Ministro Relator. Eis a dificuldade que nós verificamos, pelo menos em meu entendimento. Se eu estou interpretando errado, a culpa é única e exclusivamente minha, de interpretação minha. Por isso que nós temos essa dificuldade, Ministra **Rosa**, Ministro **Fachin**, de chegar a uma síntese, porque, tal qual o modelo de constitucionalidade, nós estamos trabalhando com sistema misto.

A lei diz, claramente, no art. 4º, o seguinte:

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

Se nós seguissemos o modelo italiano, não poderíamos ter homologado - o Ministro **Teori** não poderia ter homologado - aquele acordo de colaboração, mais ou menos na linha do que o Ministro **Ricardo Lewandowski**, que aqui se encontra de licença, recentemente decidiu num determinado caso que foi divulgado pela imprensa, no sentido de que os limites ali iam além do que a lei estabelece.

Pois bem, sem me comprometer - porque esse não é o foco, não é o objeto deste caso concreto -, no atual estágio, eu penso que, se o

ADI 5508 / DF

Ministério Público pode o mais, que é não denunciar, ele pode o menos, que é negociar. Nós não temos como obrigar o Ministério Público a apresentar uma denúncia, não temos. Correta ou incorreta, essa foi a opção da Constituição - o Ministério Público é o titular da ação penal. Se ele pode o mais, que é não denunciar, eu entendo que ele pode o menos, que é negociar a pena. Digo isso sem me comprometer, estou aberto a convencimentos, porque esse tema ainda não veio ao Plenário maior de maneira objetiva. Penso que ele pode o menos, que é negociar a pena, que é negociar a forma de execução - evidentemente que presentes os requisitos de existência e validade: o agente é capaz, o objeto é lícito, a negociação não é defesa, não é proibida pela lei. Então, nesse contexto, eu me inclino no sentido do poder negocial do Ministério Público, porque, se ele pode o mais, ele pode o menos.

Vou à polícia. A polícia não pode o mais, ela não pode denunciar nem não denunciar, ela não é Estado-parte. Ela é polícia judiciária, ela não é função essencial à Justiça, ela é uma função instrumental à Justiça, como um instrumento de investigação, porque nós não vamos a campo. E nem o Ministério Público deve ir a campo ordinariamente, só excepcionalmente, como esta Corte já decidiu em relação ao poder de investigação.

Portanto, à polícia, entendo eu, não compete negociar as sanções, regime de execução de pena, benefícios. Agora, seria vedado à polícia fazer o acordo? Penso que não. Por quê? Exatamente porque, nós vivemos nesse sistema, **mutatis mutandis**, que eu citei, do controle de constitucionalidade para a colaboração premiada, de copiar modelos e vivências alhures e trazer para nossa experiência. Eu penso que pode, sim, a polícia entabular o acordo, mas entabular um acordo que vai ser submetido aos limites do juiz, conforme o art. 4º. Ou seja, não pode o delegado de polícia estabelecer qual vai ser a pena, qual vai ser o regime nem a pena máxima. A polícia, como função instrumental e não essencial à Justiça, não está dentro do Judiciário; no título da Constituição, o Ministério Público, a advocacia privada, a advocacia pública e a Defensoria são funções essenciais da Justiça, a polícia não.

ADI 5508 / DF

Daí porque a leitura que faço a partir dessas premissas vai à dogmática e à lei. Indo à lei, além do art. 4º a que já referi, leio o art. 6º, só depois é que eu vou aos parágrafos impugnados. O que diz o art. 6º, Senhora Presidente?

"Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;" [Ou do delegado de polícia, não é "e", é "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 [aqui, mais uma vez, o Ministério Público ou o delegado de polícia];

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário."

Pois bem, no voto proferido naquele **habeas corpus**, que repeti em longo trecho na PET 7.074, disse que o art. 6º da Lei 12.850 - esse que acabei de ler - estabelece os elementos de existência do acordo de colaboração premiada, e aí descrevo os elementos, que são os incisos do dispositivo. Então, são elementos de existência.

Na leitura que acabou de fazer a Ministra **Rosa**, de maneira muito inteligente e sempre acutíssima, do § 2º e do § 6º que são atacados, Sua Excelência interpreta que a participação do Ministério Público seria - olhando pela óptica de minha decisão - elemento de existência do acordo formulado pelo delegado de polícia, porque, sem a concordância do Ministério Público, aquele acordo não teria como ser homologado pelo juiz. Portanto Sua Excelência, no que foi agora há pouco, pelo que entendi, acompanhada pelo Ministro **Luiz Fux**, entende que é um elemento de existência, usando as minhas palavras e a minha leitura. Pois bem, eu vou ao § 2º do art. 4º da Lei 12.850:

ADI 5508 / DF

"§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial (...) [nos autos do inquérito, ou seja, a lei aqui estabelece que a polícia só pode atuar quando em inquérito, o Ministério Público pode a qualquer tempo]; (...) 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 (...)"

Vamos ao § 6º:

"§ 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."

Aí, eu fico na seguinte disjuntiva - e não posso, porque temos que tomar uma decisão -: o art. 6º não coloca a participação do Ministério Público como elemento de existência do acordo de colaboração. O § 2º, no que diz respeito à proposta de perdão judicial, diz que terá que haver a manifestação do Ministério Público, e o § 6º diz que o acordo poderá ser feito entre o delegado e o investigado, mas com a manifestação do Ministério Público.

Essa manifestação do Ministério Público vincula o juiz? Eu penso que não, porque, senão, é substituir o juízo do Poder Judiciário pelo juízo, que não é juiz, do Ministério Público. Mas tem que passar pelo Ministério Público? Penso que sim. Tem que passar pelo Ministério Público, ele vai opinar a favor ou contra. Depois de todo esse debate, nós vamos chegar a uma conclusão.

ADI 5508 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ao consenso temos que chegar, porque o julgado é único, então teremos que chegar.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, veja, eu entendo que o delegado pode fazer o acordo. Só que ele não pode negociar no acordo, a não ser dizer para o investigado o seguinte: "Se você colaborar e resultar em algo, o juiz, na forma da cabeça do art. 4º, vai avaliar se você tem benefício ou não". O delegado não pode pactuar os benefícios.

Por outro lado, digo, mais uma vez, apenas em **obiter dictum**, - e já homologuei acordo nesse sentido - que o Ministério Público, como Estado-parte, tem poder negocial, ele tem o poder negocial. Sei que esse é um tema que ainda vai ser debatido e rebatido, aqui, no futuro, mas vou na linha daquele precedente de meu voto, que eu não excomungo, Ministro **Marco Aurélio** - temos uma divergência de olhar respeitosa, mas estou sempre aberto à discussão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Para mim, a sentença – em termos de sentença, enquanto sentença – apenas pode ser prolatada pelo Judiciário. Se entender que o Ministério Público pode negociar e o que negociado se torna obrigatório para o Judiciário, fecho as portas do acesso ao próprio Judiciário. E, inclusive, antecipo algo que só pode ser sacramentado ao termo final da instrução processual. Que algo é esse? As consequências, em termos de eficácia, da delação, porque, se admitir que o acordado pelo Ministério Público, fora do processo-crime, é obrigatório, estarei prescindindo da análise da eficácia da delação, em termos de esclarecimento dos fatos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E respeito a óptica de Vossa Excelência, embora não a subscreva totalmente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Já disse que perdi o companheiro de bancada que está se recuperando em termos de saúde – o ministro Ricardo Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ADI 5508 / DF

Então, veja, com base em todas essas premissas que, resumidamente, faço - juntarei o voto completo por escrito, Senhora Presidente - e indo ao objeto da ação, que é referente a dois dispositivos, quais sejam os § 2º e § 6º do art. 4º da Lei nº 12.850, qual a leitura que eu faço? No que diz respeito ao § 2º:

"§ 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 [ou seja, uma promessa, ainda, antes, prévia a até eventual ação, quando aqui se está dito isso], ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial (...)"

A leitura que eu posso fazer disso é a seguinte: o Ministério Público pode fazer a qualquer tempo; o delegado de polícia só pode fazer na fase de inquérito. Imaginamos que aí aquilo virou ação, e o perdão judicial não estava na proposta. O delegado pode se dirigir diretamente ao juiz que vai julgar a ação e propor o perdão judicial, relatando os benefícios resultantes daquela colaboração? Eu penso que sim, o juiz vai decidir. Evidentemente que com manifestação do Ministério Público. Por quê? Porque a dogmática impõe, a Lei impõe. Então, se o delegado se dirigir diretamente ao juiz, o juiz vai mandar ao Ministério Público e, depois, o juiz vai decidir. Não está dito aqui, com a devida vênia de quem pensa o contrário, que a Polícia tem que se dirigir ao Ministério Público e assinar uma petição em conjunto para o juiz para requerer o perdão. Eu não leio isso no dispositivo, com a devida vênia, mas, evidentemente, que o juiz vai ter de ouvir o Ministério Público. Então, é assim que eu entendo o § 2º.

Não vou aqui formular um sentido final de dispositivo para meu voto, porque nós vamos ter que voltar a debater o tema - ainda estamos maturando isso.

Em relação ao § 6º, Senhora Presidente, a leitura que faço é a

ADI 5508 / DF

seguinte:

"§ 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 seja, antes, aqui, sim, Procuradora-Geral, antes de enviar ao juiz, tem que se fazer a passagem com a manifestação do Ministério Público. É o que eu leio da lei. O que diz aqui?

"(...) [N]egociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia [então, o delegado pode fazer], 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".

Mas essa parte final não é o objeto da ação, é a parte que fala da atuação do delegado de polícia. Então, a leitura que eu faço aqui é a de que o delegado pode fazer tratativas e pode ir à manifestação do Ministério Público. A partir daí, vem, para o juiz, mas eu não dou a interpretação que está na conclusão da Ministra **Rosa**.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Outro caminho.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Na leitura que eu faço, o voto de Sua Excelência colocaria a participação do Ministério Público sempre como elemento de existência do acordo, e eu não vejo isso.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Permita-me?

Seria uma condição de admissibilidade da perfectibilização do acordo celebrado pelo delegado de polícia a manifestação favorável do Ministério Público.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Por isso que Vossa Excelência usou a expressão vinculante.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, vinculante era o pedido; vinculante, jamais para o juiz, quer dizer, o juiz sequer conheceria daquele acordo que foi levado a ele, celebrado pelo delegado de polícia, se a manifestação do Ministério Público for desfavorável.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É por isso que eu uso a terminologia do saudoso Professor Antônio Junqueira de Azevedo, embora seja um autor do Direito Civil, da Teoria Geral do Direito - **Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia** é a obra dele -. É por isso que eu faço a leitura como um elemento de existência, não que vincule o juiz, porque o juiz pode recusar, ele pode recusar a homologação do acordo, mas, para existir aquele acordo, ele teria, da óptica da Ministra **Rosa**, de ter anuência do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Existe, é válido, mas não produz efeitos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não, no caso dele, nem existe.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Antes da homologação, não, isso é aquilo que eu votei no 127.480, a homologação é condição de eficácia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E fica próximo um pouco do Ministro Fachin, que citou o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo quanto ao ato que aqui nem seria complexo, seria composto, porque dependeria das duas vontades. E daí a aceitação.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu nem saberia dizer, porque, a rigor a rigor, o ponto de vista é o da leitura da lei. Mas, como eu falei nos debates da manhã, talvez seja necessário uma interpretação conforme para que tenhamos a real dimensão da aplicabilidade de nossa decisão num país da dimensão continental como é o Brasil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Para dar interpretação conforme.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Para dar interpretação conforme.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Mas, nos termos da exigência da manifestação do Ministério Público, sem vinculatividade ao conhecimento do juiz

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Do § 2º, do § 6º, nos termos que eu acabei de falar, depois, eu formulo um pouco mais claramente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Só

para deixar claro o ponto de divergência entre Vossa Excelência, a Ministra Rosa e o Ministro Fux, porque a vinculação a que ela se refere não é a vinculação, de jeito nenhum, de vincular o juiz, mas de ser uma condição sem a qual não se pode conhecer para fins de direito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Eu faço uma outra interpretação conforme - não sei se é o momento de fazer, eu prefiro até não fazer, coloquei como **obter dictum**, porque eu acho que essa discussão não foi colocada aqui, então, não colocaria -, que é o poder negocial do Ministério Público.

Mas as minhas premissas ficam claras, ou seja, o acordo que a Polícia pode fazer não tem, da minha óptica, a mesma dimensão de conteúdo que tem e de que dispõe o Estado-acusador.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Toffoli, então, no tocante - como destacou o Ministro Fachin - à redução de pena e ao regime de cumprimento, a Polícia não poderia fazer, na sua visão?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Não, fica tudo delegado ao juiz, que é a posição do Ministro **Marco Aurélio** com relação também ao Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Aí, tem uma divergência estrutural.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Presidente, uma proposta, estamos sem quórum regimental. Vou ter, como Relator, que me ausentar, porque tenho compromisso no gabinete e

ADI 5508 / DF

não quero passar por relapso. Peço a Vossa Excelência que suspenda a apreciação ante o adiantado da hora.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Vou suspender, apenas estava esperando terminar o voto do Ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O dispositivo, então, seria o seguinte: eu julgo parcialmente procedente para dar interpretação conforme.

13/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Para o adequado deslinde da controvérsia posta na presente ação direta de inconstitucionalidade – *legitimidade da autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada* –, há que se determinar o modelo de premialidade adotado pelo Brasil e, por via de consequência, a extensão dos poderes negociais do Ministério Público.

Ennio Amodio, ao tratar dos colaboradores da justiça nos processos continental e de *common law*, observa que os sistemas continentais europeus se alinham ao modelo de **premialidade legal**, ao passo que Inglaterra e Estados Unidos da América se valem do modelo de **premialidade negocial**. Assim,

“à fattispecie da premialidade legal, cujos pressupostos são delineados pela lei penal substancial e remetidos à verificação jurisdicional, se contrapõem as várias formas de isenção do processo e da pena que no processo penal anglo-americano são permitidas pela discricionariedade da ação penal conferida ao *prosecutor*”.¹

A seu ver, enquanto a premialidade do tipo continental sempre se submete a um penetrante controle judicial, a de **common law**, dado o caráter intrinsecamente privado e disponível da acusação penal, é gerida de forma exclusiva pelo promotor. Mesmo quando há intervenção do juiz – ao aplicar a pena ao coimputado que se declara culpado ou ao ratificar o requerimento de “**immunity**” apresentado pelo promotor –, cuida-se de um controle formal, acoplado à vontade das partes, substancialmente protagonistas da conclusão do negócio².

1 AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law – dal rito inquisitorio al giusto processo**. Milano : Giuffrè, 2003, p. 256-257.

2 AMODIO, Ennio. **Processo penale, diritto europeo e common law – dal rito**

ADI 5508 / DF

De acordo com o eminente jurista italiano, enquanto o **pentito** de **Common Law** “desaparece” da cena processual por intermédio de um provimento que poderia ser comparado a um arquivamento ou a uma absolvição concedidos pelo “nosso Ministério Público”, o **pentito** da área continental, ao invés, se submete a um filtro judicial, que examina sua responsabilidade e os pressupostos para a concessão do prêmio”³.

Não cabe, nesta seara, uma análise exauriente da colaboração premiada sob a óptica da legislação alienígena.

De toda sorte, a compreensão desse instituto, ainda que em linhas gerais, sob o prisma do **Direito Comparado**, mais precisamente sob óptica do modelo estadunidense (sistema de *Common Law*) e do modelo italiano (sistema **romano-germânico**), é de grande valia para a definição do modelo de colaboração premiada adotado pela legislação brasileira.

I) A COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO ESTADUNIDENSE:

O modelo de justiça criminal consensual nos Estados Unidos da América deriva, essencialmente, de um certo pragmatismo jurídico.

Como ressaltou a Suprema Corte no caso *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971),

“a disposição sobre acusações criminais por acordo entre o promotor e o acusado é um componente essencial da administração da Justiça. Administrado de forma adequada, há que ser encorajado. **Se toda acusação criminal estiver sujeita a um julgamento completo, os Estados e o Governo Federal necessitariam multiplicar em muitas vezes o número de juízes e de instalações de cortes**”⁴.

inquisitorio al giusto processo. Milano : Giuffrè, 2003. p. 257-258

3 AMODIO, 2003, p. 258.

4 No original: “The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called “plea bargaining,” is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court

ADI 5508 / DF

A expansão desse modelo negocial, de acordo com **Teresa Armenta Deu**, derivou da concorrência de três fatores: **i)** complexidade do procedimento perante o tribunal do júri, **ii)** exercício da acusação por advogados e **iii)** absoluta discricionariedade no exercício da ação penal. Em decorrência desses fatores, o acordo tornou-se a forma mais rápida e econômica de solução de conflitos, em percentual superior a 90%.⁵

O sistema de **pleas**, portanto, não somente é inerente ao sistema norte-americano, como também imprescindível ao funcionamento de sua justiça penal.

De acordo com o renomado **Black's Law Dictionary**, **plea** significa a resposta ou declaração formal de um acusado de "culpado", "não culpado" ou de "não contestar" em face de uma acusação criminal.⁶

Ainda segundo o **Black's Law Dictionary**, **guilty plea** significa a formal admissão perante o tribunal, por um acusado, de haver cometido o ilícito imputado, e que ordinariamente tem o mesmo efeito de uma condenação após um julgamento de mérito. Geralmente, a **guilty plea** é parte de uma negociação.⁷

Por sua vez, o **nolo plea** significa a resposta mediante a qual o acusado não contesta nem admite sua culpa⁸.

O **not guilty plea** significa a negativa formal do acusado de haver cometido o ilícito imputado⁹.

facilities".

5 ARMENTA DEU, Teresa. **Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América**. Madrid : Marcial Pons, 2012. p. 131

6 *Black's Law Dictionary*. Bryan A. Garner Editor in Chief. 10. ed. St. Paul :Thomson Reuters, 2014. p. 1.337. No original: "An accused person's formal response of 'guilty', 'non guilty' or 'no contest' to a criminal charge".

7 No original: "An accused person's formal admission in court of having committed the charged offense.(...) It ordinarily has the same effect as a guilty verdict and conviction after a trial on the merits. A guilty plea is usu. part of a plea bargain".

8 *Black's Law Dictionary*. No original: "Nolo plea: A plea by wich the defendant does not contest or admit guilt".

9 *Black's Law Dictionary*. No original: "Not guilty plea: An *accused person's formal denial in court of having committed the charged offense*"

ADI 5508 / DF

Finalmente, **plea bargain** é o acordo negociado entre a promotoria e o acusado mediante o qual esse último se declara culpado ou diz que não contestará uma imputação menor, ou alguma de múltiplas imputações, em troca de alguma concessão pela promotoria, usualmente uma sentença mais leniente ou a retirada de outras acusações¹⁰.

Como observa **Teresa Armenta Deu**, o efeito dos **guilty pleas** é eliminar a característica adversarial do sistema, na medida em que, diante da admissão prévia de culpabilidade, o acusado renuncia ao direito ao processo, restando ao juiz somente impor a pena. Acrescenta que não se podem ignorar as pressões para que um inocente admita culpa nem a possibilidade de, em face da ausência de controle externo, o legítimo exercício da discricionariedade se convolar em arbitrariedade¹¹.

Nesse sentido, **Luigi Ferrajoli** aduz que a discricionariedade manifestada na transação sobre a declaração de culpabilidade (**guilty plea**) em troca de uma redução de peso da acusação ou de outros benefícios penais constitui fonte de arbítrios: **i) por omissão**, não sendo possível qualquer controle eficaz sobre os favoritismos que podem sugerir a inércia ou a incompletude da acusação, ou **ii) por comissão**, uma vez que o **plea bargaining** se torna a regra e a submissão a julgamento passa a se constituir na exceção, “preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados para não se submeterem aos custos e riscos do processo”¹².

Vêm a calhar as observações de **Yue Ma**, Professor do **John Jay College of Criminal Justice (City University of New York)**, para quem

“[o] status do promotor norte-americano enquanto

10 Black’s Law Dictionary. No original: “A negotiated agreement between a prosecutor and a criminal defendant whereby the defendant pleads guilty or no contest to a lesser offense or to one of multiple charges in Exchange for some concession by the prosecutor, usu. a more lenient sentence or a dismissal of the other charges”.

11 DEU, Teresa Armenta, 212, p. 137.

12 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 523-524.

ADI 5508 / DF

autoridade eleita se destaca como uma das características mais distintivas do sistema norte-americano de acusação.

(...)

No sistema norte-americano, os promotores fazem parte de um sistema de Justiça Penal que é extraordinariamente descentralizado e fragmentado. Os promotores não se encontram organizados numa estrutura hierárquica de abrangência nacional. Em vez disso, são eleitos em nível local e devem prestar contas apenas ao seu eleitorado. Reconhece-se amplamente que o processo político desempenha um papel significativo na configuração do cargo de promotor nos Estados Unidos. Enquanto autoridade eleita, o promotor deve responder às pressões da comunidade. A falta de estrutura hierárquica torna difícil, se não impossível, haver uma coordenação em nível nacional das políticas de acusação. Surgem também preocupações quanto à responsabilidade do promotor num sistema que prescinde do controle hierárquico. Argumenta-se que a ausência de supervisão possa resultar em decisões de acusação injustas e arbitrárias (K. C. DAVIS, 1969; GERSHMAN, 1992; VORENBERG, 1981)¹³.

O fato de os promotores serem eleitos potencializa e torna quase inevitável o recurso ao acordo para atingirem altos índices de condenação (**conviction rate**), os quais asseguram aos promotores maiores chances de “reeleição ou de ingresso em circuitos judiciais de maior prestígio”¹⁴.

Ao tratar especificamente da questão da discricionariedade acusatória, **Yue Ma** aduz que,

“[e]m todos os países, os promotores gozam de certo grau de discricção. Os promotores norte-americanos, contudo, são praticamente os únicos a contar com uma discricção demasiadamente ampla e em grande parte livre de controle.

13 MA, Yue. Explorando as origens da ação penal pública na Europa e nos Estados Unidos. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*. nº 1. Brasília – junho de 2011. p. 33-34.

14 AMODIO, Ennio, 2003, p. 193.

ADI 5508 / DF

(...)

A autoridade do promotor norte-americano para tomar decisões quanto à acusação, por outro lado, não está sujeita nem ao reexame judicial, nem à contestação da vítima. O judiciário norte-americano adotou uma abordagem extremamente deferencial em relação à tomada de decisão acusatória. A origem dessa abordagem deferencial pode remontar à segunda metade do século XIX, quando os promotores públicos ganharam proeminência. **A autoridade do promotor de não mover ações ou de desistir daquelas já iniciadas derivava do poder do procurador-geral inglês de apresentar o mandado de *nolle prosequi* (FRIEDMAN, 1985).** O poder do promotor de exercer essa autoridade foi apoiado pelos tribunais desde o começo da existência da nação norte-americana. Em *Commonwealth v. Wheeler* (1806), um tribunal de Massachusetts declarou que ‘o poder de apresentar um *nolle prosequi* deve ser exercido conforme a discricção do promotor que inicia a ação em nome do governo, e por esse exercício apenas ele é o responsável’ (*Commonwealth v. Wheeler*, 1806, p. 172).

(...)

Numa série de ações pacificadas, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou repetidamente a ampla discricção do promotor de justiça. **A Suprema Corte expôs pela primeira vez seu fundamento lógico para a abordagem deferencial da capacidade decisória do promotor em *United States v. Chemical Foundation* (1926).** Ela justificou essa abordagem deferencial com base na separação dos poderes. A Suprema Corte declarou que a Constituição colocava o dever de executar as leis a cargo do poder executivo. **Para assegurar que os promotores, enquanto autoridades do poder executivo, desempenhassem suas funções de maneira apropriada, os tribunais não deveriam interferir indevidamente em suas tomadas de decisão.** Na ausência de provas claras em contrário, os tribunais deveriam presumir que os promotores “havam se desincumbido de maneira apropriada de seus deveres oficiais” (*United States v. Chemical Foundation*, 1926, p. 14-15).

ADI 5508 / DF

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em suas sentenças subsequentes, ressaltou que a decisão de promover ou não uma ação penal era incompatível com o reexame judicial. Ela afirma que uma supervisão judicial rigorosa nessa área pode trazer a ameaça de arrefecer a aplicação da lei e de anular a eficácia da ação penal. A Corte considera, portanto, que é apropriado manter a discricção plena do promotor de justiça. A Suprema Corte dos Estados Unidos julgou repetidamente que o governo conserva uma discricção ampla em relação a quem processar penalmente (*United States v. Goodwin*, 1982) e ‘desde que o promotor tenha motivos plausíveis para acreditar que o acusado cometeu um crime definido em lei, a decisão de promover ou não a ação penal, bem como a decisão de qual acusação formular ou levar ao júri de acusação, em geral cabe inteiramente à sua discricção’ (*Bordenkircher v. Hayes*, 1978, p. 364; veja também *Wayte v. United States*, 1985; *United States v. Armstrong*, 1996)”.¹⁵

No sistema adversarial norte-americano, portanto, às partes se reconhece o poder de dispor do objeto do processo: o promotor pode renunciar à ação penal ou encerrá-la sem qualquer controle judicial, e o imputado pode declarar-se culpado (**guilty plea**) e exonerar a acusação do ônus de provar o fundamento da imputação¹⁶, negociando a pena a que se submeterá.

Ao tratar dos abusos nas estratégias da acusação para a obtenção de acordos, **Yue Ma** esclarece que

“[a] natureza coercitiva da transação penal norte-americana encontra-se bem ilustrada pelas diversas táticas que os promotores de justiça podem adotar no processo de negociação da pena. Uma tática usada com frequência pelos membros do Ministério Público para aumentar sua influência na transação é a “sobrecusação” (*overcharging*).

15 MA, 2011, p. 35-36.

16 AMODIO, 2003, p. 211-212.

ADI 5508 / DF

Sobreacusação é um termo ambíguo que pode incluir decisões acusatórias tanto lícitas quanto ilícitas, porém, eticamente inadequadas. Ao tomar uma decisão de acusação, os promotores devem atender ao critério legal básico de que as denúncias apresentadas sejam fundadas na materialidade do crime e em indícios suficientes de sua autoria (*Bordenkircher v. Hayes*, 1978). Contudo, os promotores podem deliberadamente apresentar denúncias que não se sustentem em indícios suficientes como estratégia transacional. Essa estratégia, apesar de ilícita, pode ser bem sucedida. Uma vez que o direito norte-americano não obriga os promotores a dar vistas de seus articulados completos à defesa, esta pode bem ficar no escuro quanto à verdadeira força das provas do Ministério Público contra o réu.

(...)

Além das acusações múltiplas, outra arma poderosa à disposição dos promotores é a prática de denunciar os réus com base em leis que agravam a pena. Essas leis autorizam penas maiores para criminosos com condenações anteriores ou em cujos crimes cometidos estavam presentes circunstâncias agravantes. Caso seja condenado com base nessas leis, o réu não poderá escapar às penas mínimas por elas cominadas. **Os promotores, porém, valendo-se de sua discricionariedade, podem incluir na denúncia crimes que atuariam o agravamento. A liberdade de denunciar ou não com base em leis que agravam as penas fornece aos promotores uma ferramenta poderosa para pressionar um réu a aceitar os acordos que desejam**¹⁷.

O mesmo autor observa que a possibilidade de a promotoria transferir o processo da competência estadual para a federal também constitui um **poderoso fator de intimidação** para que o réu aceite um

17 MA, Yue. A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*. nº 1. Brasília – junho de 2011, p. 197-198, grifos nossos.

ADI 5508 / DF

acordo, uma vez que “as penas cominadas por leis federais para crimes semelhantes são em geral mais graves”¹⁸.

Para minimizar esses riscos e no intuito de assegurar, na medida do possível, que o acordo seja justo, houve a inclusão nas **Federal Rules of Criminal Procedure** da **Rule 11**, que disciplina os **pleas**.

As **Federal Rules of Criminal Procedure** regulam todos os procedimentos criminais nas **district courts**, nas **courts of appeals** e na Suprema Corte (Rule “1(a)(1)”). As **rules** foram estabelecidas originariamente, por ordem da Suprema Corte, em 26/12/44, transmitidas ao Congresso pelo “Attorney General” em 3/1/45, e se tornaram efetivas em 21/3/46. Desde então, sofreram sucessivas emendas, a última delas em 1º/12/16.

Transcrevo, na íntegra, a **Rule 11**:

“Rule 11. Pleas

(a) Entering a Plea.

(1) In General. A defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court’s consent) nolo contendere.

(2) Conditional Plea. With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or nolo contendere, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea.

(3) Nolo Contendere Plea. Before accepting a plea of nolo contendere, the court must consider the parties’ views and the public interest in the effective administration of justice.

(4) Failure to Enter a Plea. If a defendant refuses to enter a plea or if a defendant organization fails to appear, the court must enter a plea of not guilty.

(b) Considering and Accepting a Guilty or Nolo Contendere Plea.

18 MA, 2011, p. 199.

ADI 5508 / DF

(1) Advising and Questioning the Defendant.

Before the court accepts a plea of guilty or nolo contendere, the defendant may be placed under oath, and the court must address the defendant personally in open court. During this address, the court must inform the defendant of, and determine that the defendant understands, the following:

(A) the government's right, in a prosecution for perjury or false statement, to use against the defendant any statement that the defendant gives under oath;

(B) the right to plead not guilty, or having already so pleaded, to persist in that plea;

(C) the right to a jury trial;

(D) the right to be represented by counsel—and if necessary have the court appoint counsel—at trial and at every other stage of the proceeding;

(E) the right at trial to confront and cross-examine adverse witnesses, to be protected from compelled self-incrimination, to testify and present evidence, and to compel the attendance of witnesses;

(F) the defendant's waiver of these trial rights if the court accepts a plea of guilty or nolo contendere;

(G) the nature of each charge to which the defendant is pleading;

(H) any maximum possible penalty, including imprisonment, fine, and term of supervised release;

I) any mandatory minimum penalty;

(J) any applicable forfeiture;

(K) the court's authority to order restitution;

(L) the court's obligation to impose a special assessment;

(M) in determining a sentence, the court's obligation to calculate the applicable sentencing-guideline range and to consider that range, possible

ADI 5508 / DF

departures under the Sentencing Guidelines, and other sentencing factors under 18 U.S.C. § 3553(a);

(N) the terms of any plea-agreement provision waiving the right to appeal or to collaterally attack the sentence; and

(O) that, if convicted, a defendant who is not a United States citizen may be removed from the United States, denied citizenship, and denied admission to the United States in the future.

(2) Ensuring That a Plea Is Voluntary. Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement).

(3) Determining the Factual Basis for a Plea. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea.

(c) Plea Agreement Procedure.

(1) In General. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding *pro se*, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions. If the defendant pleads guilty or nolo contendere to either a charged offense or a lesser or related offense, the plea agreement may specify that an attorney for the government will:

(A) not bring, or will move to dismiss, other charges;

(B) recommend, or agree not to oppose the defendant's request, that a particular sentence or sentencing range is appropriate or that a particular

ADI 5508 / DF

provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request does not bind the court); or

(C) agree that a specific sentence or sentencing range is the appropriate disposition of the case, or that a particular provision of the Sentencing Guidelines, or policy statement, or sentencing factor does or does not apply (such a recommendation or request binds the court once the court accepts the plea agreement).

(2) Disclosing a Plea Agreement. The parties must disclose the plea agreement in open court when the plea is offered, unless the court for good cause allows the parties to disclose the plea agreement in camera.

(3) Judicial Consideration of a Plea Agreement.

(A) To the extent the plea agreement is of the type specified in Rule 11(c)(1)(A) or (C), the court may accept the agreement, reject it, or defer a decision until the court has reviewed the presentence report.

(B) To the extent the plea agreement is of the type specified in Rule 11(c)(1)(B), the court must advise the defendant that the defendant has no right to withdraw the plea if the court does not follow the recommendation or request.

(4) Accepting a Plea Agreement. If the court accepts the plea agreement, it must inform the defendant that to the extent the plea agreement is of the type specified in Rule 11(c)(1)(A) or (C), the agreed disposition will be included in the judgment.

ADI 5508 / DF

(5) Rejecting a Plea Agreement. If the court rejects a plea agreement containing provisions of the type specified in Rule 11(c)(1)(A) or (C), the court must do the following on the record and in open court (or, for good cause, in camera):

A) inform the parties that the court rejects the plea agreement;

(B) advise the defendant personally that the court is not required to follow the plea agreement and give the defendant an opportunity to withdraw the plea; and

(C) advise the defendant personally that if the plea is not withdrawn, the court may dispose of the case less favorably toward the defendant than the plea agreement contemplated.

(d) Withdrawing a Guilty or Nolo Contendere Plea. A defendant may withdraw a plea of guilty or nolo contendere:

(1) before the court accepts the plea, for any reason or no reason; or

(2) after the court accepts the plea, but before it imposes sentence if:

(A) the court rejects a plea agreement under Rule 11(c)(5); or

(B) the defendant can show a fair and just reason for requesting the withdrawal.

(e) Finality of a Guilty or Nolo Contendere Plea. After the court imposes sentence, the defendant may not withdraw a plea of guilty or nolo contendere, and the plea may be set aside only on direct appeal or collateral attack.

(f) Admissibility or Inadmissibility of a Plea, Plea Discussions, and Related Statements. The admissibility or inadmissibility of a plea, a plea discussion, and any related statement is governed by Federal Rule of Evidence 410.

ADI 5508 / DF

(g) Recording the Proceedings. The proceedings during which the defendant enters a plea must be recorded by a court reporter or by a suitable recording device. If there is a guilty plea or a *nolo contendere* plea, the record must include the inquiries and advice to the defendant required under Rule 11(b) and (c).

(h) Harmless Error. A variance from the requirements of this rule is harmless error if it does not affect substantial rights.”

Portanto, de acordo com a **Rule 11** o acusado pode declarar-se “não culpado”, “culpado” ou optar por não contestar a acusação (**nolo contendere**).

Antes de aceitar um **plea of guilty** ou de **nolo contendere**, a corte deverá verificar se essa declaração foi feita com voluntariedade e compreensão da natureza da acusação.

A corte também terá que verificar se existe base empírica (**factual basis**) para o **guilty plea**, devendo, para tanto, ouvir o acusado ou o promotor, examinar o relatório apresentado e avaliar se a conduta admitida pelo acusado constitui o ilícito imputado. Ausente essa base empírica, a Corte rejeitará o **plea of guilty** e considerará um **plea of not guilty**.

Em linhas gerais, após tratativas sem participação judicial, as partes podem chegar a um acordo quanto a um **plea of guilty** ou de **nolo contendere**, segundo o qual o promotor **i)** não fará ou retirará determinadas acusações; **ii)** recomendará uma condenação específica, ou não se oporá a esse pedido do acusado, sendo que essa recomendação ou pedido **não** vinculará a corte, ou **iii)** concordará com uma condenação específica que vinculará a corte, caso essa aceite o **plea agreement**.

Tanto a declaração de culpa (**plea of guilty**) quanto a de **nolo contendere** importarão em uma condenação criminal, com possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, mas apenas a primeira repercutirá na esfera cível.

Antes de a Corte aceitar um **plea of guilty** ou de **nolo contendere**, o

ADI 5508 / DF

acusado será colocado sob juramento e a corte, em audiência pública, o informará **i)** do direito **i.a)** a se declarar “não culpado”, **i.b)** a um julgamento perante o júri; **i.c)** de confrontar e inquirir testemunhas; e **i.d)** ao privilégio contra a autoincriminação; **ii)** da renúncia a esses direitos se a corte aceitar o “plea of guilty” ou de “nolo contendere”; e **iii)** da pena máxima possível, da pena mínima obrigatória, da possibilidade de confisco de bens ou de ser ordenado o ressarcimento.

Robert R. Strang, em trabalho intitulado **Plea Bargaining, Cooperation Agreements, and Immunity Orders**, apresentado no 155º Curso de Formação Internacional da UNAFEI (“The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders”), relaciona os diversos mecanismos de investigação, persecução e determinação da responsabilidade criminal¹⁹.

Referido autor aduz que, na essência, o **plea bargain** envolve uma admissão de culpa em troca, ou na expectativa de, uma sentença menor ou de uma disposição alternativa. O **plea bargain** não necessariamente envolve cooperação, apenas a aceitação da responsabilidade pessoal em troca de clemência.

Nos Estados Unidos, todos os casos estão sujeitos à negociação, tanto em relação às acusações quanto às penas.

Nas persecuções criminais federais, o **plea bargain** é formalizado num acordo por escrito, em que os benefícios da leniência, em troca da admissão de culpa, são definidos por meio do **United States Sentencing Guidelines**²⁰ que, dentre outros propósitos, por meio de uma tabela de sentenças, busca uniformizar os padrões de fixação da pena para cada crime, em meses (zero a 360 meses) ou prisão perpétua, com base na natureza da infração e no histórico criminal do agente (**Chapter V. Part A. Sentence Table**).

Essa tabela de sentenças contempla 43 níveis/ graus de delitos

19 Disponível em http://www.unafei.or.jp/english/pages/RMS/No92_05VE_Strang1.pdf

20 Disponível em <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2016/GLMFull.pdf>

ADI 5508 / DF

(“offense level”), cuja escala prevê desde a pena máxima de 6 meses de prisão (“Zone A, Offense Level 1”) até a prisão perpétua (“Zone D, Offense Level 43”).

O **United States Sentencing Guidelines**, no **Chapter Four, § 4A1.1. Criminal History Category**, estabelece 6 (seis) categorias de histórico criminal, numa escala inicial de zero a 1 ponto (categoria I) até 13 ou mais pontos (categoria VI), em que são atribuídos pontos em função da natureza e da quantidade de antecedentes do réu (v.g., 3 pontos para cada sentença anterior de prisão excedente a 1 ano e 1 mês).

Assim, quanto maior a quantidade de pontos representada pelos antecedentes do agente, maior a pena a que estará sujeito.

No caso do *plea bargain*, o próprio acordo, na definição da pena a ser imposta, poderá classificar, segundo os critérios supra indicados, o nível/grau do ilícito e o histórico criminal do agente, com eventuais reduções pertinentes.

Exemplificativamente, dispõe o **United States Sentencing Guidelines** que, se o acusado claramente admitir a responsabilidade pelo delito praticado, o nível/grau da infração será reduzido em 2 níveis.

Nessa hipótese, se o nível/grau do ilícito for igual a 16 ou maior, haverá uma redução adicional de 1 nível/grau se houver uma moção governamental atestando que o acusado auxiliou as investigações ou o processo, comunicando tempestivamente sua intenção de ingressar com um **plea of guilty**, de modo a evitar a preparação para o julgamento e a permitir que o governo e a corte alocassem seus recursos eficientemente, (**Chapter 3, § 3E1.1. Acceptance of Responsibility**)²¹.

21 No original: “(§ 3E1.1. Acceptance of Responsibility. a) If the defendant clearly demonstrates acceptance of responsibility for his offense, decrease the offense level by 2 levels. (b) If the defendant qualifies for a decrease under subsection (a), the offense level determined prior to the operation of subsection (a) is level 16 or greater, and upon motion of the government stating that the defendant has assisted authorities in the investigation or prosecution of his own misconduct by timely notifying authorities of his intention to enter a plea of guilty, thereby permitting the government to avoid preparing for trial and permitting the government and the court to allocate their resources efficiently, decrease the offense level by 1 additional level.

ADI 5508 / DF

Por sua vez, os **cooperation agreements**, ou acordos de cooperação, são instrumentos de investigação nos quais a admissão de culpa por parte do acusado não constitui o objetivo principal, mas sim a utilização do réu ou investigado, proativamente ou historicamente, como testemunha (crown witness), como um meio de obtenção de provas para processar coautores.

Proverbialmente vista como “usar o peixe pequeno para fisgar o peixe grande” (“**the little fish to catch the big fish**”), a colaboração nos Estados Unidos também compreende “usar o peixe grande para pegar alguns dos pequenos”.

O testemunho de coimputado (**crown witness**), portanto, é um fenômeno recorrente no processo anglo-americano

Nos Estados Unidos, recorre-se à figura da **immunized witness** como técnica de investigação.

Há duas categorias de imunidade: a **transactional immunity**, a mais ampla imunidade que pode ser oferecida a uma testemunha, a qual impede que o governo a processe por qualquer ilícito relacionado a seu testemunho compulsório; e a **use immunity**, que impede o governo de utilizar, direta ou indiretamente, o testemunho compulsório em uma posterior persecução contra a testemunha.

A imunidade absoluta, denominada nos Estados Unidos de **transactional immunity**, garante ao imputado que colabora a completa isenção do processo e da pena, ao ponto em que, no caso de dedução de ação penal pelo mesmo fato, a **immunized witness** pode invocar uma eficácia preclusiva análoga à coisa julgada²².

A **use immunity**, outrora denominada **confessional immunity**, assegura ao informante apenas a proibição de utilização, para fins processuais, das declarações feitas em sede de colaboração, facultando-se ao promotor utilizá-las em um processo civil ou administrativo, ou processar o crime objeto da confissão com base em provas de todo independentes dos elementos dela resultantes ou das circunstâncias derivadas de seu conteúdo.

22 AMODIO, 2003, p. 237.

ADI 5508 / DF

Nesse contexto, podem ser negociados uma “**immunity order**” ou um “**non-prosecution agreement**”, impedindo que seu depoimento possa ser utilizado direta ou indiretamente contra a testemunha.

As imunidades de testemunhas estão previstas no **US Code**, Título 18, Parte V, Capítulo 601, Seções 6002 a 6005.

De acordo com os §§ 6002 e 6003, sempre que uma testemunha, com base no privilégio contra a autoincriminação, se recusar a testemunhar ou prestar informações necessárias ao interesse público em um procedimento perante uma corte ou grande júri, a autoridade que o preside poderá emitir uma ordem sob aquele título que a testemunha não poderá se recusar a cumprir invocando o privilégio em questão.

Nesse caso, nenhum testemunho ou informação obtidos compelidamente sob aquela ordem poderão ser utilizados contra a testemunha em qualquer caso criminal, excetuando-se a perseguição por perjúrio, falsa declaração ou falta no cumprimento da ordem.

A Suprema Corte Americana, no caso *Kastigar v. United States* 406 U.S. 441 (1972), legitimou a aplicação desses dispositivos, aduzindo que o poder de compelir pessoas a testemunhar foi estabelecido na Inglaterra em 1562, e que **Lord Bacon**, em 1612, observou que todos os súditos deviam ao rei seu conhecimento e as suas descobertas (**knowledge and discovery**).

No julgamento em questão, a Suprema Corte Americana asseverou que os Estados Unidos podem compelir a depor uma testemunha reticente que invoque o privilégio contra a autoincriminação previsto na Quinta Emenda, conferindo-lhe imunidade (“**use immunity**”) contra o uso desse testemunho e de provas dele derivadas em procedimentos criminais subsequentes, asseverando que essa imunidade se coaduna com o escopo daquele privilégio.

Para a Suprema Corte Americana, a **transactional immunity**, então postulada pelo réu em lugar da **use immunity**, não seria constitucionalmente exigível, uma vez que lhe conferiria proteção muito mais ampla do que o privilégio da Quinta Emenda, o qual jamais foi interpretado no sentido de que aquele que o invoca não possa ser

ADI 5508 / DF

posteriormente processado. Concluiu a Suprema Corte que a imunidade prevista no “18 U.S.C. 6002” deixa a testemunha e a promotoria substancialmente na mesma posição, como se a testemunha houvesse invocado o privilégio da Quinta Emenda.

Por fim, aquela Suprema Corte ressaltou que, numa eventual persecução criminal posterior contra a testemunha, a promotoria terá o ônus de demonstrar que as provas que pretende utilizar derivam de uma fonte legítima e totalmente independente do depoimento compulsório.

Como a imunidade permitirá que um culpado não seja responsabilizado criminalmente, sua concessão, como pontua **Robert Strang**, requer cautela. Para assegurar sua utilização de forma apropriada, a imunidade, no sistema federal, somente poderá ser obtida de uma agência central, o **Department of Justice’s Office of Enforcement Operations**, com base nos seguintes critérios:

- gravidade do ilícito, e a importância do caso para a consecução da efetiva aplicação da lei criminal;
- o valor das declarações ou informações da potencial testemunha para as investigações ou para a ação penal;
- a probabilidade de a testemunha prestar um depoimento útil
- sua culpabilidade relativamente a outros possíveis acusados;
- a possibilidade de processar com sucesso a testemunha sem imunizá-la;
- a possibilidade de danos adversos para a testemunha se ela testemunhar compulsoriamente.²³

II) A COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO ITALIANO

A saudosa professora **Ada Pellegrini Grinover**, ao tratar do crime organizado no sistema italiano, já havia alertado, em 1995, que “a rápida sucessão de novas leis torna mais difícil o acompanhamento e atualização

²³ STRANG, Robert R. Plea Bargaining, Cooperation Agreements, and Immunity Orders cit.

ADI 5508 / DF

do sistema pelo estudioso estrangeiro²⁴, situação que, com o passar dos anos, indubitavelmente se tornou mais complexa.

De toda sorte, dentro dos limites necessários à apreciação da presente medida cautelar, há que se enfrentar essa matéria.

A técnica premial foi introduzida na Itália pela Lei nº 497, de 14 de outubro de 1974, que acrescentou um parágrafo ao art. 630 do Código Penal – que comina pena de reclusão de 25 a 30 anos para o crime de sequestro para fins de roubo ou extorsão, e de prisão perpétua para o agente que provocar a morte do sequestrado - **para estabelecer que o agente que atuasse de modo a permitir que a vítima fosse libertada sem o pagamento do resgate estaria sujeito somente às penas menos graves cominadas ao crime de sequestro simples** (art. 605, CP).

Posteriormente, a Lei nº 894, de 30 de dezembro de 1980, modificando essa modalidade premial, alterou o art. 630 do Código Penal para estabelecer, no crime de extorsão mediante sequestro, **i)** pena menor ao agente que, dissociando-se dos demais, atue para que a vítima recupere sua liberdade, sem o pagamento do resgate (§ 4º), bem como **ii)** a possibilidade de substituição da pena de prisão perpétua por reclusão de 12 a 20 anos e a redução de 1/3 a 2/3 das demais penas ao concorrente que, dissociando-se dos demais, atue de modo a impedir que a atividade criminosa alcance suas consequências ulteriores ou que concretamente auxilie a autoridade policial ou judiciária a obter provas decisivas para a identificação ou captura dos demais agentes.

Como se observa, a colaboração premiada era restrita aos crimes de extorsão mediante sequestro, e o próximo passo foi estendê-la à política criminal antiterrorismo, por intermédio da denominada “legislação de emergência”.

A Lei nº 304, de 29 de maio de 1982, previu, em seu art. 1º, diversas hipóteses de não punibilidade (**non punibilità**) daqueles que, após terem cometido, com finalidade de **terrorismo ou subversão da ordem constitucional**, os crimes de associação subversiva ou com finalidade de terrorismo, conspiração política e bando, e que, não tendo concorrido

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 12, p. 76, out/1995.

ADI 5508 / DF

para a prática de crimes conexos, antes da sentença definitiva de condenação, tiverem **i)** dissolvido ou determinado a dissolução da associação ou do bando ou **ii)** recuado do acordo, se retirado da associação ou se entregado sem opor resistência ou abandonando as armas, fornecendo em todos os casos as informações sobre a estrutura e a organização da associação ou do bando.

Determinou, ainda, não serem puníveis os agentes que impedissem a execução dos crimes para cuja prática tivesse sido formado aquela associação ou bando.

De acordo com o referido dispositivo legal, a extinção da punibilidade deveria ser declarada por sentença judicial na fase do “**dibattimento**”, após a verificação da “não ambiguidade” e da “atualidade” da colaboração.

Os arts. 2º e 3º da Lei nº 304/82 também previram **atenuantes, com redução da pena**, para os crimes praticados com finalidade de terrorismo ou subversão, nas hipóteses de dissociação ou de colaboração, em que o agente, após confessar os crimes praticados, atua eficazmente para elidir ou atenuar suas consequências ou para impedir a prática de crimes conexos, bem como auxilia a autoridade policial ou judiciária a obter provas decisivas para a identificação ou captura dos demais agentes.

Por fim, o art. 10 da Lei nº 304/82 admitiu a **revisão *pro societate*** da sentença que houvesse declarado extinta a punibilidade do agente ou reconhecido atenuantes, nos casos de falsas ou reticentes declarações, com a possibilidade de revogação do benefício e de imposição de pena mais grave, qualitativa e quantitativamente.

Ainda como técnica premial em política **antiterrorismo**, a Lei nº 34, de 18 de fevereiro de 1987, estabeleceu medidas a favor daquele que se dissociasse do terrorismo.

O art. 1º da Lei n. 34/87 definiu a conduta de **dissociação do terrorismo** como o comportamento do imputado ou condenado por crime com finalidade de terrorismo ou de subversão da ordem constitucional que, abandonando definitivamente a organização ou movimento terrorista ou subversivo ao qual pertenceu, cumulativamente: **i)** admita as

ADI 5508 / DF

atividades efetivamente desenvolvidas; **ii)** apresente comportamento objetiva e inequivocamente incompatível com a permanência do vínculo associativo e **iii)** repudie a violência como método de luta política.

A Lei nº 34/87 previu, para as condutas de dissociação, a substituição da prisão perpétua por pena de 30 anos de reclusão, bem como estabeleceu diversas causas de redução de pena.

Por fim, o art. 5º da Lei nº 34/87 ressaltou a possibilidade de revogação da comutação da pena de prisão perpétua ou das causas de diminuição de pena - *verdadeira revisão criminal pro societate* - nas hipóteses de cometimento de novo crime de terrorismo ou de subversão da ordem constitucional, bem como de comportamento inequivocamente incompatível com a anterior dissociação.

Como bem sintetizado por **Ada Pellegrini Grinover**, a legislação antiterrorismo italiana, em suma, cuidou

“(...) da figura do ‘dissociado’, do ‘arrependido’ e do ‘colaborador’, restrita aos crimes cometidos para fins de terrorismo ou de subversão do ordenamento constitucional, da seguinte maneira:

a) regime jurídico do ‘arrependido’, ou seja do concorrente que, antes da sentença condenatória, dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa; se retira da organização, se entrega sem opor resistência ou abandona as armas, fornecendo, em qualquer caso, todas as informações sobre a estrutura e organização da *societas celeris*; impede a execução dos crimes para os quais a organização se formou; comete o crime de favorecimento com relação a membro da organização, mas fornece completa informação sobre o favorecimento: extinção da punibilidade. Ainda, para o ‘arrependido’ que se apresentar às autoridades policiais ou judiciárias, antes da emissão de ordem ou mandado de prisão, a mencionada legislação prevê que esta seja substituída por outras obrigações ou impedimentos.

b) regime jurídico do ‘dissociado’, ou seja do concorrente que, antes da sentença condenatória, se empenha com eficácia

ADI 5508 / DF

para elidir ou diminuir as conseqüências danosas ou perigosas do crime ou para impedir a prática de crimes conexos e confessa todos os crimes cometidos: diminuição especial da pena de um terço (não podendo superar os quinze anos) e substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de quinze a vinte e um anos.

c) regime jurídico do 'colaborador', ou seja do concorrente que, antes da sentença condenatória, além dos comportamentos acima previstos, ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita de provas decisivas para a individuação e captura de um ou mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores: redução da pena até a metade (ou até um terço se a colaboração é de excepcional relevância) - não podendo superar os dez anos – ou substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de dez a doze anos”²⁵.

A experiência havida com a legislação premial antiterrorista foi replicada, com adaptações, na legislação sobre criminalidade organizada.

O crime de **associação criminosa do tipo mafioso** foi tipificado pela primeira vez na Itália pela **Lei nº 646/82**, que introduziu o art. 416-bis no Código Penal e previu medidas de **sequestro e confisco de bens** do condenado por aquele delito.

O projeto de lei que deu origem àquele diploma legal foi apresentado pelo **Deputado Pio La Torre**, secretario regional do Partido Comunista Italiano, o qual, para sua formulação técnica, contou com o auxílio de dois jovens magistrados da Procuradoria de Palermo, **Giovanni Falcone** e **Paolo Borsellino**.

O Ministro do Interior, **Virginio Rognoni**, também havia apresentado dois decretos-lei sobre a matéria.

Em razão daquela iniciativa de lei, **Pio La Torre**, em 30/4/82, foi assassinado pela **Cosa Nostra** em Palermo. Em 3/9/82, na mesma cidade, foi assassinado o General **Carlos Alberto Dalla Chiesa**, Prefeito de Palermo.

25 GRINOVER, 1995, p. 76.

ADI 5508 / DF

Esses dois homicídios deram impulso à aprovação, em 13/9/82, da referida **Lei nº 646**, que ficou mais conhecida, em razão da autoria das propostas em que se baseou, como **“Lei Rognoni-La Torre”**.

Por sua vez, as **formas de colaboração processual na legislação italiana antimáfia somente foram introduzidas pelo Decreto-lei nº 152/91**, convertido pela Lei nº 203/91, vale dizer, **quase 10 (dez) anos após a tipificação, em 1982, do crime de associação criminosa do tipo mafioso**.

Para os crimes de que trata o art. 416-bis do Código Penal (associação do tipo mafioso) e para aqueles cometidos com prevalência das condições de que trata o referido artigo ou para facilitar a atividade da associação, o art. 8º do Decreto-lei nº 152/91, convertido pela Lei nº 203/91 determina que, **quando o imputado, dissociando-se dos demais, atuar para evitar que a atividade criminosa alcance consequências ulteriores, auxiliando concretamente a autoridade policial ou judiciária a obter provas decisivas para a reconstrução dos fatos e para a identificação ou captura dos autores dos crimes**, a pena de prisão perpétua será substituída por reclusão de 12 a 20 anos, e as demais penas serão diminuídas de 1/3 (um terço) à 1/2 (metade).²⁶

Ao comparar a legislação premial antiterrorismo com a legislação premial antimáfia, **Giuseppe Amarelli** aduz que, em matéria de criminalidade de matriz terrorista, é possível identificar, com base na maior ou menor relevância da contribuição do imputado para a investigação, **três subcategorias de pentitismo (fattispecie premiale)**: a dissociação (**la dissociazione**), a colaboração processual (**collaborazione**

26 Art. 8º, § 1º, do Decreto-lei n. 152/91, no original: **“Per i delitti di cui all'articolo 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà”**.

ADI 5508 / DF

processuale) e a colaboração de justiça (**collaborazione di giustizia**)²⁷.

Na dissociação, o agente se limita a admitir sua própria responsabilidade, não fornecendo nenhum elemento voluntário relevante ao prosseguimento da investigação, mostrando-se suficiente o abandono definitivo da organização, o que se constata pela execução conjunta das seguintes ações: a) admissão das atividades efetivamente desenvolvidas; b) prática de comportamentos objetiva e univocamente incompatíveis com a permanência do vínculo associativo e c) repúdio à violência como método de luta política.

Na colaboração processual, o imputado não se limita a admitir a própria responsabilidade, mas atua concretamente durante o processo para elidir ou atenuar as consequências danosas do crime objeto do processo em curso, ou para impedir o cometimento de crime conexos.

Por fim, na **collaborazione con la giustizia**, o imputado fornece aos investigadores todo seu conhecimento a respeito da vida do grupo criminoso, independentemente do objeto específico do processo penal em curso.

De acordo com **Giuseppe Amarelli** esta tripartição tem não apenas valor dogmático e sistemático-classificatório, mas também efeitos concretos na dosimetria sancionatória, induzindo o legislador a calibrar de modo proporcional e razoável a diversidade de intensidade e relevância da contribuição.

Ocorre que, segundo **Giuseppe Amarelli**, o legislador, ao tratar das formas de colaboração processual na legislação antimáfia (art. 8º do Decreto-lei nº 152/91, convertido pela Lei nº 203/91), não teria replicado a mesma disciplina conferida aos crimes com a finalidade de terrorismo, optando por uma disciplina **unitária da fattispecie premiale**.

O legislador, portanto, teria optado pela fusão da dissociação com as demais hipóteses de colaboração **numa única circunstância atenuante especial**, com o consequente tratamento unitário da redução de pena.

Por sua vez, o art. 289-*bis* do Código Penal italiano comina pena de

²⁷ AMARELLI, Giuseppe. *L'attenuante della dissociazione attuosa* (art. 8 d.l. n. 152/1991). *Tratatto Teorico-Pratico Diritto Penale*. A cura di Vincenzo Maiello. Torino: Giappichelli, 2015.

ADI 5508 / DF

reclusão de 25 a 30 anos aos crimes de sequestro de pessoa com finalidade de terrorismo ou subversão, mas prevê, no § 4º, pena menor (2 a 8 anos de reclusão) ao partícipe que, dissociando-se dos demais, atuar para que a vítima recupere sua liberdade.

O Decreto-lei nº 8, de 15 de janeiro de 1991, convertido pela Lei nº 82, de 15 de março de 1991, introduziu novas disposições a respeito dos crimes de sequestro de pessoa com finalidade de terrorismo ou subversão (art. 289-bis) e de extorsão mediante sequestro (art. 630).

O art. 6º da lei em questão dispôs que, nas hipóteses do art. 289-bis, § 4º e do art. 630, §§ 4º e 5º, ambos do Código Penal italiano, as penas ainda poderão ser ulteriormente reduzidas em até 1/3 (um terço) se a colaboração prestada pelo agente que houver se dissociado dos demais for de excepcional relevância, também no que diz respeito à duração do sequestro e à incolumidade do sequestrado.

Os arts. 9º a 13 do referido Decreto-lei nº 8/91, convertido pela Lei nº 82/91, estabeleceram ainda especiais medidas de proteção para aqueles que colaboram com justiça.

Posteriormente, a Lei nº 45, de 13 de fevereiro de 2001, alterou a disciplina de proteção e do tratamento sancionatório daqueles que colaboram com a justiça, instituindo uma Comissão Central para a definição e a aplicação de medidas especiais de proteção.

A Lei nº 45/01 introduziu no referido art. 9º do decreto-lei nº 8/91, convertido pela lei nº 82/91, o seguinte parágrafo 3º:

*“Para o fim de aplicação das medidas especiais de proteção, têm relevância a colaboração ou as declarações feitas no curso de um procedimento penal. A colaboração e as citadas declarações **devem ter o caráter de intrínseca credibilidade.** Devem também ter o **caráter de novidade ou de integralidade,** ou por outros elementos devem parecer de notável importância para o desenvolvimento da investigação, ou para fins de julgamento ou para as atividades de investigação sobre conotações estruturais, dotações de armas, explosivos ou bens, articulações e as ligações internas ou internacionais das*

ADI 5508 / DF

organizações criminosas do tipo mafioso ou terrorista-subversivo, ou sobre os objetivos, as finalidades e as modalidades operacionais de tais organizações” (grifei).

A Lei nº 45/01 também inseriu no Decreto-lei nº 8/91, convertido pela Lei nº 82/91, o art. 16-*quater*, segundo o qual, para fins de concessão das medidas especiais de proteção, e para o reconhecimento de atenuantes e benefícios penitenciários, a pessoa que manifestar a vontade de colaborar prestará ao Procurador da República, no prazo de 180 dias, contados da mencionada manifestação de vontade, todas as informações úteis/relevantes de que dispuser i) para a reconstrução dos fatos e das circunstâncias sobre as quais é questionado, ii) sobre outros fatos de maior gravidade e alarme social de que tiver conhecimento e iii) para a identificação e captura de seus autores. Prestará, ainda, outras informações necessárias à identificação, ao sequestro e ao confisco de dinheiro, dos bens e de quaisquer outros benefícios de que ela mesma ou outros membros de grupos criminosos disponham direta ou indiretamente.

As declarações prestadas pelo colaborador deverão ser documentadas em um instrumento denominado **verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione**, cujo conteúdo será submetido ao devido controle jurisdicional (arts. 16-*quater*, § 3º, e 16-*quinqües*, § 2º, do Decreto-lei nº 8/91 convertido pela Lei nº 82/91, introduzidos pela Lei nº 45/01).

A Lei nº 45/01 também inseriu no Decreto-lei nº 8/91, convertido pela Lei nº 82/91, o art. 16-*quinqües*, com a rubrica *atenuantes no caso de colaboração*, o qual estabelece que, em matéria de colaboração relativa a crimes de terrorismo, de subversão da ordem ou de tipo mafioso ou assimilados, **as circunstâncias atenuantes previstas no Código Penal e em disposições especiais somente poderão ser concedidas àqueles que, no referido prazo de 180 dias (art. 16-*quater*), tiverem firmado o verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione.**

A Lei nº 45/2001, portanto, estabeleceu um pressuposto indispensável para que o juiz possa reconhecer atenuantes ou causas de

ADI 5508 / DF

redução de pena no caso da colaboração premiada: o **verbale illustrativo**.

De acordo com **Giuseppe Amarelli**, o que se busca, com a imposição do prazo de 180 dias, é introduzir na fase da investigação preliminar um incentivo para a imediata colaboração, vinculando-se o “**pentito**” a narrar tudo o que tenha conhecimento num “arco temporal restrito”, de modo a expungir o deletério fenômeno de declarações “em prestação” ou excessivamente tardias, permitindo, ao mesmo tempo, a pronta verificação de sua credibilidade²⁸.

De toda sorte, o art. 16-quinquies, § 3º, introduzido pela Lei nº 45/01 no Decreto-lei nº 8/91, convertido pela Lei nº 82/91, admite que, se a colaboração se manifestar na fase do “**dibattimento**”, o juiz poderá reconhecer atenuantes mesmo na ausência do “**verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione**”, que deverá, então, ser formalizado no prazo já prescrito.

Finalmente, o art 16-nonies, também inserido pela Lei nº 45/01 no Decreto-lei nº 8/91, convertido pela Lei nº 82/91, prevê a possibilidade de concessão de benefícios penitenciários no caso de colaboração prestada após a condenação, como a liberdade condicional, autorizações de saída (**permessi premio**) e a detenção domiciliar.

Importante salientar que o “**verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione**, por si só, não repercute na prisão preventiva do colaborador.

Nos termos do art. 16-octies, também inserido pela Lei nº 45/01 no Decreto-lei nº 8/91, convertido pela Lei nº 82/91, **a custódia cautelar não poderá ser revogada nem substituída por outra medida menos gravosa pelo só fato de o preso adotar uma das condutas de colaboração que admitam o reconhecimento de circunstâncias atenuantes, mas somente se, ao avaliar as exigências cautelares, o juiz, ouvido o procurador-nacional antimáfia ou o procurador-geral no respectivo tribunal, constatar que não há elementos indicativos da atualidade da relação do colaborador com a criminalidade organizada do tipo mafioso ou terrorista-subversiva.**

28 AMARELLI, 2015.

ADI 5508 / DF

Como observa **Paolo Tonini**, as modificações legislativas introduzidas pela Lei nº 45/2001 tornaram mais rigorosos os requisitos que permitem aos imputados e aos condenados se tornarem colaboradores de justiça e obterem medidas de proteção e benefícios processuais e penitenciários²⁹.

A Lei nº 45/2001 pretendeu, de um lado, garantir um maior nível de genuinidade e de credibilidade das declarações dos “**pentiti**” e, de outro, tornar mais rigorosa a seleção dos colaboradores, diante de seu exponencial crescimento.

Nesse particular, segundo dados estatísticos da Comissão Antimáfia do Parlamento Italiano, em 1995, registraram-se 1.052 colaboradores da justiça e 4.898 familiares sob proteção; em 1996, 1.214 colaboradores da justiça e mais 5.747 familiares sob proteção. Esses números se mantiveram elevados ao longo dos anos e somente a partir de 2004 sofreram queda. Em 2005, havia 893 colaboradores da justiça e mais 2.858 familiares sob proteção; em 2006, registraram-se 790 colaboradores da justiça e mais 2.657 familiares sob proteção e, em 2007, havia 791 colaboradores da justiça e mais 2.675 familiares sob proteção³⁰.

Além das sanções premiaias para os colaboradores da justiça, a legislação italiana contempla, no Código de Processo Penal, as seguintes modalidades de justiça consensual **relativas ao processo ou à pena: o juízo abreviado** (arts. 438 a 443), a **aplicação de pena a requerimento das partes, o patteggiamento** (arts. 444 a 448), o **juízo diretíssimo** (arts. 449 a 452), o **juízo imediato** (arts. 453 a 458) e o **procedimento por decreto penal** (arts. 459 a 464).

Embora não caiba um maior aprofundamento a respeito desses mecanismos da justiça consensual italiana, apenas registro, exemplificativamente, que, no **juízo abreviado** (arts. 438 a 443, CPP), o imputado requer, desde logo, na audiência preliminar e com base nos elementos colhidos na fase da investigação, que o juiz profira sentença de mérito (absolvição ou condenação), usualmente proferida na fase do

29 TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 14. ed. Milano: Giuffrè, 2013. p. 324.

30 Disponível em http://www.camera.it/_bicamerale/leg15/commbicantimafia/documentazionetematica/25/schedabase.asp

ADI 5508 / DF

“**dibattimento**”. Como uma **compensação** ao imputado por **dispor de suas garantias processuais**, em caso de condenação, a pena será reduzida de 1/3 e a prisão perpétua será substituída pela pena de 30 (trinta) anos de reclusão.

Por sua vez, no denominado **patteggiamento** (arts. 444 a 448, CPP), o imputado e o Ministério Público, consensualmente, requerem ao juiz a aplicação **i)** de uma pena “substitutiva” ou pecuniária, reduzida em até 1/3, ou **ii)** de uma pena detentiva, quando essa, tendo em conta as circunstâncias e reduzida de até 1/3, não exceder a cinco anos. As penas substitutivas, previstas na Lei n. 689/81, são: semidetenção, liberdade controlada e pena pecuniária.

As partes, em suma, propõem ao juiz a pena que pretendem seja imposta ao imputado. Caso essa proposta não seja formulada em audiência, o juiz, se julgar oportuno, poderá determinar o comparecimento do imputado para verificar a voluntariedade do acordo.

De toda sorte, o juiz deve realizar o controle substancial sobre o acordo, não se limitando a exercer uma função meramente “notarial”, de simples recepção da vontade das partes. Aduz que “a necessidade de semelhante controle deriva da Constituição, que considera inviolável a liberdade pessoal, a qual não é renunciável por seu titular”³¹.

O juiz, portanto, ao analisar o **patteggiamento** e proferir a sentença, deverá considerar a correta qualificação do fato, as circunstâncias propostas pelas partes e a “congruência” da pena indicada pelas partes (art. 444, parágrafo 2, CPP).

Não se trata de valorar se a pena proposta é justa de acordo com os critérios de dosimetria previstos no art. 133 do Código Penal italiano (similar ao art. 59 do Código Penal brasileiro), diante do espaço concedido para o exercício da discricionariedade das partes, mas sim de verificar se ela é razoável, proporcional (**congrua**).

Interessante observar que, na avaliação do **patteggiamento**, o juiz não se limita a acolher ou a rejeitar a proposta, havendo previsão para que possa, de ofício, absolver o imputado, à vista dos elementos de prova

31 TONINI, 2013, p. 775.

ADI 5508 / DF

existentes, v.g., caso, desde logo, verifique que o fato não existe, que o imputado não o cometeu ou que o fato não constitui crime (art. 444, § 2º, c/c art. 129, ambos do CPP italiano).

Por fim, registre-se que são expressamente excluídos da possibilidade de **patteggiamento**, dentre outros, os delitos de criminalidade organizada e terrorismo (art. 441, parágrafo 1-bis, CP).

Em suma, de acordo com legislação italiana sobre **criminalidade organizada**, excluindo-se medidas de proteção e benefícios penitenciários, as sanções premiaias para condutas de colaboração se limitam ao reconhecimento pelo juiz, no caso de condenação, de atenuantes ou causas de redução de pena, não havendo margem para que o Ministério Público transacione a quantidade de pena que pretenda seja imposta ao colaborador.

III) A COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO

A colaboração premiada, como tive a oportunidade de registrar no voto condutor do HC nº 127.483/PR, Pleno, de **minha relatoria**, deita suas raízes no período colonial, mais precisamente em dois dispositivos do Livro V das Ordenações Filipinas, que entrou em vigor no Brasil em 1603 e somente foi revogado mais de duzentos anos depois, em 1830, pelo Código Criminal do Império.

No Título VI, item 12, do citado Livro V, previa-se o perdão ao partícipe e delator do crime de lesa majestade (“e quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum spaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão”), assim como uma recompensa (“mercê”) ao delator, “segundo o caso merecer”, desde que não fosse o principal organizador da empreitada criminosa (“se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação”).

Esse benefício, todavia, não tinha incidência se outrem delatasse o crime (“sendo já per outrem descoberto”) ou se já houvesse investigação a seu respeito (“posto em ordem para se descobrir”), pois, nessas hipóteses, o rei já teria conhecimento do fato ou estaria em condições de o saber.

ADI 5508 / DF

O segundo dispositivo constava do Título CXVI (“como se perdoará aos malfeitores [...] que derem outros à prisão”).

Relativamente aos crimes de falsificação de moeda, sinal ou selo; incêndio; homicídio; furto; falso testemunho; “quebrantar prisões e cadêas de fôra per força”; “forçar mulher”; “entrar em Mosteiro de Freiras com proposito deshonesto”; “em fazer falsidade em seu Officio, sendo Tabellião, ou Scrivão”, previa-se, por exemplo, que

“[q]ualquer pessoa, que der à prisão cada hum dos culpados, e participantes (...); tanto que assi der à prisão os ditos malfeitores, ou cada hum delles, e lhes provar, ou forem provados cada hum dos ditos delictos, se esse, que o assi deu á prisão, participante em cada hum dos ditos maleficios, em que he culpado aquelle, que he preso, havemos por bem que, sendo igual na culpa, seja perdoado livremente, postoque não tenha perdão da parte”.

Esse mesmo dispositivo previa ainda, além do perdão ao delator, uma recompensa pecuniária, ao estabelecer que,

“sendo o malfeitor, que assi foi dado à prisão, salteador de caminhos, que aquelle, que o descobrir, e der á prisão, e lho provar, haja de Nós trinta cruzados de mercê”.

O Código Criminal do Império, de 1830, não tratou especificamente da colaboração premiada, limitando-se a prever que, no delito de conspiração (art. 107) – *que se tipificava com o concerto de vinte ou mais pessoas para a prática de determinados “crimes contra a independência, integridade e dignidade da nação” (arts. 68 e 69), “contra a Constituição do Império e forma de seu governo” (arts. 85 e 86), “contra o chefe de governo” (arts. 87 a 89) e “contra o livre exercício dos Poderes Políticos” (arts. 91 e 92) -*, ao qual se cominava a pena de “*desterro para fôra do imperio por quatro a doze annos*”, **“não seria punido o conspirador que desistisse do seu projecto”** (arts. 108 e 109), dele não se exigindo nenhuma cooperação para a identificação dos demais conspiradores.

ADI 5508 / DF

A colaboração premiada voltou a ser introduzida em nosso ordenamento jurídico em dois dispositivos da Lei n. 8.072/90, ou seja, 160 anos após revogação do Livro V das Ordenações Filipinas pelo Código Criminal do Império.

O art. 7º da Lei dos Crimes Hediondos introduziu no art. 159 do Código Penal (extorsão mediante sequestro), a seguinte causa de redução de pena:

"Art. 159. (...)

§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços."

A Lei dos Crimes Hediondos também fixou, no art. 8º, parágrafo único, uma causa de diminuição de pena para a conduta de colaboração premiada nos casos de crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP)

"Art. 8º (...)

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços".

Como bem observado por **Alberto Silva Franco**,

"a delação premiada constituiu, na Lei 8.072/90, uma inovação importada do direito italiano e que era aplicável apenas a dois tipos penais: a extorsão mediante sequestro e a quadrilha ou bando"³².

De fato, como já exposto no item II deste voto, **foi exatamente no crime de extorsão mediante sequestro que a técnica premial foi introduzida na Itália** pela Lei nº 497, de 14 de outubro de 1974, a qual

32 FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 342, grifo nosso.

ADI 5508 / DF

acrescentou um parágrafo no art. 630 do Código Penal – que comina pena de reclusão de 25 a 30 anos para o crime de sequestro para fins de roubo ou extorsão, e de prisão perpétua para o agente que provocar a morte do sequestrado - para estabelecer que o agente que atuasse de modo a permitir que a vítima fosse libertada sem o pagamento do resgate estaria sujeito somente às penas menos graves cominadas ao crime de sequestro simples (art. 605, CP).

Posteriormente, a Lei nº 9.269/96 deu nova redação ao parágrafo 4º do art. 159 do Código Penal, para dispensar a exigência, para o reconhecimento da causa de diminuição de pena, de que o crime de extorsão mediante sequestro tenha sido cometido por quadrilha ou bando, reputando suficiente o mero concurso de agentes:

"Art. 159. (...)

§ 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

Na sequência da Lei dos Crimes Hediondos, uma profusão de diplomas legislativos passou a contemplar sanções premiais para condutas de colaboração premiada.

A Lei nº 7.492/86, que tipifica os **crimes contra o sistema financeiro nacional**, foi alterada pela Lei nº 9.080/95, que incluiu em seu art. 25 o seguinte parágrafo 2º:

"Art. 25. (...)

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços."

Essa mesma Lei nº 9.080/95 também incluiu no art. 16 da Lei nº 8.137/90, que define os **crimes contra a ordem tributária, econômica e as**

ADI 5508 / DF

relações de consumo, o seguinte parágrafo único:

“Art. 16. (...)

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea **revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.**”

Outrossim, a Lei nº 9.807/99 foi o primeiro diploma legal a tratar de forma mais abrangente e sistematizada da proteção a réus colaboradores, não apenas do ponto de vista da concessão de sanções premiaias, como também no âmbito tutório, para preservar sua integridade física, a teor de seus arts. 13 a 15:

“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

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

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

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

Art. 14. 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, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

ADI 5508 / DF

Art. 15. 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.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

A Lei nº 9.807/99, portanto, passou a prever não somente uma causa de redução de pena, tal como previsto nas leis que a antecederam, mas também uma causa de perdão judicial.

Por sua vez, a Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) foi modificada pela Lei nº 12.683/12, que acrescentou ao seu art. 1º o seguinte parágrafo 5º:

“Art. 1º (...)

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

Como se observa, a Lei nº 9.613/98, com a modificação em questão, passou a admitir, além do perdão judicial e da causa de redução de pena, a possibilidade i) de cumprimento da pena em regime aberto ou

ADI 5508 / DF

semiaberto, independentemente do *quantum* de pena imposto, bem como ii) de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

A Lei nº 11.343/06, quanto aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, também instituiu, em seu art. 41, uma causa de diminuição de pena para colaborador:

“Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

De outro lado, a Lei nº 12.529/11, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe, em seu art. 86, sobre o **acordo de leniência** com o CADE, com a previsão de **extinção de punibilidade ou de redução de penalidades**, no caso de **efetiva colaboração com as investigações**, e desde que dessa colaboração resulte “i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

Nos termos do art. 87 do referido diploma legal,

“[n]os crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e **impede o oferecimento da denúncia** com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

ADI 5508 / DF

Finalmente, adveio a Lei nº 12.850/13, que dispôs sobre o crime de organização criminosa, sua investigação criminal e os respectivos meios de obtenção de prova, como a colaboração premiada.

A Lei nº 12.850/13 prevê, no art. 4º, **caput**, e parágrafos 1º a 5º, as sanções premiaias para a colaboração premiada:

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

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

(...)

§ 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 n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

(...)

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério

ADI 5508 / DF

Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

- I - não for o líder da organização criminosa;
- II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”

Dessa feita, a mais nova Lei de Regência da colaboração premiada contempla as seguintes sanções premiais:

A) Se a colaboração premiada for anterior à sentença:

i) perdão judicial;

ii) redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade;

iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

B) Se a colaboração premiada for posterior à sentença:

i) redução da pena até a metade; e

ii) progressão de regime sem o preenchimento de requisitos objetivos.

Admite, ainda a Lei nº 12.850/13, tal como já o havia feito a Lei nº 12.529/11 ao tratar do acordo de leniência, a possibilidade de o Ministério Público **não oferecer a denúncia**, desde que o colaborador não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Em suma, a análise dos diplomas legais que trataram desse instituto revela que a colaboração premiada no Brasil historicamente vem sendo contemplada como causa de: i) perdão judicial; ii) redução de pena; iii) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; iv) fixação de regime prisional mais brando do que a pena imposta impõe; v) progressão de regime prisional, sem o preenchimento de requisitos objetivos; e vi) imunidade (não oferecimento de denúncia).

Ainda que possa variar o tipo de benefício estipulado para a colaboração do imputado, as sanções premiais tem sido expressamente

ADI 5508 / DF

previstas em lei, dependendo sua concessão da verificação judicial da presença de seus pressupostos.

Outrossim, o colaborador terá direito à sanção premial pelo só fato de ter sido efetiva sua cooperação, independentemente da prévia existência do negócio jurídico da colaboração premiada – como, aliás, é da tradição de nossa legislação premial.

Nesse sentido, muito antes do advento da Lei nº 12.850/13, o Supremo Tribunal Federal já havia assentado, com base na Lei nº 9.807/99, que,

“(...) a partir do momento em que o Direito admite a figura da delação premiada como causa de diminuição de pena e como forma de buscar a eficácia do processo criminal, reconhece que o réu delator assume uma postura sobremodo incomum: afastar-se do próprio instinto de conservação ou autoacobertamento, tanto individual quanto familiar, sujeito que fica a retaliações de toda ordem. Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal, a contrapasso do conteúdo do princípio que, no **caput** do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade” (HC nº 99.736/DF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 21/5/10).

O negócio jurídico da colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/13, em verdade, constitui um **incentivo** à cooperação do investigado, conferindo-lhe segurança jurídica e o **status** de colaborador para obter as medidas de proteção. No entanto, esse instrumento não se erige em *conditio sine qua non* da obtenção da sanção premial - diferentemente do que, como regra, ocorre no direito italiano quanto ao **verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione**

Assentadas essa longas e imprescindíveis premissas, passo a analisar a constitucionalidade da prerrogativa concedida pela Lei nº 12.850/13 à autoridade policial para firmar acordos de colaboração.

ADI 5508 / DF

Como destaquei no voto condutor do HC nº 127.483/PR, Pleno, de **minha relatoria,**

“[a] colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é um **meio de obtenção de prova**, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal).

Cumpra, aqui, extremar, de um lado, meios de prova e, de outro, meios de pesquisa, investigação ou obtenção de prova.

Mario Chiavario, com base na tipologia adotada pelo Código de Processo Penal italiano, distingue meios de prova (**mezzi di prova**) dos meios de pesquisa de prova (**mezzi di ricerca della prova**): os primeiros definem-se oficialmente como os meios por si sós idôneos a oferecer ao juiz resultantes probatórias diretamente utilizáveis em suas decisões; os segundos, ao revés, não constituem, **per se**, fonte de convencimento judicial, destinando-se à “aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória”, os quais, por intermédio daqueles, podem ser inseridos no processo (**Diritto processuale penale – profilo istituzionale**. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 353).

Para **Antônio Magalhães Gomes Filho**.

‘[o]s *meios de prova* referem-se a uma atividade *endoprocessual* que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e fixação de dados probatórios *no processo*. Os *meios de pesquisa* ou *investigação* dizem respeito a certos procedimentos (em geral, *extraprocessuais*) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).

ADI 5508 / DF

Com base nisso, o Código de Processo Penal italiano de 1988 disciplinou, em títulos diferentes, os *mezzi di prova* (testemunhos, perícias, documentos), que se caracterizam por oferecer ao juiz resultados probatórios diretamente utilizáveis na decisão, e os *mezzi di ricerca della prova* (inspeções, buscas e apreensões, interceptações de conversas telefônicas etc.), que não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária ou o Ministério Público' (Notas sobre a terminologia da prova - reflexos no processo penal brasileiro. In: **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. Org.: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo, DSJ Ed., 2005, p. 303-318).

No mesmo sentido, aduz **Gustavo Badaró** que,

'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 instrumento 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' (**Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus: Elsevier. 2012, p. 270).

(...)

Como se observa, a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à 'aquisição de

ADI 5508 / DF

entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória', razão por que não constitui meio de prova propriamente dito".

A Constituição Federal, no art. 144, §§ 1º e 4º, outorgou às Polícias Federal e Civil as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais.

Como corolário da atribuição constitucional de apurar infrações penais, a autoridade policial tem legitimidade para "colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias" (art. 6º, III, CPP), **bem como para requerer a juízo a implementação de todos os meios de obtenção de prova, com a finalidade de instruir procedimentos de investigação.**

Ora, sendo a colaboração premiada, por definição legal (art. 3º, I, da Lei nº 12.850/13), exatamente um meio de obtenção de prova, uma vez mais, como consequência lógica da atribuição constitucional das Polícias Federal e Civil de apurar infrações penais, há que se reconhecer a legitimidade constitucional de seu poder de firmar acordos dessa natureza.

O fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal pública em nada interfere com a legitimidade da autoridade policial para postular em juízo a implementação desse meio de obtenção de prova, assim como, na dicção do Plenário desta Suprema Corte, a atribuição constitucional da polícia judiciária para apurar infrações penais não exclui o poder de investigação do Ministério Público (RE nº 593.727, Relator para o acórdão o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 8/9/15).

Mais: a Lei nº 12.850/13, ao tratar da infiltração de agentes, também atribui legitimidade à autoridade policial para representar pela implementação desse meio de obtenção de prova (art. 10), e as **consequências da infiltração policial se mostram tão ou mais relevantes do que as do acordo de colaboração premiada**, na medida em que "não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa" (art. 13,

ADI 5508 / DF

parágrafo único, da Lei nº 12.850/13).

Trata-se, portanto, de um argumento de reforço à legitimidade da autoridade policial para firmar acordo de colaboração premiada.

Seu poder negocial, contudo, é mais limitado do que o do Ministério Público.

Nos termos do art. 6º da Lei n. 12.850/13, o acordo de colaboração deverá 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”.

A meu ver, nas condições da proposta da autoridade policial somente podem figurar, de modo genérico, as sanções premiaias expressamente previstas no art. 4º, **caput** e seu § 5º, da Lei nº 12.850/13 a que fará jus o colaborador, a critério do juiz, em razão da efetividade de sua cooperação, exigindo-se, antes de sua homologação, a manifestação, sem caráter vinculante, do Ministério Público.

Esse limitado poder negocial da autoridade policial deriva do fato de a polícia judiciária não ser titular da ação penal pública e de a colaboração premiada, em suas mãos, constituir tão somente um meio de obtenção de prova.

A autoridade policial, portanto, não tem discricionariedade para eleger, desde logo, a quantidade de pena ou para estabelecer o regime de cumprimento de pena a que estará sujeito o colaborador.

De toda sorte, não vejo óbice a que a autoridade policial represente ao juiz pela concessão de perdão judicial ou acorde que o colaborador poderá ter a pena reduzida em até 2/3 (dois terços) no caso de efetiva

ADI 5508 / DF

cooperação, reproduzindo a dicção legal.

Diversamente, ao Ministério Público, dada sua condição de **titular da ação penal pública em um sistema acusatório** (art. 129, I, CF), devem ser reconhecidos poderes mais amplos para negociar sanções premiais.

A meu ver, **especificamente no tocante ao Ministério Público**, a colaboração premiada, **além de meio de obtenção de prova, tem a natureza de acordo penal**, cuja eficácia será objeto de análise na fase da sentença (art. 4º, § 11 da Lei n. 12.850/13), o que não significa revisitá-lo para glosa, sob pena de violação do princípio da segurança jurídica, mas, simplesmente, estabelecer a eventual correspondência **entre o que foi acordado e os resultados da atividade de colaboração** previstos no art. 4º, I a V, da Lei n. 12.850/13.

Trata-se de medir, na sentença, os resultados da colaboração, para que se possa aferir a extensão da sanção premial a ser concedida.

Como decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 127.483/PR, de **minha relatoria**, DJe de 4/2/16, “*caso a colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados, há que se reconhecer o direito subjetivo do colaborador à aplicação das sanções premiais estabelecidas no acordo, inclusive de natureza patrimonial*”.

Evidente que, por se tratar de um negócio jurídico, o acordo de colaboração, mesmo que tenha sido homologado judicialmente, poderá ser sindicado ulteriormente, no todo ou em parte, conforme o caso, se houver demonstração superveniente, v.g., de erro, dolo, coação, fraude ou simulação (v.g. PET nº 7.074-QO/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Edson Fachin**, DJe de 3/5/18).

Nesse diapasão, a **Lei nº 12.850/13**, apartando-se do rígido sistema de premialidade legal, de matriz romano-germânica, historicamente adotado pelo Brasil, **instituiu um sistema premial misto, ao conceder ao Ministério Público poderes negociais característicos do sistema de Common Law**.

Essa, a meu sentir, é a interpretação que deve ser conferida à expressão “condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” prevista no art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13.

ADI 5508 / DF

Para o Ministério Público, as “condições da proposta”, quanto às sanções premiaias, estão jungidas a diplomas legais e convencionais: se houver **base legal ou convencional** para a fixação de determinada sanção premial, a respectiva cláusula do acordo será válida.

Exemplificativamente, em meu sentir, é legítima a previsão, no acordo de colaboração, de cláusula que disponha sobre questões patrimoniais.

Como tive a oportunidade de assentar no citado HC nº 127.483/PR, de **minha relatoria**,

“(...) reputo válidas as cláusulas do acordo de colaboração que dispõem sobre a transmissão às filhas e à ex-mulher do agente colaborador de dois imóveis seus.

Quanto a esse aspecto, **Frederico Valdez Pereira** observa que

‘[o]utra questão é se o MP pode incluir nas concessões ao agente cooperante efeitos econômicos que decorreriam da condenação, como a perda de bens e valores que constituam proveito auferido com a prática do delito. Nessa situação, a solução é um pouco mais complexa do que poderia sugerir um raciocínio embasado na lógica simplista de ‘quem pode o mais, pode o menos’, pois a relação entre sanções penais e civis é de qualidade, e não de quantidade; trata-se de instâncias autônomas que se comunicam nos limites regulados pela legislação. No caso do Brasil, os diplomas legais que tratam de benefícios no âmbito da apenação aos *pentiti* não preveem que possam englobar efeitos civis econômico-financeiros, e já foi dito no capítulo inicial que, à diferença do sistema estadunidense do *plea bargaining*, não existe inserção de livre juízo discricionário por parte dos órgãos de persecução penal no que tange aos arrependidos; somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiaias, retirando, deste modo, alguma ampla

ADI 5508 / DF

discricionabilidade dos órgãos repressivos, e mesmo jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada.

Com efeito, pode admitir-se alguma espécie de concessão no campo patrimonial apenas na hipótese de atribuição do perdão judicial, tendo em vista a natureza da sentença concessiva de extinção da punibilidade com base no inc. IX do art. 107 do CP. Embora permaneça algum dissenso na doutrina, prevalece o entendimento de que, pelo perdão judicial, o acusado não é considerado condenado, havendo sim, decisão declaratória de extinção da punibilidade, sem qualquer efeito condenatório, portanto não haveria que se cogitar da incidência do art. 92, inc. II, b, do Código Penal, como ocorre nos casos de mera redução da penalidade aplicada, e o órgão do MP poderia incluir um benefício ao colaborador consistente na utilização do proveito auferido pela prática do crime; de qualquer modo, a decisão não vincularia o juízo civil em eventual ação para o ressarcimento ou restituição desses bens ou valores' (p. 140-141).

Penso, todavia, que o acordo de colaboração pode dispor sobre questões patrimoniais relacionadas ao proveito auferido pelo colaborador com a prática dos crimes a ele imputados.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 231/03 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, expressamente admite que seus signatários adotem 'as medidas adequadas' para que integrantes de organizações criminosas colaborem para o desvendamento de sua estrutura e a identificação de coautores e partícipes:

'Artigo 26. Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei.

1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas

ADI 5508 / DF

para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados:

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

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

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

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

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

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

Também a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, estabelece, em seu art. 37.2, que

'[c]ada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção'.

Embora o confisco, de acordo com o art. 92, II, c, do

ADI 5508 / DF

Código Penal, não se qualifique como pena acessória, mas sim como efeito extrapenal da condenação, uma **interpretação teleológica** das expressões 'redução de pena', prevista na Convenção de Palermo, e 'mitigação de pena', prevista na Convenção de Mérida, permite que elas compreendam, **enquanto abrandamento das consequências do crime**, não apenas a sanção penal propriamente dita, como também aquele efeito extrapenal da condenação.

Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas 'as medidas adequadas para encorajar' formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (**no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime**), parece-me lícito, **sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema**, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador dentre as 'condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia' (art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa.

Aliás, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), **a fortiori**, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco 'do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso' (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98).

Mais: o art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13 prevê que

[o] Ministério Público poderá deixar de oferecer

ADI 5508 / DF

denúncia se o colaborador:

- I) não for o líder da organização criminosa;
- II) for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo’.

Dessa feita, se a colaboração frutífera também pode conduzir ao não oferecimento da denúncia e, por via de consequência, à impossibilidade de perda patrimonial como **efeito da condenação**, parece-me plausível que determinados bens do colaborador possam ser imunizados contra esse efeito no acordo de colaboração, no caso de uma sentença condenatória.

Registre-se que, nos termos do art. 5º, I, da Lei nº 12.850/13, é direito do colaborador ‘usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica’.

Neste particular, dispõe o art. 7º da Lei nº 9.807/99:

‘Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais,

ADI 5508 / DF

sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.'

Ora, se um dos objetivos do programa de proteção é conferir meios de subsistência ao colaborador e a sua família, impondo ao Estado o dever de fornecer-lhe residência e ajuda financeira mensal, possibilitar-se que o colaborador permaneça com determinados bens ou valores mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação.

Em suma, não soa desarrazoado que o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé.

Ademais, essa cláusula patrimonial somente produzirá efeitos se o agente colaborador cumprir **integralmente** a obrigação por ele assumida no acordo, quando, então, terá direito subjetivo a sua aplicação."

Como se observa, a partir de uma **interpretação sistemática**, baseada, ademais, nas próprias medidas de proteção que a lei confere ao colaborador, é legítimo que o acordo de colaboração disponha sobre questões patrimoniais relacionadas ao proveito por ele auferido com a prática dos crimes.

Nesse contexto, da minha óptica, **o recurso às fórmulas convencionais "redução de pena" e "mitigação de pena" legitima a**

ADI 5508 / DF

estipulação, ao juízo discricionário do Ministério Público, de sanções premiais, desde que compatíveis com nosso ordenamento jurídico e não violem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Por fim, a proposta do benefício do não oferecimento de denúncia (imunidade), previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13, deve ser reservada exclusivamente ao Ministério Público, por derivar diretamente da titularidade da ação penal pública que lhe foi constitucionalmente outorgada.

Com efeito, como a autoridade policial poderia dispor do oferecimento da denúncia, se não é titular da ação penal pública?

De toda sorte, parece-me não haver divergência a esse respeito, tanto mais que o próprio art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13, ao tratar da imunidade, somente se refere ao Ministério Público.

Com essas considerações, julgo parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para o fim de:

i) dar interpretação conforme ao art. 4º, § 2º, da Lei nº 12.850/13, para assentar a legitimidade da autoridade policial para, diante da relevância da colaboração prestada, representar, nos autos do inquérito policial, ao juiz para a concessão de perdão judicial ao colaborador, ouvido previamente o Ministério Público;

ii) dar interpretação conforme ao art. 4º, § 6º, da Lei nº 12.850/13, para assentar a legitimidade da autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada, desde que nas condições de sua proposta (art. 6º, II, Lei nº 12.850/13) somente figurem, de modo genérico, as sanções premiais expressamente previstas no art. 4º, **caput** e § 5º, da Lei nº 12.850/13 a que poderá fazer jus o colaborador, a critério do juiz, em razão da efetividade de sua cooperação, exigindo-se, antes de sua homologação, a manifestação, sem caráter vinculante, do Ministério Público.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL - ADPF

ADV.(A/S) : ANTÔNIO TORREÃO BRAZ FILHO (0009930/DF)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL -
FENADEPOL

ADV.(A/S) : LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO (15411/DF)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF

ADV.(A/S) : RUDI MEIRA CASSEL (DF022256/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO
- ADPESP

ADV.(A/S) : ISIS TAVARES DOS SANTOS VAICHEN (250035/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando improcedente o pedido, e os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, julgando parcialmente procedente o pedido, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Falaram: pela requerente, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - ADPF, a Dra. Larissa Benevides Gadelha Campos; e, pelo *amicus curiae* Federação Nacional dos Policiais Federais - FENAPEF, o Dr. Rudi Meira Cassel. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.12.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dogde.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

14/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) -
Presidente, no introito do voto, lancei:

Tem-se dispositivos legais que versam a atuação do delegado de Polícia na delação premiada. O exame da questão constitucional é de relevância jurídica, considerada a necessidade de fixar as balizas concernentes à atuação da autoridade policial em instrumento jurídico destinado a viabilizar investigações, elucidando práticas delitivas relacionadas ao crime organizado.

Soma-se a essa parte do voto, a essa compreensão da controvérsia, dispersão, para mim inusitada, na votação até aqui ocorrida.

Devemos buscar, tanto quanto possível, o Supremo como realmente é, com todas as cadeiras ocupadas. O tema, na quadra vivenciada, em termos de interesses maiores da sociedade brasileira, está a exigir essa compreensão, ou seja, compreensão direcionada a ter-se pronunciamento do Supremo com todos os integrantes presentes – e dois estão afastados por período delimitado.

Por isso, formalizo a proposição de adiar-se, para o início do Ano Judiciário de 2018, a conclusão deste julgamento.

14/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

VOTO
(s/ proposta)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: De acordo com a proposta formulada pelo eminente Ministro Relator.

É o meu voto.

14/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/ PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu só gostaria de fazer um breve comentário, Presidente, nenhuma objeção, pelo contrário, eu acho que tem toda pertinência.

É que ontem saí daqui intrigado e fui obter, Ministros Celso e Marco Aurélio, um modelo de acordo de como a Polícia costuma propô-lo, um pouco para sintonizar o que nós estávamos discutindo em abstrato. E constatei que o modelo que a Polícia tem usado é este de representar, de apresentar uma sugestão. Como vamos passar alguns meses até lá, apenas para dizer que do jeito que está não me parece incompatível com o que eu penso seja o entendimento da maioria que vai se formando. Olha o que diz o item chamado "dos benefícios", Presidente:

O colaborador está ciente que, a depender da efetividade e da eficácia da colaboração dos resultados atingidos, e, em caso de condenação, a critério do respectivo juízo competente, poderá se beneficiar alternativamente com o perdão judicial, com a redução de dois terços da pena privativa de liberdade ou com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Portanto, de uma forma genérica, meramente apresentando a possibilidade e deixando a critério do juiz. Do jeito que está, apenas para que não fique a Polícia achando que não pode, pelos próximos meses, fazer acordos. Acho que pode nos termos que vinha fazendo, até que o Tribunal se manifeste.

Apenas com essa observação, não é nenhuma ressalva, eu estou de pleno acordo com o encaminhamento que foi dado.

14/12/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Indago a Vossa Excelência, Senhora Presidente, se o julgamento deverá ocorrer nas primeiras sessões plenárias de fevereiro de 2018.

Desejo registrar que estou preparado **para proferir, mesmo na presente sessão**, o meu voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Sim, vou modificar e imediatamente farei isso, assim que houver a certeza da presença de todos.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É realmente importante que se possa concluir logo o julgamento da presente causa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Pela ordem.

Quer dizer, vamos suspender pela eminência do tema e ausência do quórum. Mas, para nós, é realmente imperdível a manifestação do Decano, já que, ontem, não teve tempo de fazê-lo. Se puder se manifestar na Sessão de hoje, depois, suspende-se, porque, na verdade, se nós levamos....

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Seria interessante os dois ausentes ouvirem o decano.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Como afirmei, **estou com o meu voto pronto** para ser proferido na data de hoje.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque nós teremos de indicar pela dispersão de voto.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Noto que o Plenário **deliberou adiar** a conclusão do presente julgamento, **desde que, segundo entendo, tal ocorra logo nas primeiras sessões plenárias** de fevereiro de 2018.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não, farei isso, apenas consultando os três Ministros, uma vez que também voto após Vossa Excelência. E, assim que tiver a segurança da presença de todos nós quatro, farei isso de imediato.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL
- ADPF

ADV.(A/S) : ANTÔNIO TORREÃO BRAZ FILHO (0009930/DF)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL
- FENADEPOL

ADV.(A/S) : LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO (15411/DF)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF

ADV.(A/S) : RUDI MEIRA CASSEL (DF022256/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO
PAULO - ADPESP

ADV.(A/S) : ISIS TAVARES DOS SANTOS VAICHEN (250035/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando improcedente o pedido, e os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, julgando parcialmente procedente o pedido, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Falaram: pela requerente, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - ADPF, a Dra. Larissa Benevides Gadelha Campos; e, pelo *amicus curiae* Federação Nacional dos Policiais Federais - FENAPEF, o Dr. Rudi Meira Cassel. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.12.2017.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolhendo proposta do Relator, deliberou adiar o julgamento, para sua continuação na presença de todos os integrantes da Corte. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.12.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias

Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Bem examinados os autos, verifico, inicialmente, que o objeto da presente ação direta proposta pela Procuradoria-Geral da República, ao impugnar o § 2º e § 6º do art. 4º da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, diz respeito, em síntese, à legitimidade de a autoridade policial celebrar acordo de colaboração premiada.

Constato, ainda, que, iniciado o julgamento em 13 de dezembro de 2017, após o pronunciamento do Relator, Ministro Marco Aurélio, pela improcedência do pedido, foram proferidos outros seis votos pela parcial procedência da ação, alguns dos quais com fundamentos diversos e compreensões distintas quanto ao limite ou alcance da atividade negocial da polícia judiciária.

Noto, portanto, tratar-se de excelente oportunidade para que o Pleno desta Suprema Corte debata, uma vez mais, a complexa questão da colaboração premiada e possa evoluir, a partir da análise histórica e da experiência empírica haurida nos casos já submetidos a nossa apreciação, com firmes orientações para utilização desse importante instrumento de persecução penal.

Pois bem. Conforme os votos até aqui proferidos, ressalvadas certas distinções nos fundamentos e alcance, as divergências manifestadas ao voto do Relator partem do pressuposto, explícita ou implicitamente, de que acordo de colaboração premiada geraria direito subjetivo ao colaborador de obter os benefícios estipulados no pacto, caso se cumpra as obrigações ali assumidas, sob pena de ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, estando assim o julgador vinculado a implementar a sanção premial negociada, na linha do

ADI 5508 / DF

entendimento exposto pelo Ministro Dias Toffoli no HC nº 127.483/PR (destaco, por oportuno, que embora a unanimidade de votos em relação ao resultado proposto neste *habeas corpus*, vários Ministros registraram ressalvas quanto aos fundamentos desenvolvidos pelo Relator).

No entanto, *data maxima venia*, não partilho desse entendimento, porquanto penso que a decisão homologatória de colaboração premiada, proferida em exame precário e efêmero, sem qualquer exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, jamais poderia vincular o órgão julgador, sobretudo no que diz respeito aos aspectos da legalidade *lato sensu*, compreendidas aí questões constitucionais e de ofensa à legislação ordinária que regem esse instituto de investigação criminal.

Destarte, com o devido respeito aos entendimentos manifestados nos votos divergentes, adianto que, desde logo, em meu sentir, os fundamentos lançados no substancioso voto do Ministro Marco Aurélio mostram-se insuperáveis e conduzem à improcedência do pedido.

Com efeito, conforme já tive a oportunidade de assentar em recentes decisões (Pet 6.363/DF e Pet 7.265/DF) e na esteira do voto que proferi há quase uma década no HC 90.688/PR, tenho que a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova introduzido na legislação brasileira por inspiração do sistema anglo-saxão de justiça negociada. No entanto, deve-se ponderar que o arcabouço processual penal brasileiro, de matriz romano-germânica, guarda profundas diferenças estruturais em comparação com seu equivalente anglo-saxão.

Relembro, nesse particular, que a estruturação dos sistemas romano-germânico e anglo-saxão remonta, historicamente, ao século XIII, quando a Inglaterra e a Europa continental desenvolveram diferentes sistemas jurídicos no lugar das práticas prevalentes no Império Romano do Ocidente (LANGER, Máximo. *From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal*

ADI 5508 / DF

procedure. Cambridge: *Harvard International Law Journal* 1, v. 45, 2004, p. 18).

Segundo Langer, com a evolução separada, e também sob o influxo de diferentes colonizações, esses sistemas passaram a se diferenciar não apenas quanto à distribuição de poderes e responsabilidades entre seus principais atores, o juiz ou júri, o promotor e o defensor, mas, de forma diametralmente opostas, como duas culturas legais diversas, com concepções distintas sobre como os casos criminais devem ser processados e julgados, além de apresentarem diferentes estruturas de interpretação e significado (LANGER, M., *op.cit.*, p. 10).

Uma das diferenças centrais desses sistemas consiste em que o anglo-saxão concebe o processo criminal como um instrumento para reger disputas entre duas partes (a acusação e a defesa), perante um juiz, cujo papel é eminentemente passivo, ao passo que o romano-germânico entende a ação penal como uma forma de apuração oficial dos fatos, a qual tem por finalidade lograr a apuração da verdade. Neste último, tradicionalmente, o responsável pela acusação também é visto como um guardião da lei e do interesse público, e não como mero agente estatal interessado na condenação (DAMASKA, Miriam R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process* . New Haven: Yale University Press, 1986, p. 3).

Tal modelo estruturou-se sobre uma profunda crença no papel do juiz como responsável pela busca da verdade real. Por isso, institutos arraigados no sistema anglo-saxão, como a admissão de culpa (*guilty plea*) não encontram amparo no sistema romano-germânico, no qual a confissão do acusado é possível, porém, não sua admissão de culpa, como forma de finalização do processo (DAMASKA, Miriam R., *op.cit.* , p. 2).

Em razão disso, a ampla discricionariedade do titular da ação penal mostra-se mais compatível com o sistema anglo-saxão do que com o

ADI 5508 / DF

modelo romano-germânico, porque, naquele, a acusação, como parte interessada, pode entender que determinada controvérsia não é digna de uma persecução penal.

De outro lado, na metodologia romano-germânica, o núcleo essencial do processo consiste em apurar, por meio de uma investigação oficial e imparcial, se um determinado crime ocorreu e se o acusado foi o responsável por sua prática. Nesta sistemática, não há lugar para a ampla discricionariedade por parte do órgão acusador (LANGER, Máximo, *op.cit.*, p. 21-22).

É por essa razão que, na justiça negociada estadunidense, por meio do instituto do *plea bargaining*, há a possibilidade de acusação e defesa negociarem, em fase preliminar da ação penal, os termos em que se dará a responsabilização penal (*guilty plea*) e, durante o julgamento, ajustarem a extensão da culpabilidade (*charge bargaining*) e a dosimetria e imposição da pena, bem como seu respectivo cumprimento (*sentencing bargaining*).

Já no sistema processual penal italiano, encontramos o *patteggiamento sulla pena*, em que o “acordo” sobre a sanção não ultrapassa o mero pedido das partes para que o juiz aplique a medida negociada, consistente em pena atenuada ou substitutiva de prisão, entre outras alternativas previstas em lei, como forma de alcançar-se uma resolução mais célere do procedimento. Neste modelo, como visto, a despeito da possibilidade de negociação entre as partes, os limites dessa atuação comercial são mais estreitos em relação ao previsto no sistema norte-americano.

Ressalto, por conveniente, que as crenças e disposições individuais ou coletivas de determinado sistema jurídico têm papel importante quando se analisa um instituto de inspiração estrangeira, porquanto existem interações de tais elementos, no interior de cada sistema, que não podem ser ignoradas, sob pena de prejuízo à sua coerência. Os

ADI 5508 / DF

fundamentos de um dado sistema equivalem, portanto, a verdadeiras lentes hermenêuticas, mediante as quais os seus institutos jurídicos devem ser interpretados.

Em nosso ordenamento, a existência de normas legais sobre benefícios a réus colaboradores na atividade de persecução penal remonta às Ordenações Filipinas, de 1603, posteriormente revogada pelo Código Criminal do Império, em 1830. Já na vigência da República, essa figura encontra previsão na: (i) Lei 7.492/1986, que dispõe sobre os crimes contra o sistema financeiro; (ii) Lei 8.072/1990, que regulamentou os crimes hediondos; (iii) Lei 8.137/1990, que prevê os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; (iv) Lei 9.034/1995, já revogada e que estabelecia os meios de investigação de organizações criminosas; (v) Lei 9.613/1998, que dispõe sobre a lavagem de capitais; (vi) Lei 9.807/1999, que prevê a proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores; (vii) Lei 10.409/2002, já revogada e que dispunha acessoriamente sobre drogas; e (viii) Lei 11.343/2006, denominada Lei de Drogas.

Contudo, nessas leis esparsas, as regras sobre o procedimento da colaboração, os agentes participantes, os limites e outros aspectos relevantes não se mostravam claros, de forma que, a inexistência de precisão e a ausência de experiência dos agentes públicos no trato com o instrumento conduziram à nulidade de certas investigações e ao desuso da colaboração premiada, dada a insegurança jurídica que circundava sua utilização.

Foi apenas recentemente, com a entrada em vigor da Lei 12.850/2013 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, e cujo art. 4º, § 2º e § 6º, compõe o objeto da presente ação), que a colaboração premiada recebeu tratamento mais específico, com melhor organização e regulamentação do instituto, tornando seu uso mais

ADI 5508 / DF

frequente.

É imprescindível, no entanto, atentar-se para a perfeita compatibilização desse ato negocial com o princípio da obrigatoriedade ou necessidade da ação penal, em que o processo figura como verdadeiro instrumento de efetivação das garantias constitucionais, na medida em que se apresenta como caminho necessário para aplicar-se legitimamente a pena, mediante observância das regras e garantias constitucionalmente asseguradas.

Outrossim, necessário destacar que, diversamente do que se costuma afirmar, o sistema penal pátrio vigente não contempla o Ministério Público como detentor da pretensão punitiva (*ius puniendi*), mas sim da pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), consistente no direito potestativo de imputar a alguém a suposta prática de infração penal perante o Estado-juiz, a fim de aferir sua real existência sob o pálio do contraditório e da ampla defesa.

A pretensão punitiva, a seu turno, consubstancia-se no poder de aplicar-se efetivamente sanção a alguém que teve sua responsabilidade penal reconhecida por meio de um procedimento, com todas as garantias a ele inerentes. Trata-se do próprio direito de punir do Estado, que apenas exsurge após o exercício da pretensão acusatória, ao final da marcha processual, constituindo o processo penal meio necessário e adequado para concretização do direito material, ou seja, único instrumento pelo qual o Estado pode efetivar o seu direito de punir.

Saliento, a propósito, que a própria Constituição Federal estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assim como ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LIV e LXI, da CF).

ADI 5508 / DF

Cuida-se, pois, da garantia constitucional do devido processo legal, em que a instauração de um procedimento criminal apresenta-se como verdadeiro instrumento democrático de proteção ao cidadão, a impedir o arbítrio, limitar o poder punitivo estatal e a tutelar das garantias constitucionais do acusado.

Não há, portanto, em nosso modelo constitucional, cogitar-se em imposição de pena sem a deflagração e existência de um processo válido (*nulla poena sine iudicio*).

E esse poder punitivo estatal, entre nós, é exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário.

Como efeito, o Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de um processo penal e, ao final, de uma sentença condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado.

Tal modelo, ademais, decorre da opção do constituinte originário em adotar o sistema acusatório, em que há nítida separação das atividades de acusar e julgar, como reconhecido por esta Suprema Corte ao julgar a ADI 5.104 MC/DF. Confira-se, a propósito, parte da respectiva ementa e excerto do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso:

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

[...]

2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação

ADI 5508 / DF

rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.

[...]

VOTO

[...]

III. Uma premissa teórica: a opção constitucional pelo sistema acusatório

8. Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório - e não pelo sistema inquisitorial - criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional.

9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento. Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, evitando ou atenuando o risco de que se formem pré-compreensões em qualquer sentido. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da

ADI 5508 / DF

inércia jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar.

10. Em segundo lugar, o sistema acusatório busca promover a paridade de armas entre acusação e defesa, uma vez que ambos os lados se encontram dissociados e, ao menos idealmente, equidistantes do Estado-juiz. Nesse contexto, cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível, de modo a convencer o julgador da consistência de suas alegações. Afasta-se, assim, a dinâmica inquisitorial em que a figura do juiz se confunde com a de um acusador, apto a se valer do poder estatal para direcionar o julgamento quase sempre no sentido de um juízo condenatório.

11. Esse conjunto de ideias encontra forte amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando-se numerosos precedentes em que a Corte assentou a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e o caráter limitado de que deve se revestir a interferência judicial sobre a condução das investigações. Nessa linha, a título de exemplo, a jurisprudência consolidou o entendimento de que é vinculante o pedido de arquivamento do inquérito efetuado pelo Procurador-Geral, que o juiz não pode determinar o oferecimento de denúncia ou o seu aditamento, nem tampouco realizar diligências investigatórias por conta própria. Esse quadro não se altera nem mesmo nos casos em que o inquérito se desenvolve desde logo perante o Judiciário, por força da existência de foro por prerrogativa de função. Mesmo nessa situação peculiar, o relator não assume a direção do inquérito, limitando-se a acompanhar os procedimentos e a decidir sobre a admissibilidade das medidas sujeitas à reserva de jurisdição.

12. Em suma, o sistema acusatório estabelece determinadas balizas para os procedimentos de investigação criminal, que devem ser desenvolvidos ordinariamente pela autoridade policial sob a supervisão do Ministério Público. Ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos

ADI 5508 / DF

específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual.” (grifei)

Já no que se refere aos requisitos de regularidade e legalidade da colaboração premiada, e mais especificamente quanto ao conteúdo das cláusulas nela acordadas, vale acentuar que ao Poder Judiciário cabe apenas o juízo de compatibilidade entre a avença pactuada entre as partes com o sistema normativo vigente, conforme decidido na Pet 5.952/DF, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, *verbis*:

“[...]”

Afirmada a competência, examino o pedido de homologação. A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.

A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com anuência de seus advogados, conforme demonstra a mídia juntada aos autos. À regularidade da documentação apresentada pelo Ministério Público se soma a legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013. Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema

ADI 5508 / DF

normativo. Sob esse aspecto, o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da expressão “renúncia” à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, constante no título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, devendo ser interpretada com a adição restritiva “ao exercício” da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins.”

Por tal razão, tenho que a decisão homologatória de colaboração premiada, porquanto proferida em exame precário e efêmero, sem qualquer exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, jamais poderia vincular o órgão julgador no que diz respeito aos aspectos da legalidade *lato sensu*, compreendidas aí questões constitucionais e de ofensa à legislação ordinária que regem esse instituto de investigação criminal.

Com efeito, quando da homologação do acordo, o magistrado realiza um exame perfunctório, de mera delibação, único possível em tal fase embrionária da persecução penal, não sendo lícito às partes contratantes fixar, de forma antecipada, com efeito vinculante e em substituição ao Poder Judiciário, por exemplo, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador.

Nesse sentido:

“[...]”

Cumprir registrar que a decisão de homologação do termo de colaboração premiada faz juízo sobre sua “regularidade, legalidade e voluntariedade” (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013). Assim, não há, no ato de homologação, exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo. Nesse mesmo sentido: HC

ADI 5508 / DF

127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27-8-2015. **É na sentença, ademais, que o juiz examinará a própria eficácia de acordo, segundo expressamente estabelece a lei de regência.** (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 11).” (Pet 5.733/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI). (grifei)

Quanto ao particular, sublinho que o próprio preceito legal que rege a colaboração premiada é expresso ao conferir **somente ao juiz a faculdade de, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos** daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados descritos nos incisos do art. 4º do diploma legal em questão.

Ou seja, da própria dicção do art. 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013, não se infere a possibilidade de as partes negociarem a quantidade ou espécie de pena a ser imposta ao agente colaborador, sendo clara a norma ao atribuir exclusivamente ao magistrado o poder de reduzir a sanção privativa de liberdade até certo patamar, substituí-la por restritiva de direitos ou mesmo conceder o perdão judicial.

O mesmo diga-se em relação ao regime de cumprimento da pena, o qual deve ser estabelecido pelo magistrado competente, nos termos do disposto no art. 33 e seguintes do Código Penal, como também no art. 387 do Código de Processo Penal, os quais configuram normas de caráter cogente, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração, sob pena de violação tanto do princípio do livre convencimento motivado do julgador quanto da individualização da pena.

Ainda, ao exigir que tais benefícios decorram de "requerimento das partes", **a norma erige a colaboração premiada a *condicio sine qua non* ao conhecimento e à concessão, pelo magistrado, da sanção premial**

ADI 5508 / DF

proposta. Ou seja, a existência do acordo emerge como condição de cognoscibilidade, ao Estado-juiz, dos benefícios legais nele pactuados, sendo, portanto, vedado ao magistrado aplicá-los de ofício.

Ademais, clara é a norma ao dispor que, **“em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”** (Lei 12.850/2013, art. 4º, §1º), análise que, por evidente, compete ao magistrado no momento da sentença.

Outrossim, o § 11 do mesmo art. 4º não deixa margem a nenhuma dúvida ao estabelecer que **“a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.”**

Quanto ao tema, em elogiável artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intitulado *Barganha e Pretensão Acusatória: Breves Considerações*, Vitor Paczek Machado, aponta que

“[...] Partindo do modelo trifásico de aplicação da Pena (pena-base, temporária e definitiva) o 4º da Lei no 12.850/13 exala direta e imbricada relação com o método disposto. Disso, é permitido concluir que do próprio preceito normativo não se extrai a possibilidade de negociar o quantum de pena nem o regime imposto, devendo ser ato exclusivo do juízo; somente ao juiz é dado reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade, substituir por restritiva de direitos ou conceder o perdão judicial, a requerimento das partes.

O próprio artigo 41 do Código de Processo Penal demarca, satisfatoriamente – ao menos no plano normativo, exigindo controle de eficácia das limitações e exigências legais através do poder judiciário –, o exercício da pretensão acusatória. Em que pese na denúncia deva conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a

ADI 5508 / DF

classificação do crime, não é exigido que a acusação expressamente solicite a imposição de determinada quantidade de pena ou que proponha determinado regime; na verdade, trata-se de exigência do princípio da individualização da pena – a 'minha' pena –, à luz do livre convencimento motivado.

Ademais, não estaria no âmbito de negociação a pena a ser aplicada, porque conforme fora sustentado o acusador tem o poder de acusar e não de punir; logo não está ao alcance dele a forma e o grau de reprovabilidade de como punir, somente, frise-se, o direito de proceder na acusação – *ius ut procedure*. Outrossim, representaria condenação antecipada estipular sanção já no momento do acordo.

Evidente que a negociação no processo penal não seria eficiente, caso se sonegasse o que mais interessa: a sanção a ser aplicada; entretanto, tal negociação deve ser limitada à estipulação de cláusulas de redução – minorantes. Tal como na tentativa ou nos crimes privilegiados, a imputação seria deduzida com a ressalva de diminuição da pena.

Até porque um acordo não pode conduzir de forma autônoma e automática à conclusão sobre a culpabilidade do colaborador sem que o poder judiciário livremente se convença da justeza desta; é exatamente por isso que não se pode negociar a pena, por ser decorrência da concretização de uma condenação. Por isso, pensamos que o acordo limitaria, inclusive, o âmbito de cognição de eventual recurso, sendo somente a determinação da espécie e da medida concreta da pena objetos do reclamo, caso haja estrita observância da validade de todo procedimento anterior.

Lucidamente Dias adverte que “um acordo sobre a medida concreta da pena não pode ser considerado admissível, pois que tal significaria uma violação do princípio da culpa”; seria inverter a lógica das coisas, impondo pena sem sentença prolatada, esvaziando até mesmo o princípio da necessidade, ou seja, do processo penal como caminho necessário à aplicação da pena.

Estabelecer limites máximos e mínimos de sanção seria

ADI 5508 / DF

dar demasiado poder ao órgão acusador. Se no modelo democrático o poder não é dado ou presumido, senão que precisa de constante legitimação, acreditar, tal como deduz Dias – de que o acordo poderia fixar um máximo e um mínimo de pena a ser aplicada, devendo limitar a atuação do judiciário nesse interregno –, significa invalidar o conteúdo normativo, traduzindo perigoso campo de autonomia do acusador. Basta imaginar a limitação da pena em 01 ano e 06 meses – mínima – e 01 ano e 07 meses – máxima. Esvaziaria bruscamente a atuação das demais instituições, com excessiva acumulação de poder de quem só poderá exercer a pretensão acusatória.

Nem mesmo o acordo sobre qual o regime de cumprimento da pena poder-se-ia estabelecer, ao passo que obstaria no campo de poder do Ministério Público anteriormente denunciado – que dispõe, exclusivamente, da pretensão acusatória –, para além de representar, tal como na fixação das balizas da pena, incontrolável excesso de atuação.

Ademais, refletiria, também, crise de legalidade, pois configuraria confusão entre a formação do tipo (que detêm a pena específica) com a aplicação do direito penal – ou do Ministério Público com o Poder Legislativo.

Exauriria a forma – e naturalmente o seu conteúdo – do processo como método possível de ser controlado, ao passo que o poder do Ministério Público com “maior ou menor interesse no acordo fazem com que princípios como os da igualdade, certeza e legalidade penal não passem de ideias historicamente conquistados e sepultados pela degeneração do atual sistema”.

Por tudo isso, à luz da pretensão acusatória, pode o Ministério Público negociar benefícios abstratos, posteriormente concedidos pelo Poder Judiciário, tal como quando imputa um crime tentado ou privilegiado; não pode, assim, negociar a quantidade de pena imposta, tampouco o regime de cumprimento, por serem circunstâncias que fogem ao seu âmbito de poder, além de representar excesso de atuação e a crise de legalidade – pela confusão entre formação do tipo (considerando a pena elemento deste) com a aplicação do

ADI 5508 / DF

direito penal pelo processo. É o preço a ser pago no sistema acusatório democrático, onde além de não se ter aglomeração de poder, há separação abissal entre as funções de julgar e acusar.” (*Barganha e Pretensão Acusatória: Breves Considerações*)

Destarte, na hipótese, o exercício de hermenêutica impõe, em juízo de ponderação e razoabilidade, a preponderância da inafastabilidade da jurisdição e do livre convencimento motivado do julgador, ambos de índole constitucional (art. 93, IX e art. 5º, LIV e LXI, ambos da CF), de maneira a afastar qualquer interpretação que albergue o sentido de vincular o magistrado aos termos do acordo homologado, o qual pode, portanto, deixar de conceder os benefícios da forma como estipulados no instrumento de colaboração.

Conforme já pronunciei-me inúmeras vezes, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Constituição da República possui força normativa suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à criminalidade, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais. Isso porque não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas, sim, com amparo nela.

Outrossim, importa destacar que a homologação judicial da colaboração, por si só, não gera eficácia imediata ao acordo de colaboração, mas apenas lhe atribui aptidão para ser eficaz, isto é, ao atestar a regularidade, legalidade e voluntariedade da colaboração, o Poder Judiciário tão somente reconhece que o pacto afigura-se idôneo e adequado para que possa vir a produzir efeitos materiais, sendo a sentença o *locus* adequado em que o juiz examinará a própria eficácia de

ADI 5508 / DF

acordo, **segundo expressamente estabelece o art. 4º, § 11, da Lei 12.850/2013.**

Tal aspecto reforça a natureza condicional do pacto, na medida em que a implementação dos benefícios deverá levar em conta, **“em qualquer caso, a personalidade o colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”** (Lei 12.850/2013, art. 4º, §1º).

Ou seja, como já assentado pelo STF, a homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de delibação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador.

Dessa forma, não havendo, no ato de homologação, exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados e, uma vez que é esse conteúdo que definirá os benefícios a serem outorgados ao colaborador, jamais poderia o juiz estar a eles vinculado.

Portanto, como ocorre em qualquer ato jurídico negocial, a vinculação opera somente entre as partes contratantes, ou seja, obriga somente o proponente e o oblato (*res inter alios acta, allis nec prodest nec noce*).

Entretanto, como indica a própria lei, não poderá o magistrado desconsiderar o acordo homologado no momento da sentença ou criar embaraços imotivadamente para sua aplicação, devendo sopesá-lo conforme o grau de eficácia da colaboração efetivamente prestada pelo agente e, fundamentadamente, aplicar os benefícios que se lhe afigurarem adequados a partir do cotejo com a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e da repercussão social do fato criminoso.

ADI 5508 / DF

Vale dizer, o juiz não está livre para simplesmente ignorar a sanção premial negociada e homologada, cabendo-lhe afastar a aplicação do benefício ajustado caso a colaboração não se mostre eficaz ou o prêmio afigure-se inadequado ao caso concreto, considerada as mencionadas circunstâncias judiciais, sempre de forma motivada. Em tal hipótese, colaborador e Ministério Público poderão buscar a integralidade dos benefícios nas instâncias superiores, pelas vias recursais.

Dessa forma, entendo que o acordo de colaboração premiada guarda dúplici natureza: uma instrumental e outra material, porquanto consubstancia, ao mesmo tempo, meio de obtenção de prova e condição de cognoscibilidade, pelo Estado-juiz, dos benefícios legais nele pactuados.

Isto é, cuida-se tanto de negócio jurídico processual, formalizado entre as partes, com vistas à obtenção de prova sobre determinado fato criminoso, em que constam previsões – ou, melhor, sugestões – de benefícios a serem concedidos em favor do agente colaborador, gerando apenas expectativa de direito na obtenção desses; quanto de instrumento indispensável ao conhecimento e implementação dos prêmios (perdão judicial, redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituição por restritiva de direitos), pelo julgador ao colaborador, no momento da sentença, a depender das circunstâncias judiciais e a eficácia da colaboração.

Em síntese, por força do modelo constitucional vigente, cabe ao órgão julgador, e apenas a ele, quando do julgamento da ação penal, examinar todos os fatos e circunstâncias da conduta criminosa, bem como o grau de eficácia da colaboração prestada pelo agente para, motivadamente, decidir qual pena e respectivo regime de cumprimento afiguram-se adequados ao colaborador no caso concreto.

ADI 5508 / DF

Pois bem. Fixadas tais premissas, especificamente quanto à possibilidade de a autoridade policial participar da negociação premial, à vista do disposto no art. 144 da Constituição Federal – que estabelece incumbir precipuamente à Polícia a atividade de investigação criminal, e sendo a colaboração premiada meio de obtenção de prova (e não meio de prova), como já assentado por essa Corte – **penso não que não se pode manietar a atividade policial da utilização desse qualificado instrumento de persecução penal.**

Nesse sentido, importa considerar que a colaboração premiada, regulada pela Lei 12.850/2013, em homenagem ao princípio da eficiência, traduz aprimoramento da atividade de investigação criminal, sobretudo para a desarticulação da criminalidade organizada, com vistas à obtenção de resultados concretos no esclarecimento de delitos por ela praticados, tais como identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, de modo que **não pode a polícia judiciária prescindir, ficar tolhida ou mesmo limitada na utilização desse importante instrumento.**

Portanto, justamente por não constituir meio de prova e inserir-se no contexto da atividade típica de polícia judiciária, no interesse da persecução penal, penso que a autoridade judicial pode perfeitamente lançar mão da colaboração premiada, pois, ao celebrar o acordo nos termos do § 2º e § 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013, não estará extrapolando os limites da atividade de investigação criminal. Como já mencionado, este ato negocial não tem o condão de interferir, limitar ou mesmo obstar o exercício da pretensão acusatória, tampouco interditar o direito de punir do Estado.

ADI 5508 / DF

Nem mesmo a previsão de perdão judicial em acordo celebrado pelo delegado de polícia será causa impeditiva do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, na medida em que, conforme já assentado, a implementação de todo o qualquer benefício impescinde da deflagração de ação penal e, ao final, de decisão judicial.

À vista da natureza da colaboração premiada, considerando que o negócio jurídico vincula apenas as partes contratantes, tenho que a única diferença existente entre o acordo celebrado pelo Ministério Público e aquele levado a efeito pela Autoridade Policial diz respeito às consequências processuais que o ajuste produzirá em Juízo.

Isso porque aquele celebrado entre o agente colaborador e o *Parquet* acaba por obrigar o órgão acusador, titular da ação penal, a honrar em Juízo o que se contém no pacto, pleiteando a aplicação de todos os benefícios ajustados e requerendo a responsabilização penal do colaborador nos limites do quanto negociado. Ou seja, fica o Ministério Público impedido de pugnar condenação para além do que consta do acordo, em qualquer grau de jurisdição, não havendo cogitar-se, *data venia*, em eventual insegurança jurídica, violação à boa-fé ou ferimento à proteção da confiança.

De outro lado, o ajuste celebrado com a Polícia Judiciária não tem o condão de vincular o Ministério Público a seus termos, salvo se a ele vier a manifestar concordância. Assim, caso o órgão acusador não assentir expressamente ao ajuste firmado entre colaborador e a autoridade policial, poderá pleitear em Juízo a responsabilização penal que entender adequada, dentro dos limites legais.

Note-se, portanto, que a existência de acordo de colaboração premiada celebrado pela Polícia em nada interfere na atuação do Ministério Público, que ficará sempre preservada. Ainda, a participação

ADI 5508 / DF

do Estado-acusação no acordo tampouco torna adequada a premiação, pois o implemento dos benefícios é da competência exclusiva do Estado-juiz.

Assim, não se pode considerar indispensável a presença do *Parquet* desde o início e em todas as fases da elaboração de acordos de delação premiada, bem como ter-se como obrigatório o vinculativo o parecer da instituição, como precisamente pontuou o Relator.

Portanto, com a devida vênia a entendimento contrário, penso que não se trata de possibilitar à autoridade policial ofertar benefícios que não poderá honrar, tampouco de obstaculizar o exercício da ação penal, mas apenas de conferir-lhe atribuição para instrumentalizar proposta a ser levada ao conhecimento do juízo, ouvido o Ministério Público, como condição a implementação daqueles prêmios no momento da sentença, a depender das circunstâncias judiciais e da eficácia da colaboração efetivamente prestada.

Por evidente, apenas quanto à cláusula de dilação de prazo para oferecimento de denúncia, prevista no § 3º da mencionada lei de regência – que não constitui o objeto desta ação direta – é que a autoridade policial não poderá dispor, por referir-se ao direito de ação de titularidade do *Parquet*.

Veja-se que apenas a iniciativa de celebrar colaboração premiada é que não se submete à reserva de jurisdição, porquanto, seja para atestar sua validade e gerar aptidão de produzir eficácia, por meio de homologação, seja para implementar os benefícios nela previstos, produzindo os efeitos concretos, impõe-se o inafastável pronunciamento judicial.

Outrossim, como bem registrado pelo Ministro Marco Aurélio em substancioso voto, “[...] A Constituição Federal, ao estabelecer

ADI 5508 / DF

competências, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos. A concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual interpretação de prerrogativas deve ser feita mediante visão global do sistema, sob pena de afastar a harmonia prevista pelo constituinte.”

Quanto ao particular, em interessante artigo internacional publicado sobre o tema, as professoras Lindsey Carson (Universidade John Hopkins) e Mariana Mota Prado (Universidade de Toronto) defendem pertinente ponto de vista segundo o qual a multiplicidade de instituições responsáveis pela responsabilização dos agentes pode ser uma estratégia eficiente para o combate à corrupção, na medida em que endereça tanto os fatores individuais como coletivos que contribuem para a prática de atos corruptos (CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. The Quarterly Review of Economics and Finance, v. 62, p. 56-65, 2016).

Segundo elas, o estabelecimento de novos equilíbrios institucionais em que prevaleça uma cultura de universalismo e imparcialidade deve ser construído de forma realista, levando-se sempre em consideração que estratégias radicais de reforma anticorrupção, conquanto possam ser desejáveis na teoria, são geralmente frustradas pela resistência que provocam e pela dependência histórica a determinados padrões (*path dependence*).

Nesse sentido, Lindsey Carson e Mariana Mota Prado defendem que resultados mais pragmáticos e efetivos podem ser alcançados por meio de concorrência interinstitucional, resultado da diversificação das instituições encarregadas de fiscalização, investigação ou punição de eventuais suspeitos, em que a atuação de cada uma delas reforça a das demais ao criar uma rede de responsabilização. Nesse contexto, sustentam que a multiplicidade pode produzir resultados potencialmente

ADI 5508 / DF

interessantes, como concorrência, colaboração, complementariedade e compensação. Tal diversidade pode, ainda, abrir vias paralelas para que o resultado final pretendido seja atingido.

As autoras afirmam, ainda, que, ao dispersar a responsabilidade pelo combate à corrupção, evita-se que uma única instituição venha a ser o alvo da resistência ao combate à corrupção endêmica. A concorrência institucional seria, para elas, a melhor estratégia para garantia do compromisso de continuidade desses esforços anticorrupção.

Ao analisar o caso brasileiro, essas autoras apontam que o fortalecimento institucional da Polícia Federal, levado a cabo, sobretudo, a partir do governo Lula (2003-2010), teve impactos positivos na atuação do Ministério Público Federal.

Destarte, como o instrumento da colaboração premiada volta-se, precipuamente, à investigação de coautores e partícipes envolvidos em uma dada organização criminosa, penso que a Polícia Federal não só detém as competências institucionais correspondentes a esta atuação, como já explicitiei acima, mas também que, ao reconhecer e legitimar a atuação de delegados de polícia para formalizar acordo de colaboração premiada, esta Corte estará contribuindo a fornecer os incentivos institucionais necessários e adequados para uma melhor atuação tanto do Ministério Público quanto da Polícia.

Concordo, assim, com o Relator, ao assentar que descabe centralizar no Ministério Público todos os papéis do sistema de persecução penal.

Com efeito, a despeito de esta Suprema Corte ter reconhecido possuir o *Parquet* poderes de investigação criminal, circunscritos a certos limites, não se pode monopolizar nas mãos desse único órgão as atividades de persecução penal, atuando como investigador – colhendo o material destinado a provar certo fato –, acusador – titular da ação penal

ADI 5508 / DF

–, e até julgador – definindo as sanções, regime de cumprimento e multas a vincularem o Juízo.

Registro, por fim, que a experiência recente no uso da colaboração premiada pelo Ministério Público revelou que a ausência de fiscalização do órgão no procedimento de formação do ajuste pode trazer resultados negativos e até vir a comprometer a validade do acordo, de modo a recomendar, também por isso, que a Polícia Judiciária atue, de forma concorrente, no uso desse instrumento de persecução penal.

Isso posto, peço vênua à divergência para acompanhar o voto do eminente Relator e julgar improcedente o pedido.

É como voto.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade postulando a declaração de inconstitucionalidade da expressão “e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público,” e da expressão “entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso”, constantes do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/13, ou, sucessivamente, para a atribuição de interpretação conforme a Constituição, “a fim de considerar indispensável a presença do Ministério Público desde o início e em todas as fases de elaboração de acordos de colaboração premiada e de considerar sua manifestação como de caráter obrigatório e vinculante”.

São apontados como parâmetro do controle de constitucionalidade diversos dispositivos da Constituição Federal (arts. 5º, LIV, 37, caput, art. 129, I, art. 129, § 2º, primeira parte e art. 144, §§1º e 4º). Em resumo, a tese é que, por força do art. 129, I, da CF, reforçado pelos demais dispositivos invocados, é função institucional privativa do Ministério Público promover a ação penal pública. Os dispositivos impugnados violariam essa função privativa, ao conferir à Autoridade Policial poder para firmar acordos de colaboração premiada e representar pelo perdão judicial dos colaboradores.

O Min. Marco Aurélio julga improcedente o pedido. Os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, julgaram procedente me parte o pedido, em diferentes extensões.

O Min. Alexandre de Moraes julga parcialmente procedente o pedido, para atribuir interpretação conforme a Constituição Federal ao § 2º do art. 4º, da Lei 12.850/13, no sentido de que o juiz somente poderá homologar acordo com a polícia que oferecer o perdão judicial se houver concordância do Ministério Público.

ADI 5508 / DF

O Min. Edson Fachin entende que o acordo de colaboração premiada só pode ser concluído pelo Ministério Público, muito embora o delegado de polícia possa negociar e o juiz possa atribuir efeitos à colaboração unilateral.

O Min. Roberto Barroso defende que o delegado de polícia pode concluir o acordo, em fase de investigação, mas que não pode negociar benefícios.

A Min. Rosa Weber entende que o acordo de colaboração concluído por delegado de polícia só poderá ser homologado se o Ministério Público concordar com a avença. Foi acompanhada pelo Min. Luiz Fux.

O Min. Dias Toffoli entendeu que o delegado pode concluir o acordo, mas que os benefícios são de aplicação privativa pelo magistrado.

Para apreciar a tese, é indispensável verificar se o pressuposto é verdadeiro. Ou seja, de fato, os dispositivos impugnados representam disposição sobre o poder de promover a ação penal pública.

Analiso, em separado, cada um deles.

Acordo de colaboração premiada

A lei estabelece que a “a formalização do acordo de colaboração (...) 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” – art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13.

Sustenta a Procuradoria-Geral da República que a formalização de acordo de colaboração pelo Delegado de Polícia, ainda que “com a manifestação do Ministério Público”, invade a função institucional privativa do Ministério Público para promover a ação penal pública. Apenas o Ministério Público, o dono da ação penal pública, poderia dela dispor.

Para acolher a tese, é preciso afirmar que o acordo de colaboração representa sempre disposição sobre a ação penal.

O acordo de colaboração premiada gera efeitos que estão

ADI 5508 / DF

indubitavelmente aquém de disposição sobre a ação penal. Com a celebração e homologação do acordo, o investigado passa a ser tratado como colaborador. Com isso, faz jus aos direitos especificados no art. 5º:

“Art. 5º São direitos do colaborador:

I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;

II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;

III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;

IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;

V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.”

De outro lado, o colaborador abre mão do direito ao silêncio e assume o compromisso de comparecer e dizer a verdade, em Juízo e perante órgãos de investigação – art. 4º, §§ 9º, 12 e 14.

Esses efeitos são previstos em lei e não representam disposição sobre a ação penal pública.

O problema apresenta-se quando se ingressa no campo da negociação do prêmio ao colaborador.

A lei prevê como possíveis sanções premiaias o perdão judicial ou a não propositura da ação penal – art. 4º, *caput* e §§ 2º e 4º – e o abrandamento da sanção penal – redução ou substituição da pena privativa de liberdade, abrandamento de regime prisional, art. 4º, *caput* e § 5º.

A negociação de tais efeitos pelo delegado de polícia representaria disposição sobre a ação penal pública e, portanto, ingresso na função institucional privativa do Ministério Público de promover a ação penal pública (art. 129, I, da CF).

ADI 5508 / DF

Ocorre que a lei prevê que a sanção premial é dosada e aplicada pelo juiz. Assim, o *caput* do art. 4º afirma que o “juiz poderá” conceder o “perdão judicial” ou a redução ou substituição da pena privativa de liberdade. O benefício será dosado levando em conta “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração ” (§ 1º).

Em última análise, a interpretação estrita da lei é no sentido de que os benefícios são aqueles previstos na legislação, os quais serão dosados pelo juiz em fase de julgamento.

Celebrado o acordo pelo delegado, não poderá ele especificar a sanção premial aplicável. Na melhor das hipóteses, o delegado poderia acordar que representará pela adoção de uma determinada sanção premial, sem com isso vincular o Ministério Público ou o Juízo. O delegado não é titular da ação penal, não pode sobre ela dispor.

Aliás, pela redação da lei, nem mesmo o Ministério Público pode chegar a tanto, muito embora essa praxe venha sendo adotada no âmbito do Ministério Público Federal. Abro um parênteses para registrar que o Pleno do STF, na Pet 7.074, rel. Min. Edson Fachin, julgada em 29.6.2017, não afirmou que o MP pode acordar sobre a sanção premial. A conclusão da Corte foi que uma vez homologado o acordo, tem ele efeito vinculante. Não se chegou ao ponto de assertar a legalidade de cláusulas não previstas em lei. Apenas deu-se eficácia preclusiva a sua homologação. Em outras palavras, não se disse que o juiz deve homologar acordo que dosa a sanção premial ou prevê benefício não previsto em lei; mas que, uma vez homologado, a sanção premial deve ser observado.

Em verdade, ao deliberar sobre a eficácia da decisão que homologa o acordo de colaboração, o STF debateu, ainda que de forma lateral, a questão das cláusulas ilegais. O Ministro Alexandre de Moraes mencionou que o acordo de colaboração está sujeito a uma “discricionariedade mitigada pela lei”. A legislação dá ao Ministério Público “as opções possíveis” a serem oferecidas ao agente colaborador. Na mesma linha, o Ministro Edson Fachin ressaltou que o acordo “é regido por normas de direito público”, as quais delimitam “o espaço de

ADI 5508 / DF

negocial acerca dos benefícios que serão ofertados ao colaborador”. Ao que observo, apenas o Min. Roberto Barroso manifestou-se claramente pela possibilidade do Ministério Público acordar sobre benefícios não previstos em lei, afastando a obrigatoriedade da ação penal.

Surge então a questão: pode o delegado firmar acordo prevendo a aplicação de sanção premial nos limites estabelecidos pela lei, a ser dosada pelo juiz?

Não vislumbro maiores problemas nisso. A sanção premial tem natureza penal, benéfica ao acusado. Normalmente, normas desse tipo podem ser aplicáveis contra a vontade da acusação. Parte da doutrina usa esses pressupostos para admitir benefícios ao “colaborador informal”, acusado que, muito embora não firme acordo de colaboração, colabora de fato, alcançando os resultados dos incisos do art. 4º.

A controvérsia doutrinária quanto aos benefícios ao “colaborador informal” só existe porque a lei exige requerimento das partes para a aplicação dos benefícios – art. 4º, *caput*. Não há dúvida de que a lei poderia prever a aplicação apenas com requerimento da defesa, na medida em que se trata de norma penal material, com pressupostos de aplicação bem definidos.

Sendo assim, tampouco parece haver maior dúvida de que a colaboração formal, mas formalizada com o delegado de polícia, com manifestação do Ministério Público (§ 6º), enseja a aplicação da sanção premial. Tratando-se de benefício previsto em norma penal material e benéfica, não está em jogo a prerrogativa do Ministério Público para propor a ação penal.

Venho defendendo que, com a legislação atual, o Ministério Público não pode negociar a sanção a ser aplicada. Ainda assim, não há dúvidas de que o poder de negociação do Promotor é maior do que aquele do delegado. O Promotor pode comprometer-se a requerer a aplicação de determinada sanção e a recorrer caso não suficientemente aplicada. O delegado, na pior das hipóteses, poderá lançar manifestação não vinculante, expressando sua opinião quanto à futura sanção premial.

De resto, o delegado tampouco poderá acordar a suspensão do

ADI 5508 / DF

prazo para oferecimento de denúncia (§ 3º), por envolver moratória quanto à propositura da ação penal pública.

Feitas essas considerações, observados os termos estritos da lei, a formalização de acordo de colaboração premiada por delegado de polícia não viola a Constituição Federal.

Perdão judicial

O § 2º prevê do art. 4º da Lei 12.850/13 prevê que “o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público”, poderá representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador.

Novamente, é o caso de analisar se, de fato, a aplicação da norma impugnada representa disposição sobre a ação penal por órgão diverso do Ministério Público.

Tal apreciação deve partir da apreciação do caráter da representação do delegado ao juiz. Nosso ordenamento jurídico confere aos delegados de polícia capacidade para propor medidas de interesse da investigação criminal. Como esclarece Nucci, a representação é o modo pelo qual a autoridade policial “faz ver ao juiz a necessidade de realização de alguma diligência ou de decretação de alguma medida indispensável, no interesse da investigação criminal, sem que, com isso, adquira o direito de questionar” a decisão judicial (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 658).

A capacidade do delegado para oferecer representação é muito criticada por estudiosos do processo penal, talvez com alguma razão. Em parte, essa capacidade é fomentada pela estrutura única da investigação criminal no Brasil. Em nosso sistema, o inquérito é, muito embora pré-processual, distribuído judicialmente e objeto de impulso oficial, de forma muito semelhante aos processos judiciais em geral. Em seu curso, investigadores e promotores atuam como intervenientes independentes. Contudo, não há interlocução direta entre investigadores e promotores. Sempre que a autoridade policial precisa de uma medida que está além

ADI 5508 / DF

dos seus poderes, ou o Ministério Público visualiza a necessidade de uma determinada medida investigatório, a medida é documentada nos autos do inquérito, via representação ou requisição, ambas dirigidas primariamente ao juiz. Sob muitos aspectos, o juiz acaba servindo como mensageiro entre Delegado e Promotor.

Por exemplo, ao final das investigações, a autoridade policial faz um “minucioso relatório” (art. 10, § 1º, CPP), ao final do qual, oferece representação: indicia aqueles que considera criminalmente responsáveis e representa pelo arquivamento das investigações em relação a fatos e pessoas que não gerarão responsabilidade criminal. O relatório representa a apreciação do delegado sobre o caso. Como tal, tem muita relevância opinativa, mas não gera efeito jurídico imediato algum. O Promotor tem total liberdade para chegar as suas próprias conclusões, não raro completamente diversas. Apenas a manifestação do Promotor – denúncia, pedido de arquivamento – será avaliada pelo juiz e produzirá efeitos jurídicos.

A lei prevê a manifestação do Ministério Público sobre a representação quanto ao perdão. Logo, o julgador não decidirá apenas com base na representação.

Portanto, a previsão legal de representação pelo perdão judicial não afeta, por si só, prerrogativa institucional do Ministério Público.

A questão é mais complicada em uma hipótese específica: se houver representação pelo perdão judicial, contrariada pelo Ministério Público, poderá o juiz, ainda assim, conceder o perdão?

Nesse ponto, o problema é menos de invasão, pelo delegado de polícia, de atribuição do Ministério Público, e mais da possibilidade de sua aplicação judicial contra o posicionamento da Instituição.

A lei não prevê claramente que o juiz pode aplicar o perdão judicial de ofício, ou mesmo sem amparo em ação do Ministério Público – requerimento expresso ou acordo de colaboração adimplido.

Por outro lado, a lei é clara ao afirmar que é o juiz que aplica e dosa a sanção premial (art. 4º), levando “em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão

ADI 5508 / DF

social do fato criminoso e a eficácia da colaboração” (§ 1º).

A sanção premial tira fundamento em norma penal material não incriminadora. Normalmente, normas dessa ordem são aplicáveis *ex officio* pelo juiz.

Nesse contexto, tenho por constitucional a representação do delegado pela aplicação do perdão judicial. Não porque o delegado de polícia possa dispor sobre a ação penal; de fato não pode. Mas porque nada impede que a lei preveja ao juiz o poder de aplicar o perdão judicial contra a opinião do Ministério Público.

Ante o exposto, julgo **improcedente** a ação direta de inconstitucionalidade.

20/06/2018

PLENÁRIO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. A importância do tema em julgamento: o regime de colaboração premiada e a sua necessária subordinação aos princípios constitucionais da reserva de lei formal (critério da legalidade estrita), de um lado, e da reserva de jurisdição (“nulla poena sine iudicio”), de outro

O Supremo Tribunal Federal vem progressivamente construindo, no plano de sua atividade jurisdicional, **uma doutrina em torno do instituto da colaboração premiada**, analisando as múltiplas questões que têm sido suscitadas a partir da nossa experiência jurídica e da interpretação do que se contém na Lei nº 12.850/2013.

A extensão e a profundidade dos votos proferidos por ocasião deste julgamento – e a excelência das sustentações orais – **revelam a complexidade da matéria e a delicadeza da controvérsia** ora em exame.

Na realidade, tantas têm sido as questões **subjacentes** ao instituto da colaboração premiada **que vale destacar**, ao menos para efeito de reflexão, **as observações** feitas, **em estudo**, pelos eminentes Professores da Universidade de Coimbra, J. J. GOMES CANOTILHO e NUNO BRANDÃO (“Colaboração Premiada e Auxílio Judiciário em Matéria Penal: A Ordem Pública como Obstáculo à Cooperação com a Operação Lava Jato” p. 23/24, item n. 9, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 146º, nº 4.000, 2016, Coimbra), **cujá análise** da controvérsia jurídica **instaurada em torno do regime de colaboração premiada levou-os a propor que:**

“(…) a ser afirmada tal admissibilidade [de utilização do instituto da colaboração premiada], só poderá sê-lo como uma

ADI 5508 / DF

solução excepcional para fazer face a problemas criminais excepcionais, pela sua gravidade e complexidade de investigação, e estritamente subordinada a uma exigência de reserva de lei e aos princípios da proibição do excesso e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais." (grifei)

É importante ter presente, na linha do que já decidiu, *em primoroso julgado*, o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Pet 7.265/DF), a **observação** desses ilustres Professores da Universidade de Coimbra que, *de modo incisivo*, **advertiram**, a propósito das *cláusulas pactuadas* no contexto do acordo de colaboração premiada, **que elas não de ajustar-se** ao postulado constitucional *da reserva de lei formal* e ao princípio igualmente constitucional *da reserva de jurisdição*, **pois as pactuações negociais, na realidade, não podem estabelecer, em caráter inovador, benefícios de ordem premial sequer previstos na Lei nº 12.850/2013 (o que ofenderia o princípio da reserva de Parlamento) nem impor, desde logo, medidas sancionatórias imediatamente resultantes do texto convencionado, o que transgrediria, ante a indevida e anômala substituição do magistrado pelo representante do Ministério Público, o princípio da reserva de jurisdição acima mencionado.**

No estudo realizado pelos Professores conimbricenses, **acentuou-se**, a respeito das *cláusulas pactuadas*, **que os benefícios premiais não de reger-se pelo critério da taxatividade dos favores previstos no catálogo consubstanciado em diploma legislativo, sob pena de as vantagens extranumerárias aplicáveis ao direito penal, ao direito processual penal e às execuções penais configurarem ajustes convencionais destituídos de qualquer suporte jurídico-legal, porque ofensivos ao princípio da legalidade estrita:**

“§ 5. Vícios dos concretos acordos de colaboração premiada fundantes da operação Lava Jato: vantagens penais e processuais indevidas

§ 5.1. Taxatividade legal dos benefícios premiais

ADI 5508 / DF

13. A Lei nº 12.850/13 prevê duas modalidades de colaboração premiada – a pré-sentencial e a pós-sentencial – e para cada uma delas prevê específicos e autônomos benefícios penais e processuais penais susceptíveis de serem concedidos ao colaborador.

A colaboração pode começar por ser pactuada no período que vai até à prolação da sentença, antes ou depois do oferecimento da denúncia/acusação (art. 4º, §§ 1º a 4º, da Lei nº 12.850/13). Nesta fase, podem as partes convencionar uma das seguintes três vantagens, de natureza penal, enunciadas no ‘caput’ do art. 4º em termos alternativos (e não cumulativos): ou o perdão judicial; ou a redução da pena privativa da liberdade em até 2/3; ou, ainda, a substituição da pena privativa da liberdade por pena restritiva de direitos. Ainda nesta fase, se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração, o § 4º do art. 4º admite a atribuição de um benefício processual: a abstenção de oferecimento de denúncia.

Se, pelo contrário, a colaboração só for acordada e efetivada após a sentença, nos termos do § 5º do art. 4º, ‘a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos’.

Como se antecipou supra, todos estes benefícios estão rigorosamente subordinados aos ditames do princípio da legalidade criminal.

Nisto vai implicada a taxatividade do catálogo legal dos benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador: vantagens que não se encontrem legalmente previstas não podem ser prometidas e concedidas. Não se dividando no regime legal qualquer lacuna que careça de integração, será ainda inaceitável a outorga de privilégios extralegais com base em argumentos de identidade ou maioria de razão ou em analogia. Técnicas que, aliás, sempre seriam de reputar-se como inadmissíveis num meio de obtenção de prova que contende com direitos fundamentais de terceiros, como é o caso da colaboração premiada.

ADI 5508 / DF

Do princípio da legalidade resulta, de igual modo, uma proibição de combinação dos esquemas processuais desenhados na lei que, na prática, redunde na criação jurisprudencial de soluções que não se ajustem aos modelos procedimentais cunhados legalmente. Mais grave, no plano da juridicidade, é a transmutação de acordos de colaboração em instrumentos normativos inovadores, 'praeter' e 'contra legem', violando a reserva de lei do parlamento na definição de crimes e de penas. (...)." (grifei)

De outro lado, e com igual procedência e correção, observa-se, no estudo que ora venho de referir, que o teor de determinadas cláusulas pactuadas nos acordos de colaboração premiada (como aquela, p. ex., que determina que "O Colaborador cumprirá imediatamente após a assinatura do presente acordo a pena privativa da liberdade no regime fechado a que se refere o inciso III da presente cláusula" – grifei) vulnera, frontalmente, o postulado constitucional da reserva de jurisdição, além de ferir o princípio da culpa, pois cláusulas como a que venho de mencionar transferem, inconstitucionalmente, para o Ministério Público celebrante do acordo, o poder de definir a própria condenação criminal do agente colaborador, sem se falar na absurda situação de considerar-se culpado, desde já, em razão da pactuação negocial, o colaborador interessado:

"a) Pena 'sine iudicio' e 'sine iudice'

15.1. Acordos de colaboração premiada dotados de cláusulas estipuladoras de que o cumprimento de pena privativa da liberdade se inicia a partir da assinatura do acordo de colaboração premiada e que 'o colaborador cumprirá imediatamente após a assinatura do presente acordo a pena privativa de liberdade em regime fechado' são clamorosamente ilegais e inconstitucionais.

O início de uma pena criminal, ainda mais por simples e direta determinação do Ministério Público, sem que haja uma sentença judicial que a decreta, configura uma autêntica aplicação de pena 'sine iudicio' e 'sine iudice'. Nada que,

ADI 5508 / DF

obviamente, se possa aceitar num Estado de direito. A jusestadualidade que deve caracterizar a República Federativa do Brasil e comandar a ação de todos os seus órgãos não consente que um réu sofra a execução de uma pena criminal sem um prévio e devido processo penal (art. 5º, LIV, da Constituição Brasileira). Tal como não consente, por mor da reserva absoluta de jurisdição dos tribunais em matéria de aplicação e execução de penas criminais, que uma decisão dessa natureza seja tomada por um órgão externo ao poder judicial, como é o Ministério Público (art. 5º, XXXV e LIII, da Constituição Brasileira). Considerações que, naturalmente, valem por inteiro na óptica da ordem jurídico-constitucional portuguesa.” (grifei)

Vale rememorar, neste ponto, as razões que levaram o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator da Pet 7.265/DF, a negar homologação a determinadas cláusulas constantes de certo acordo de colaboração premiada, por entendê-las infringentes do texto constitucional, notadamente porque vulneradoras dos princípios constitucionais da reserva de jurisdição, de um lado, e da reserva de lei formal, de outro:

“Inicialmente, observo que não é lícito às partes contratantes fixar, em substituição ao Poder Judiciário, e de forma antecipada, a pena privativa de liberdade e o perdão de crimes ao colaborador. (...):

*.....
No entanto, como é de conhecimento geral, o Poder Judiciário detém, por força de disposição constitucional, o monopólio da jurisdição, sendo certo que somente por meio de sentença penal condenatória, proferida por magistrado competente, afigura-se possível fixar ou perdoar penas privativas de liberdade relativamente a qualquer jurisdicionado.*

Sublinho, por oportuno, que a Lei 12.850/2013 confere ao juiz a faculdade de, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo

ADI 5508 / DF

criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos resultados descritos nos incisos do art. 4º do diploma legal em questão.

Saliento, a propósito, que a própria Constituição Federal estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, assim como ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LIV e LXI, da CF).

O mesmo se diga em relação ao regime de cumprimento da pena, o qual deve ser estabelecido pelo magistrado competente, nos termos do disposto nos arts. 33 e seguintes do Código Penal, como também no art. 387 do Código de Processo Penal, os quais configuram normas de caráter cogente, que não admitem estipulação em contrário por obra da vontade das partes do acordo de colaboração.

Aliás, convém ressaltar que sequer há processo judicial em andamento, não sendo possível tratar-se, desde logo, dessa matéria, de resto disciplinada no acordo de colaboração, de maneira incompatível com o que dispõe a legislação aplicável. Sim, porque o regime acordado pelas partes é o fechado (cláusula 5ª, item 1), mitigado, conforme pretendem estas, pelo recolhimento domiciliar noturno (cláusula 5ª, item 2, 'a'), acrescido da prestação de serviços à comunidade (cláusula 5ª, item 2, 'b').

Ora, validar tal aspecto do acordo corresponderia a permitir ao Ministério Público atuar como legislador. Em outras palavras, seria permitir que o órgão acusador pudesse estabelecer, antecipadamente, ao acusado, sanções criminais não previstas em nosso ordenamento jurídico, ademais de caráter híbrido.

Com efeito, no limite, cabe ao 'Parquet', tão apenas – e desde que observadas as balizas legais – deixar de oferecer denúncia contra o colaborador, na hipótese de não ser ele o líder da organização criminosa e se for o primeiro a prestar efetiva colaboração, nos termos do que estabelece o § 4º do art. 4º da Lei de regência.

ADI 5508 / DF

Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convençam a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação – convém sempre lembrar – configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno.” (grifei)

Irrecusável, desse modo, que o regime jurídico da colaboração premiada está necessária e estritamente subordinado ao que estabelece a Constituição da República, com especial e particular destaque para os princípios, de extração constitucional, concernentes tanto ao postulado da reserva de jurisdição quanto ao da reserva de lei em sentido formal.

2. O Ministério Público e a Polícia Judiciária como instituições essenciais da República

Sabemos todos que a persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta nem se exterioriza como uma manifestação de absolutismo estatal ou de voluntarismo particular.

Importante, por isso mesmo, não desconhecer que, com a prática do ilícito penal, consoante acentua a doutrina, “a reação da sociedade não é instintiva, arbitrária e irrefletida; ela é ponderada, regulamentada, essencialmente judiciária” (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, “Droit Pénal Général et Procédure Penale”, tomo II/1, 9ª ed., 1975, Paris; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. 1/11-13, itens ns. 2/3, Forense), tudo a justificar o ponderado exame preliminar dos elementos de informação cuja presença

ADI 5508 / DF

revele-se capaz **de dar consistência e de conferir verossimilhança** às investigações **e** aos atos de persecução criminal em juízo, **sob pena** de a atuação dos organismos estatais (Polícia Judiciária e Ministério Público) **transformar-se** em simples exercício burocrático de um poder **gravíssimo** que foi atribuído ao Estado.

Dentro desse contexto, **assume relevo indiscutível** o encargo processual que **incide** sobre os órgãos incumbidos da persecução penal, **pois**, no âmbito de uma formação social organizada **sob a égide** do regime democrático, **não** se justifica a instauração *de lides penais temerárias, sem qualquer base probatória mínima, o que exige* do Ministério Público **e** da Polícia Judiciária **a obtenção** de elementos que se revelem capazes **de informar, de modo idôneo e juridicamente apto**, a autoria e a materialidade dos fatos delituosos, **em ordem** a que a acusação criminal **não se transforme**, como já advertia o saudoso Ministro OROSIMBO NONATO, em “*pura criação mental da acusação*” (RF 150/393).

Relembrando as lições de JOSÉ FREDERICO MARQUES, FRANCESCO CARNELUTTI, PIERO CALAMANDREI, *entre tantos outros autores eminentes, não constitui demasia assinalar* que regimes autocráticos, governantes ímprobos **e** cidadãos corruptos **temem** um Ministério Público independente, **pois** o Ministério Público, **longe de curvar-se** aos desígnios dos detentores do poder – **tanto** do poder político **quanto** do poder econômico –, **tem** a exata percepção **de que somente** a preservação da ordem democrática **e** o respeito efetivo às leis da República **revelam-se dignos** de sua proteção institucional.

Também a Polícia Judiciária, Senhora Presidente, **quer** no âmbito da Polícia Civil, **quer** na esfera da Polícia Federal, **revela-se importantíssima instituição da República, incumbida**, por efeito de expressa determinação constitucional, **de relevantíssimas atribuições** no plano da investigação criminal, **consideradas, de um lado, a essencialidade** de suas competências **e, de outro, a indispensabilidade** de suas funções.

ADI 5508 / DF

3. Considerações sobre o acordo de colaboração premiada. Natureza jurídica do instituto, nos termos em que disciplinado pela Lei nº 12.850/2013: meio de obtenção de prova. Compatibilidade com o que se delineou, no plano das relações internacionais, na Convenção de Palermo (Artigo 26) e na Convenção de Mérida (Artigo 37)

A colaboração premiada, embora em voga no direito processual penal italiano, notadamente a partir de meados da década de 1970, em contexto de combate ao terrorismo (que, em momento subsequente, no início da década de 1990, veio a ser utilizada na operação “Mãos Limpas”, objetivando a repressão a práticas de corrupção governamental), surgiu, entre nós, no direito reíno, fundada nas Ordenações do Reino (1603), instituída, primariamente, com o objetivo de agraciar aqueles que delatassem os autores e partícipes do crime de falsificação de moeda (Título 116) e, sobretudo, do crime gravíssimo de “lesa-majestade” (Título 6), que constituía o mais sério delito previsto no temível Livro V do Código Filipino, o “liber terribilis”, tal a prodigalidade com que esse estatuto legal cominava a pena de morte!!! Na Conjuração Mineira (1789), Joaquim Silvério dos Reis valeu-se desse meio e delatou os inconfidentes de Vila Rica, hoje Ouro Preto, havendo sido beneficiado pela legislação portuguesa consubstanciada, quanto a esse ponto, nas (então) vigentes Ordenações Filipinas!

O E. Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, apoiando-se no precedente do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento do HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, bem definiu a natureza jurídica desse meio de obtenção de prova, enfatizando que “A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos

ADI 5508 / DF

delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem (...)” (**RHC 69.988/RJ**, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA – grifei).

Não se desconhece que o instituto da colaboração premiada, especialmente nos termos em que disciplinado pela Lei nº 12.850/2013 (arts. 4º a 7º), vem sendo reconhecido por esta Suprema Corte, com apoio no magistério doutrinário (VALDOIR BERNARDI DE FARIAS, “Delação Premiada: Constitucionalidade, Aplicabilidade e Valoração”, p. 135/158, 153, “in” “Temas Contemporâneos de Direito”, org. por José Carlos Kraemer Bortoloti e Luciane Drago Amaro, 2009, Méritos Editora, v.g.), que o qualifica como relevante instrumento de obtenção de prova, e não como meio de prova (HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno), refletindo, em seu tratamento normativo, o que se delineou, no plano das relações internacionais, na Convenção de Palermo (Artigo 26) e na Convenção de Mérida (Artigo 37), ambas subscritas pelo Brasil e formalmente já incorporadas ao sistema de direito positivo interno de nosso País em virtude da promulgação, respectivamente, do Decreto nº 5.015/2004 e do Decreto nº 5.687/2006.

Embora sofrendo críticas por parte de eminentes autores (CEZAR ROBERTO BITENCOURT e PAULO CÉSAR BUSATO, “Comentários à Lei de Organização Criminosa”, p. 115/117, item n. 1, 2014, Saraiva; RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA, “A Delação no Direito Brasileiro”, v.g.), o fato é que a Lei nº 12.850/2013 “(...) traz aspectos positivos ao garantir ao delatado maior possibilidade de questionar o depoimento do delator, ao buscar diminuir a possibilidade de erro judiciário vedando-se condenação com fundamento exclusivo em delação, ao procurar garantir a integridade física do colaborador e ao regulamentar o acordo de colaboração, o que antes inexistia”, tal como assinalam ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO (“Leis Penais Especiais Comentadas”, p. 1.003/1.051, 1.031, 2ª ed., 2014, Saraiva – grifei), cuja lição, no entanto, ainda que

ADI 5508 / DF

reconhecendo a eficácia desse instituto “na apuração de gravíssimos crimes”, **não deixa de questionar-lhe** os aspectos no plano ético.

A regulação legislativa do instituto da colaboração premiada importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando meios destinados a viabilizar e a forjar, juridicamente, um novo modelo de Justiça criminal que privilegia a ampliação do espaço de consenso e que valoriza, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que compõem e integram a relação processual penal.

Esse aspecto que venho de referir **mostra-se adequado a um modelo, iniciado na década de 1990, que claramente introduziu um novo paradigma de Justiça criminal, em que o elemento preponderante passa a ser o consenso dos protagonistas do próprio litígio penal.**

Na realidade, a colaboração premiada ajusta-se, de certo modo, a esse novo paradigma que consagra, agora de maneira muito mais expressiva, considerado o marco normativo resultante da Lei nº 12.850/2013, um modelo de Justiça consensual, em que prevalece, tendo em vista os benefícios de ordem premial acessíveis ao autor do fato delituoso, o princípio da autonomia de sua vontade.

Assinale-se, neste ponto, o caráter positivo da evolução jurisprudencial **desta Corte a propósito** do instituto em questão, **eis que** o Supremo Tribunal Federal, **bem antes da Lei nº 12.850/2013, já admitia a utilização** da colaboração premiada (cujo “nomen juris” anterior era o de *delação premiada*), **ressalvando, no entanto, desde então, que nenhuma** condenação penal **poderia ter por único fundamento** as declarações incriminadoras do agente colaborador (**HC 94.034/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 213.937/PA**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.g.):

“PROVA – DELAÇÃO – VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a

ADI 5508 / DF

depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se, de um lado, a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro, serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.

(HC 75.226/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)

A impossibilidade de condenação penal que tenha por suporte, *unicamente*, o depoimento **prestado** pelo agente colaborador, **tal como acentua a doutrina** (EDUARDO ARAÚJO DA SILVA, “Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13”, p. 71/74, item n. 3.6, 2014, Atlas, v.g.), **constitui importante limitação de ordem jurídica** que, **incidindo** sobre os poderes do Estado, **objetiva impedir que falsas imputações dirigidas** a terceiros “sob pretexto de colaboração com a Justiça” **possam provocar inaceitáveis erros judiciários, com injustas condenações de pessoas inocentes.**

De fato, o regime de colaboração premiada, definido pela Lei nº 12.850/2013, estabelece mecanismos destinados a obstar abusos que possam ser cometidos por intermédio da ilícita utilização desse instituto, **tanto** que, *além da expressa vedação já referida (“lex. cit.”, art. 4º, § 16), o diploma legislativo em questão também pune como crime, com pena de 1 a 4 anos de prisão e multa, a conduta de quem imputa “falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente” ou daquele que revela “informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas” (art. 19).*

Com tais providências, o legislador brasileiro procurou neutralizar, em favor de quem sofre a imputação **emanada** de agente colaborador, *os mesmos efeitos perversos* da denúncia caluniosa **revelados, na experiência italiana, pelo “Caso Enzo Tortora”** (na década de 1980), **de que resultou clamoroso erro judiciário**, porque se tratava *de pessoa inocente, injustamente delatada por membros* de uma organização criminosa napolitana (“Nuova Camorra Organizzata”) que, **a pretexto** de cooperarem com a Justiça **(e de, assim, obterem** os benefícios legais correspondentes),

ADI 5508 / DF

falsamente incriminaram Enzo Tortora, então conhecido apresentador de programa de sucesso na RAI (“Portobello”).

*Mais do que isso, cumpre ter presente, ainda, a correta observação feita pelo saudoso e eminente Ministro TEORI ZAVASCKI no **juízo** do HC 127.186/PR, de que foi Relator, **ocasião em que expendeu** considerações relevantes **em torno** do instituto da colaboração premiada, **advertindo, com absoluta procedência**, com fundamento na legislação pertinente (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, “caput” e § 6º), que “seria extrema arbitrariedade (...) manter a prisão preventiva [de alguém] como mecanismo para extrair do preso uma colaboração premiada, que, segundo a lei, deve ser voluntária” (grifei), **concluindo, com inteiro acerto**, que “Subterfúgio dessa natureza, além de atentatório aos mais fundamentais direitos consagrados na Constituição, constituiria medida medievalesca que cobriria de vergonha qualquer sociedade civilizada” (grifei).*

Registre-se, de outro lado, *por necessário*, que o Estado **não poderá** utilizar-se da denominada “corroboração recíproca ou cruzada”, *ou seja*, **não poderá impor** condenação ao réu **pelo fato** de contra este existir, unicamente, depoimento de agente colaborador **que tenha sido confirmado**, tão somente, *por outros delatores*, **valendo destacar**, quanto a esse aspecto, **a advertência** do eminente Professor GUSTAVO BADARÓ (“O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013”):

“A título de conclusão, podem ser formulados os seguintes enunciados:

A regra do § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 aplica-se a todo e qualquer regime jurídico que preveja a delação premiada.

O § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13, ao não admitir a condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, implica uma limitação ao livre convencimento, como técnica de prova legal negativa.

ADI 5508 / DF

É insuficiente para o fim de corroboração exigido pelo § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 que o elemento de confirmação de uma delação premiada seja outra delação premiada, de um diverso delator, ainda que ambas tenham conteúdo concordante.

Caso o juiz fundamente uma condenação apenas com base em declarações do delator, terá sido contrariado o § 16 do art. 4º da Lei 12.850/13 (...)” (grifei)

4. A natureza jurídica e os limites da homologação do acordo de colaboração premiada

Impõe-se observar, na espécie, que o magistrado, ao examinar o acordo de colaboração premiada, deve necessariamente fazê-lo, como determina a legislação, sob a tríplice perspectiva de sua voluntariedade, regularidade e legalidade (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 7º), sendo certo que, ao proceder à homologação de referido pacto negocial, essencialmente fundado no consenso das partes envolvidas, exerce típica atividade de caráter jurisdicional, pois imprime a mencionado ajuste a própria autoridade de que se acha investido.

Importante relembrar, por pertinente, decisão proferida pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, na qual esse eminente magistrado, pronunciando-se sobre o alcance do ato de homologação do acordo de colaboração premiada, bem definiu os limites da supervisão judicial que deverão ser observados na formulação do concernente júízo deliberatório:

“(...) 5. Cumpra registrar que a decisão de homologação do termo de colaboração premiada faz júízo sobre sua ‘regularidade, legalidade e voluntariedade’ (art. 4º, § 7º, da Lei 12.850/2013). Assim, não há, no ato de homologação, exame de fundo acerca do conteúdo dos depoimentos prestados, os quais só serão objeto de apreciação judicial no momento da sentença, em que as declarações prestadas serão valoradas em face das outras provas produzidas no processo. Nesse mesmo sentido: HC 127.483, Rel.

ADI 5508 / DF

Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27-8-2015. É na sentença, ademais, que o juiz examinará a própria eficácia de acordo, segundo expressamente estabelece a lei de regência (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 11)."

(Pet 5.733/PR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

Vale mencionar, a propósito do que venho de referir, notadamente quanto à natureza e ao significado do ato de homologação, a sempre autorizada lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (“Instituições de Direito Processual Civil”, vol. III/272-274, item n. 936, 6ª ed., 2009, Malheiros), para quem o magistrado, ao homologar o ato submetido à sua apreciação, “exerce atividade tipicamente estatal, caracterizada como jurisdição. É jurisdicional o ato homologatório, em oposição ao caráter negocial do ato a ser homologado” (grifei).

Na realidade, o juiz competente efetua, em instância homologatória, avaliação que lhe permite promover “o controle das cláusulas abusivas, desproporcionais e ilegais” (LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, “Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação”, p. 322, item n. 7.12.1, 2015, JusPODIVM), pautando-se, para esse efeito e de modo estrito, pelos critérios da voluntariedade, regularidade e legalidade, motivo pelo qual “Não deve o magistrado fazer outro juízo de valor que não estes elencados” (LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, “*op. loc. cit*”).

Há, portanto, considerados os vetores indicados na própria Lei nº 12.850/2013, efetivo controle jurisdicional sobre a legalidade das cláusulas estipuladas no acordo de colaboração premiada, cuja homologação, caso alguma dessas cláusulas mostre-se ilegal, deverá, então, ser recusada pelo juiz competente em razão de o acordo (celebrado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial), nesse específico ponto, achar-se em desarmonia com o texto da Constituição e com o sistema normativo.

ADI 5508 / DF

Com esse procedimento, o magistrado competente (o Relator, nos Tribunais) dá **concreção** à cláusula que consagra, *em respeito ao Parlamento* (e, sobretudo, à *Constituição da República*), o **princípio da legalidade**.

Dessa maneira, *a supervisão judicial das cláusulas mostrar-se-á sempre presente* em relação a **cada** acordo de colaboração premiada, pois a **fiscalização de legalidade** pelo Poder Judiciário **destina-se, precisamente, a impedir que se ajustem, no pacto negocial**, cláusulas abusivas, ilegais ou desconformes ao ordenamento jurídico.

De qualquer modo, e como resulta da lei – cujo teor tem sido incondicionalmente respeitado por esta Corte Suprema –, a **concessão dos benefícios de caráter premial** estará **sempre** condicionada à **eficácia da cooperação** do agente colaborador, **pois**, sem que o colaborador tenha cumprido **todas** as obrigações ajustadas, **não terá ele acesso** aos benefícios objeto do acordo de colaboração que tenha sido homologado.

Vê-se, daí, que os benefícios legais, de ordem penal e processual penal, ajustados no acordo de colaboração premiada **objeto de regular homologação judicial somente serão suscetíveis de efetiva outorga se e quando** o órgão judiciário competente, **por ocasião do julgamento final da causa penal, constatar, a partir do exame dos elementos de informação produzidos** ao longo da instrução probatória, **que o agente colaborador realmente cumpriu** as obrigações **que assumiu** perante o Estado, **tal como definidas** no pacto negocial **celebrado** com o Ministério Público **ou, no que interessa ao presente caso, com a autoridade policial.**

Idêntica percepção é revelada por MÁRCIO ADRIANO ANSELMO (“Colaboração Premiada – O Novo Paradigma do Processo Penal Brasileiro”, p. 96, item n. 1.7, 2016, Mallet Editora), **para quem** “*a apreciação judicial aprofundada* [do acordo de colaboração premiada] **somente se dá na sentença (...)**” (grifei), **pelo fato de ser** o julgamento final da causa penal – **segundo adverte o magistério doutrinário** (CLEBER

ADI 5508 / DF

MASSON e VINÍCIUS MARÇAL, “Crime Organizado”, p. 169/173, item n. 4.1.8, 2ª ed., 2016, Método; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “Legislação Criminal Especial Comentada”, p. 714/715, item n. 12.6, 5ª ed., 2017, JusPODIVM; CARLA VERÍSSIMO DE CARLI, “Lavagem de Dinheiro”, p. 234/235, item n. 2.1.2.6.6, 2ª ed., 2012, Verbo Jurídico, v.g.) – **o momento procedimentalmente adequado** em que o órgão judiciário competente **deve analisar a eficácia objetiva da cooperação prestada** pelo agente colaborador, **eis que a concessão** dos benefícios premiais **previstos** no acordo de colaboração premiada **está necessariamente condicionada ao efetivo adimplemento** das obrigações que tenham sido assumidas por referido colaborador **e de cuja fiel execução advenha um ou mais dos resultados** indicados no art. 4º, **incisos I a V**, da Lei nº 12.850/2013, **tal como destacado** pelo eminente Relator.

A avaliação, portanto, **da eficácia objetiva da colaboração, para efeito de concessão dos benefícios premiais, permanece reservada**, nos termos do art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/2013, **e em face da reserva constitucional de jurisdição, ao julgamento final** da causa penal **pelo magistrado competente**.

De outro lado, é importante assinalar que o acordo de colaboração premiada regularmente homologado, qualquer que tenha sido a instância perante a qual celebrado, **qualifica-se como ato jurídico perfeito, revelando-se insuscetível de modificação, ressalvadas as hipóteses de seu descumprimento** por parte do agente colaborador **ou da superveniência de causa legítima** apta a desconstituí-lo.

A vinculação judicial aos benefícios de ordem premial **objeto de regular homologação constitui** uma imposição ético-jurídica **fundada** no postulado da segurança jurídica e no princípio da confiança.

Não constitui demasia acentuar, desse modo, que o acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, vincula o Poder Judiciário **no julgamento final** da causa penal, **desde que** as obrigações assumidas pelo agente colaborador **tenham sido por este realmente cumpridas, pois** –

ADI 5508 / DF

insista-se – **é da efetiva execução** das cláusulas ajustadas em referido pacto negocial **que se viabilizará** a concessão, *ao agente colaborador*, dos benefícios de ordem premial que por ele foram ajustados com o Estado.

Relembre-se, quanto ao aspecto ora referido, o magistério expendido por LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA (“Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação: Questões Controvertidas, Aspectos Teóricos e Práticos e Análise da Lei 12.850/2013”, p. 283/284, item n. 7.8.2, 2015, JusPODIVM):

“O acordo não pode gerar obrigações somente para o acusado colaborador. O Estado também assume obrigações, e uma delas é justamente conceder os prêmios nos moldes do que foi pactuado e devidamente homologado pelo juiz.

Não haveria sentido à homologação se não vinculasse o Poder Judiciário. Aliás, a homologação judicial tem a finalidade de garantir futuramente o cumprimento do acordo pelo Estado-juiz se alcançar os resultados.

*O artigo 4º, ‘caput’, da Lei 12.850/13 reza que o juiz ‘poderá’ conceder um dos prêmios lá previstos, fazendo transparecer que seria mera faculdade do juiz. Contudo, se o colaborador **cumpriu todo o acordo**, tendo sua cooperação sido determinante no alcance dos resultados lá previstos, **será um dever do magistrado conceder os prêmios.***

O juiz está na realidade vinculado ao acordo celebrado se ele o homologou. Prova de que o juiz vincula-se ao acordo de colaboração premiada é a redação do artigo 4º, § 1º, da Lei 12.850/13, que reza que ‘A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia’. Vale dizer, o juiz apenas avaliará os resultados obtidos e os objetivos pretendidos, **concedendo os prêmios na exata medida do que foi pactuado.**

.....
Claro que é na ocasião da sentença, após terminada a instrução e obtido o conjunto da prova, que o juiz poderá apurar

ADI 5508 / DF

com maior precisão o requisito da eficácia da colaboração, podendo, então, suprimir, total ou parcialmente, o benefício concedido, de forma justificada, caso, ao final, se comprove que a colaboração não foi eficaz.” (grifei)

E foi **precisamente** isso, Senhora Presidente, **o que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **afirmou, de modo claro e inequívoco, no precedente** tantas vezes aqui referido:

*“(…) **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.”*

(HC 127.483/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Em suma: a homologação judicial, no contexto dos negócios jurídico-processuais ora em exame, assume inquestionável relevo, **pois** o acordo de colaboração premiada, **desde que regularmente homologado** por órgão judiciário competente, **configura ato jurídico perfeito, do qual resulta, quando adimplido pelo agente colaborador, direito subjetivo que lhe garante acesso** aos benefícios premiais de ordem legal.

5. Possibilidade de a autoridade policial, no curso do procedimento investigatório, celebrar acordo de colaboração premiada: plena compatibilidade das expressões normativas impugnadas (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §§ 2º e 6º) com o texto da Constituição Federal

Todos sabemos, Senhora Presidente, que uma das funções constitucionais cometidas à Polícia Judiciária – cujas atribuições, a partir do advento da Carta de 1988, foram elevadas a um patamar de maior

ADI 5508 / DF

positividade jurídica – **consiste** na busca de elementos de informação **que objetivam** apurar a autoria e a materialidade do fato delituoso, **bem assim** a coleta de todos os subsídios que viabilizem o esclarecimento da verdade real em torno da prática criminosa.

Isso significa, portanto, que os inquéritos policiais – nos quais se consubstanciam, **instrumentalmente**, as investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária – **serão dirigidos e presididos** por autoridade policial competente, **e por esta, apenas (CPP, art. 4º, “caput”, na redação dada pela Lei nº 9.043/95 c/c a Lei nº 12.830/2013, art. 2º, § 1º).**

Sob tal aspecto, **inexistem** quaisquer discepções a propósito **da atribuição** funcional, **constitucionalmente** outorgada à Polícia Judiciária, **de presidir** ao inquérito policial, **de promover** a apuração do evento delituoso **e de proceder** à identificação do respectivo autor, **como resulta claro** do próprio magistério da doutrina, **cujas lições** enfatizam – **tal como assinala** JULIO FABBRINI MIRABETE (“Código de Processo Penal Interpretado”, p. 86, item n. 4.3, 7ª ed., 2000, Atlas) – **que “a atribuição para presidir o inquérito policial é deferida, agora em termos constitucionais, aos delegados de polícia de carreira, de acordo com as normas de organização policial dos Estados” (grifei).**

Essa especial regra de competência, **é certo, não impede** que o Ministério Público – **desde que indique** os fundamentos jurídicos **legitimadores** de suas manifestações – **determine** a abertura de inquéritos policiais, **ou, então, requisite** diligências investigatórias, **em ordem a prover** a investigação penal, **conduzida** pela Polícia Judiciária, **com todos** os elementos **necessários** ao esclarecimento da verdade real **e essenciais** à formação, **por parte** do representante do “Parquet”, de sua “*opinio delicti*”.

É que o inquérito policial, enquanto instrumento de investigação penal, **qualifica-se** como procedimento administrativo cujos elementos instrutórios **visam a possibilitar** a instauração da “*persecutio criminis in*

ADI 5508 / DF

judicio” pelo Ministério Público (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, “Processo Penal – O Direito de Defesa”, p. 43/45, item n. 12, 1986, Forense; VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, “Direito Judiciário Penal”, p. 115, 1952, Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/153, 1961, Forense, v.g.).

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que, **não obstante** a presidência do inquérito policial **incumba** à autoridade policial (**e não** ao Ministério Público), **nada impede** que o órgão da acusação penal **possa solicitar** à Polícia Judiciária **novos** esclarecimentos, **novos** depoimentos **ou novas** diligências, **sem prejuízo** de poder acompanhar, **ele próprio**, os atos de investigação realizados pelos organismos policiais.

Essa possibilidade – **que ainda subsiste** sob a égide **do vigente** ordenamento constitucional – **foi bem reconhecida** por este Supremo Tribunal Federal, **quando esta Corte**, no julgamento **do RHC 66.176/SC**, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, **ao reputar legítimo** o oferecimento de denúncia **baseada** em investigações **acompanhadas** pelo Promotor de Justiça, **salientou**, no que se refere **às relações** entre a Polícia Judiciária **e** o Ministério Público, **que este pode “requisitar a abertura de inquérito e a realização de diligências policiais, além de solicitar esclarecimentos ou novos elementos de convicção a quaisquer autoridades ou funcionários (...)”, competindo-lhe, ainda, “acompanhar atos investigatórios junto aos órgãos policiais”, embora não possa “intervir nos atos do inquérito e, muito menos, dirigi-lo, quando tem a presidi-lo a autoridade policial competente” (RTJ 130/1053 – grifei).**

Cumpre considerar, ainda, por oportuno, **que a atuação** do Ministério Público, **no contexto** de determinada investigação penal, **longe de comprometer ou de reduzir** as atribuições de índole funcional das autoridades policiais – **a quem sempre caberá a presidência do inquérito policial** –, **representa, na realidade, o exercício concreto** de uma típica

ADI 5508 / DF

atividade de cooperação, que, *em última análise*, mediante requisição de novos elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, **além de outras** medidas de colaboração, **promove a convergência** de dois importantes órgãos estatais (a Polícia Judiciária e o Ministério Público) **incumbidos**, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real.

Vê-se, pois, que se mostra indisputável, no contexto de nosso sistema normativo, **o fato** de que **sempre** competirá à autoridade policial **presidir** o inquérito policial, **mesmo** quando requisitado **por iniciativa** do Ministério Público, **revelando-se inquestionável**, de outro lado, **que o Ministério Público**, em atividade **de mera cooperação** com os organismos policiais, **poderá**, dentre **outras** medidas pertinentes à “*informatio delicti*”, **requisitar** diligências investigatórias e **acompanhar** as atividades probatórias executadas pela Polícia Judiciária **no curso** das investigações penais por ela promovidas.

Daí a necessidade de ambas as Instituições – *Ministério Público e Polícia Judiciária* – **atuarem em relação de convívio harmonioso, solidário e cooperativo, e não de indesejável e ineficiente atmosfera de conflito institucional**, objetivando colimar os fins que as motivam enquanto órgãos da persecução penal e que se destinam a possibilitar a apuração e a repressão a fatos delituosos.

Vale registrar, nesse sentido, **expressivo fragmento** de decisão proferida pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, **que destaca a necessidade de atuação harmoniosa** entre o Ministério Público e os organismos policiais nas investigações criminais:

“(...) registra-se, todavia, ser do mais elevado interesse público e da boa prestação da justiça que a atuação conjunta do Ministério Público e das autoridades policiais se desenvolva de forma harmoniosa, sob métodos, rotinas de trabalho e práticas investigativas adequadas, a serem por eles

ADI 5508 / DF

mesmos definidos, observados os padrões legais, e que visem, acima de qualquer outro objetivo, à busca da verdade a respeito dos fatos investigados, pelo modo mais eficiente e seguro e em tempo mais breve possível.”

(Pet 5.899/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

Irrefutável, de igual modo, a observação do eminente Ministro GILMAR MENDES, que se tornou Redator para o acórdão no julgamento do RE 593.727/MG, no sentido de que:

“(…) o que deveria nortear a ação das autoridades públicas é a cooperação interinstitucional, não a disputa de espaços e o corporativismo.

Deveríamos buscar a construção de modelos para superar as deficiências estruturais de cada órgão ou instituição e evitar, na medida do possível, a superposição de atribuições que, não raras vezes, conduz à impunidade.

O estado brasileiro, para a consolidação de sua democracia, precisa se organizar, não perpetuar suas deficiências e mazelas.” (grifei)

A referência que venho de fazer ao importantíssimo papel assumido, nesse contexto, **tanto** pelo Ministério Público **quanto** pela Polícia Judiciária **não significa** que o Poder Judiciário **desconheça** os direitos e as garantias fundamentais titularizados **por todos** aqueles que sofrem persecução penal **por parte** do Estado, **quaisquer que sejam os delitos a eles imputados**.

Acentue-se, bem por isso, que o Supremo Tribunal Federal garantirá, de modo pleno, às partes envolvidas nos litígios penais, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, com rigorosa observância de um dogma essencial ao sistema acusatório: o da paridade de armas, que **impõe a necessária igualdade de tratamento **entre** o órgão da acusação estatal **e** aquele contra quem se promovem atos de persecução penal,**

ADI 5508 / DF

em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, **repele a tentação autoritária** de presumir-se provada *qualquer* acusação criminal e de tratar *como se culpado fosse* aquele **em favor de quem milita** a presunção constitucional de inocência.

O que parece resultar, no entanto, Senhora Presidente, dos elementos de informação *que vêm sendo coligidos* **ao longo** de diversos procedimentos de investigação penal submetidos à apreciação desta Corte, **muitos dos quais instaurados** no contexto da denominada “Operação Lava a Jato”, **é que a corrupção impregnou-se, profundamente,** no tecido e na intimidade *de algumas* agremiações partidárias e das instituições estatais, **contaminando** o aparelho de Estado, **transformando-se** em método de ação governamental e **caracterizando-se** como conduta administrativa endêmica, **em claro** (e preocupante) **sinal de degradação** da própria dignidade da atividade política, **reduzida** por esses agentes criminosos **ao plano subalterno da delinquência institucional.**

O efeito **imediat**o que resulta desses comportamentos *aleadamente* delituosos **parece justificar, como já enfatizei em voto anteriormente proferido nesta Corte,** o reconhecimento de que as práticas ilícitas perpetradas por referidos agentes **tinham um só objetivo: viabilizar a captura das instituições governamentais por determinada organização criminosa, constituída** para dominar os mecanismos de ação governamental, **em detrimento** do interesse público e **em favor** de pretensões *inconfessáveis* e *lesivas* aos valores ético-jurídicos que devem conformar, **sempre,** a atividade do Estado.

Tais práticas delituosas – *que tanto afetam* a estabilidade e a segurança da sociedade, **ainda mais** quando veiculadas **por intermédio de organização criminosa** – **enfraquecem** as instituições, **corrompem** os valores da democracia, da ética e da justiça e **comprometem** a própria sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, **notadamente** nos casos em que os desígnios dos agentes envolvidos **guardam** homogeneidade, **eis que dirigidos, em contexto de criminalidade organizada**

ADI 5508 / DF

e de delinquência governamental, a um fim comum, **consistente** na obtenção, à margem das leis da República, **de inadmissíveis** vantagens e de benefícios de ordem pessoal, de caráter empresarial **ou** de natureza político-partidária.

É necessário reconhecer, portanto, Senhora Presidente, **que se mostra legítima**, em um contexto moralmente deteriorado de criminalidade organizada e de delinquência institucional (cujos autores **buscam**, insistentemente, **capturar** as instituições do Estado, valendo-se, para tanto, de organizações criminosas altamente sofisticadas), **a adoção**, por órgãos de persecução penal, **de medidas de repressão** contra essas gravíssimas práticas delituosas.

Isso significa que o Ministério Público, de um lado, e a Polícia Judiciária, de outro, **sendo destinatários** de comunicações **ou** de revelações de práticas criminosas, **transmitidas**, inclusive, **por potenciais agentes colaboradores**, **não podem** eximir-se de apurar a efetiva ocorrência de ilícitos penais, **muitos dos quais caracterizadores de uma preocupante macrodelinquência governamental**.

É por essa razão, Senhora Presidente, **que os atos** de investigação policial **ou** de persecução no domínio penal **traduzirão**, em tal contexto, incontornável dever jurídico do Estado e constituirão, por isso mesmo, resposta legítima do Poder Público ao que se contém na “notitia criminis”.

O significado e a importância da “notitia criminis”, inclusive aquela veiculada por potenciais agentes colaboradores, **vêm ressaltados** no magistério de eminentes doutrinadores, **que nela vislumbram** um expressivo meio justificador da instauração da investigação penal, **pois**, transmitido às autoridades públicas – **quer se trate** de organismos policiais, **quer se cuide** de órgão do Ministério Público – o conhecimento de suposta prática delituosa **persegúvel** mediante ação penal pública incondicionada, **a elas incumbe**, por dever de ofício, **promover** a concernente apuração da materialidade e da autoria dos fatos e eventos alegadamente transgressores do ordenamento penal (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de

ADI 5508 / DF

Direito Processual Penal", vol. I/107-114, itens ns. 70/74, e vol. II/124, item n. 312, 3ª atualização, 2009, Millennium; EDILSON MOUGENOT BONFIM, "**Código de Processo Penal Anotado**", p. 53/57, 3ª ed., 2010, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, "**Curso de Processo Penal**", p. 39/42, item n. 4.1, 9ª ed., 2008, Lumen Juris; DENILSON FEITOZA, "**Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis**", p. 178, item n. 5.7, 6ª ed., 2009, Impetus; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, "**Curso de Processo Penal**", p. 92/93, item n. 8, 2013, Impetus; E. MAGALHÃES NORONHA, "**Curso de Direito Processual Penal**", p. 18/19, item n. 8, 19ª ed., 1989, Saraiva; FERNANDO CAPEZ e RODRIGO COLNAGO, "**Código de Processo Penal Comentado**", p. 24, 2015, Saraiva; CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, "**Comentários ao Código de Processo Penal**", vol. 1/187-193, itens ns. 55/58, 2002, Edipro; JULIO FABBRINI MIRABETE, "**Processo Penal**", p. 64/68, item n. 3.3, 18ª ed., 2008, Atlas, v.g.).

O aspecto que venho de destacar **evidencia**, portanto, o dever jurídico do Estado de promover a apuração da autoria e da materialidade dos fatos delituosos **narrados** por "*qualquer pessoa do povo*", **inclusive** aqueles eventos delatados **por agentes colaboradores**.

Nesse ponto, assume inquestionável relevo o instituto da colaboração premiada, que constitui – **como assinalam** LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA ("**Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação**", p. 302, item n. 7.9, 2015, JusPODIVM) – "*uma técnica especial de investigação*", **cuja natureza legítima** a participação da autoridade policial, "*que tem função exclusivamente investigativa*".

Essa orientação tem o beneplácito de autorizadíssimo magistério doutrinário (LEONARDO DANTAS COSTA, "**Delação Premiada – Atuação do Estado e a Relevância da Voluntariedade do Colaborador com a Justiça**", p. 115/117, item n. 3.3.1.2, 2017, Juruá; HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIN e JÚLIO CÉSAR O. G. MOSSIN, "**Delação**

ADI 5508 / DF

Premiada: Aspectos Jurídicos", p. 193, Editora J. H. Mizuno, 2018; MÁRCIO ADRIANO ANSELMO, "Colaboração Premiada: O Novo Paradigma do Processo Penal Brasileiro", orgs. CLAYTON DA SILVA BEZERRA e GIOVANI CELSO AGNOLETTI, p. 81/90, item n. 1.3, 2016, M. Mallet Editora, v.g.) **cuja abordagem da matéria revela-se inteiramente aplicável ao caso ora em exame.**

Daí, Senhora Presidente, **a correta observação** da douta Advocacia-Geral da União, **que, ao manifestar-se pela validade constitucional** das expressões normativas impugnadas **neste** processo de controle abstrato de constitucionalidade, **pôs em destaque** os seguintes aspectos:

"Quanto ao tema, vale trazer à baila a ressalva presente nas informações ofertadas pela Polícia Federal (...), no sentido de que a colaboração premiada representa um instrumento para a obtenção de novas provas, e não uma prova propriamente dita, 'verbis':

'Tratando especificamente da colaboração premiada, a Seção I do Capítulo II dissecou os objetivos e procedimentos para utilização do instituto, deixando claro que se trata de uma ferramenta destinada a otimizar a investigação e a instrução criminal, jamais um instrumento de favorecimento ao investigado, não podendo a colaboração ser considerada tecnicamente uma prova. Nesse sentido, a lei é clara ao proibir que haja condenação baseada tão-somente na colaboração.'

Justamente por constituir uma ferramenta para a obtenção de provas, a colaboração premiada somente produzirá efeitos se, de fato, dela advierem resultados efetivos ao processo investigatório, conforme determina o artigo 4º da Lei nº 12.850/2013:

.....
Nessa senda, a Lei nº 12.850/2013, com o claro objetivo de conferir celeridade ao acordo de colaboração, bem como expandir a cooperação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, conferiu legitimidade para propor a colaboração

ADI 5508 / DF

premiada tanto ao órgão ministerial, como ao delegado de polícia. Com o intuito de preservar a função de controle externo, referida norma determinou a manifestação do 'Parquet' nas propostas formuladas pelos delegados de polícia.

Observa-se, nesse ponto, a clara intenção do legislador em harmonizar os importantes princípios fundamentais supostamente em conflito, de modo a preservar tanto o interesse público na eficiente resolução do crime, como os interesses dos investigados, buscando 'o equilíbrio entre eficiência e garantismo'.

.....
Sustenta o autor a ocorrência de violação aos princípios do devido processo legal e da moralidade, na medida em que, não sendo o delegado parte no processo penal, não teria a legitimidade deferida pelas normas sob invectiva. Entretanto, (...) a colaboração premiada constitui um meio de obtenção de prova, sendo certo que a atribuição primordial do delegado durante o inquérito policial é exatamente a colheita de provas, com o intuito de elucidar os fatos investigados.

.....
De outro lado, argumenta o requerente que as normas hostilizadas também padeceriam de inconstitucionalidade em face da suposta ofensa à titularidade da ação penal deferida ao Ministério Público pelo artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

O argumento também não comporta guarida.

Importante esclarecer, nesse ponto, que são três os efeitos que podem advir do acordo de colaboração premiada, nos termos do artigo 4º, 'caput', da Lei nº 12.850/2013, quais sejam: perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade ou substituição de tal reprimenda por uma pena restritiva de direitos.

Nos casos em que a colaboração premiada afeta unicamente a pena, não se vislumbra qualquer invasão à titularidade da ação penal do Ministério Público, a qual permanece incólume, devendo ser regularmente proposta e devidamente julgada pelo juiz competente. Observa-se, apenas, a existência de um elemento balizador quanto à mensuração da pena, no momento em que vier a ser proferida a sentença condenatória. Entretanto, como o

ADI 5508 / DF

acordo deve ser previamente homologado pelo juiz, é o próprio Poder Judiciário que autolimita sua atuação, não havendo, assim, qualquer ofensa aos princípios constitucionais fundamentais.

No que tange à proposta de perdão judicial, é necessário destacar que a produção dos efeitos da colaboração, dentre os quais o perdão judicial, depende da homologação da proposta, bem como da eficácia do citado acordo a ser aferida pelo juiz competente, nos termos do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 (...)

.....
Ora, o perdão judicial nada mais é do que a renúncia do Estado à pretensão punitiva, ou seja, é a gradação máxima de redução da pena a resultar a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IX, do Código Penal. Sendo assim, as normas impugnadas não interferem diretamente no ‘ius persecuendi’ do Ministério Público, mas tão somente no ‘ius puniendi’ do Estado, o qual se manifesta por intermédio do Poder Judiciário.

Nesse ponto, imprescindível lembrar, consoante bem destacado nas informações prestadas pela Presidência da República e pelo Senado Federal, que o direito de punir (‘ius puniendi’) compete originariamente ao Estado, o qual o exerce por intermédio da jurisdição penal, enquanto ao Ministério Público defere-se, nos casos de ação penal pública, o denominado ‘ius persecuendi’:

‘74. Não obstante seja o Ministério Público o titular da ação penal, não é ele o titular do direito de punir.

75. O ‘ius puniendi’ tem como o seu único titular o Estado, que detém o monopólio do uso legítimo da força, através de seu poder de império, constituindo o direito de punir em manifestação da sua soberania.

76. Em breve análise, o ‘ius puniendi’ é: a) prerrogativa do ente estatal no desempenho do seu papel de garantidor da ordem pública e do equilíbrio social; b) implicação lógica da atividade de reger condutas humanas no corpo social; c) poder sustentado na coercitividade e exercido por meio da jurisdição.

ADI 5508 / DF

(...) ou seja, é o direito que o Estado tem que dar a consequência a qualquer ação cometida fora da lei e tem como objetivo preservar bens e interesses da sociedade.

77. O *'ius puniendi'* é exercido de forma coativa por parte do Estado, não se transferindo o monopólio do uso legítimo da força mesmo nos casos de ação penal privada, na medida em que ainda assim cabe ao Estado executar a sentença condenatória, ou seja, exercer o *'ius puniendi'*. Somente ocorre a transferência do *'ius persecuendi'*.

(...)

81. O **Direito de Ação** segue íntegro na titularidade do Ministério Público, conforme determina a ordem constitucional. Situação semelhante ocorre quando, com base na apuração realizada no inquérito policial, o Delegado instaura o Inquérito ou indicia alguém ou mesmo quando deixa de indiciar. Em ambas as hipóteses não está o Ministério Público atrelado às convicções da Autoridade Policial, podendo pedir o arquivamento de um inquérito em que houve o indiciamento, denunciar quando não houve indiciamento, requisitar a instauração de um inquérito que não foi instaurado pelo Delegado.'

*Ademais, em tese, o perdão judicial – especialmente quando ainda em formato de mera proposta de colaboração premiada – não é causa suficiente para o arquivamento do inquérito, podendo o Ministério Público **propor** a ação penal e, somente depois de comprovada a eficácia do acordo, ser extinta a punibilidade do delator por decisão judicial.*

Conclui-se, portanto, que a legitimidade deferida pelos dispositivos impugnados ao delegado de polícia para a realização de acordo de colaboração premiada não interfere nas competências traçadas pela Constituição Federal, na medida em que preserva as atribuições essenciais de cada um dos órgãos de atuação da persecução penal. Em realidade, as normas questionadas buscam ampliar o campo de colaboração entre as instituições responsáveis pela repressão da criminalidade, cooperação que se

ADI 5508 / DF

mostra essencial para a construção de um eficiente sistema de repressão à crescente criminalidade (...).” (grifei)

Outra não foi a compreensão, com a qual me ponho inteiramente de acordo, revelada no douto voto proferido pelo eminente Ministro Relator, **quando** – pronunciando-se pela validade constitucional da possibilidade jurídica de o Delegado de Polícia firmar acordo de colaboração no curso de inquéritos policiais – **põe em destaque** os seguintes aspectos:

“A delação premiada nada mais é do que depoimento revelador de indícios de autoria e materialidade criminosa, que, por si só, porquanto originado de um dos envolvidos na prática delitativa, não serve à condenação de quem quer que seja.

A Lei é expressa, no artigo 3º, ao defini-la como instrumento de obtenção de provas, assim como o são a ação controlada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, previstos nos incisos do referido artigo. Trata-se de meio extraordinário para chegar a provas, no que diz respeito a delitos praticados.

.....
Em síntese**, o que é a delação premiada? É simples depoimento, prestado à autoridade, que será considerado, inclusive sob o ângulo das consequências, na hora devida, pelo órgão julgador, para fins de reconhecimento de benefícios, descritos na Lei. Transparece como confissão qualificada pelas informações que podem levar a resultados, também previstos na Lei – **a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura e da divisão de tarefas do grupo; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito dos delitos cometidos; e a localização de eventual vítima com a integridade física preservada.

.....

ADI 5508 / DF

A Lei nº 12.850/2013 tem como objetivo o combate às organizações criminosas, havendo íntima conexão com os postulados constitucionais da eficiência e do resguardo da segurança pública.

Dispõe o § 2º, no qual inserida parte do texto atacado nesta ação direta de inconstitucionalidade:

‘§ 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.’

No § 6º do mesmo artigo, relativo ao segundo trecho impugnado, tem-se:

‘§ 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.’

Os preceitos asseguram ao delegado de polícia a legitimidade para a proposição do acordo de colaboração premiada – instrumento de obtenção de prova – na fase de investigação, quando desenvolvida no âmbito do inquérito policial.

Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação constitucional conferida pelo artigo 144, meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial. Sendo a

ADI 5508 / DF

polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. Retirar a possibilidade de utilizar, de forma oportuna e célere, o meio de obtenção de prova denominado colaboração premiada é, na verdade, enfraquecer o sistema de persecução criminal, inobservando-se o princípio da vedação de proteção insuficiente.” (grifei)

Na realidade, as cláusulas inscritas no § 2º e no § 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 espelham, no plano da legislação ordinária, o tratamento normativo conferido aos organismos policiais pela Carta da República, razão pela qual tais dispositivos não se ressentem, sob o aspecto ora analisado, da eiva de inconstitucionalidade.

Cabe registrar, ainda, na linha do douto voto proferido pelo eminente Ministro Relator, que eventual manifestação contrária do Ministério Público não obriga nem vincula o órgão do Poder Judiciário, competindo ao juízo competente verificar a presença – ou não – dos requisitos legais necessários à homologação do acordo de colaboração premiada celebrado pela autoridade policial.

Tenho para mim, portanto, Senhora Presidente, considerados todos os aspectos que venho de expor, que se revestem de inteira legitimidade constitucional as expressões normativas que conferem aos organismos policiais a prerrogativa de celebrar o acordo de colaboração premiada.

6. A fase pré-processual da persecução penal (“informatio delicti”) como o momento adequado ao exercício, pela Polícia Judiciária, de sua competência para celebração de acordos de colaboração premiada

Cumprir ter presente, sob tal aspecto, que o domínio institucional próprio à atuação das polícias judiciárias situa-se na fase pré-processual de investigação preliminar, circunstância que desautoriza a atuação policial,

ADI 5508 / DF

para o fim de celebrar e de formalizar acordos de colaboração premiada, quando já instaurada, em juízo, a respectiva controvérsia de índole penal.

Dá a inteira correção com que se houve o Parlamento da República, ao dispor, na assim denominada Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), sobre os limites da legítima atuação, no específico âmbito dos acordos de colaboração premiada, das corporações policiais, restringindo-a à etapa preliminar, de índole predominantemente investigativa, do inquérito policial (Lei nº 12.850/2013, art. 4º, §§ 2º e 6º).

Com efeito, a **textualidade** do tratamento normativo conferido à matéria ora em apreço **revela que, em tema de legitimidade** para a celebração de acordos de colaboração premiada, **o espaço de atuação constitucionalmente deferido à Polícia Judiciária concentra-se** no âmbito do respectivo **inquérito policial**.

Tal é a razão básica pela qual é possível assinalar **que a instauração, em juízo, do respectivo processo penal assume eficácia inibitória e obstativa** da atuação dos organismos policiais, **para, com apoio em sua própria autoridade, propor a negociação e a celebração do acordo de colaboração premiada.**

Essa percepção do tema tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (LUIZ FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA, “Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação”, p. 300/304, item n. 7.9, 2015, JusPODIVM; LEONARDO DANTAS COSTA, “Delação Premiada – Atuação do Estado e a Relevância da Voluntariedade do Colaborador com a Justiça”, p. 115/117, item n. 3.3.1.2, 2017, Juruá; HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIN e JÚLIO CÉSAR O. G. MOSSIN, “Delação Premiada: Aspectos Jurídicos”, p. 193, Editora J. H. Mizuno, 2018; HENRIQUE HOFFMANN e FRANCISCO SANNINI NETO, “Delegado de Polícia tem Legitimidade para Celebrar Colaboração Premiada”, disponível em

ADI 5508 / DF

<<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada>>, v.g.), **valendo destacar**, em face de sua extrema pertinência, **a lição** de MÁRCIO ADRIANO ANSELMO (“Colaboração Premiada: O Novo Paradigma do Processo Penal Brasileiro”, orgs. CLAYTON DA SILVA BEZERRA e GIOVANI CELSO AGNOLETTO, p. 81/90, item n. 1.3, 2016, M. Mallet Editora):

“Considerando que o Delegado de Polícia preside a investigação criminal realizada por meio do inquérito policial (Lei nº 12.830/2013), nada mais coerente que o mesmo detenha legitimidade para celebrar acordos de colaboração no bojo da investigação.

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

.....
Observa-se, portanto, que não há qualquer impeditivo para que os acordos de colaboração premiada possam ser propostos no âmbito do inquérito policial, pela autoridade legalmente incumbida de presidi-lo. (...) Negar ao Delegado de Polícia a legitimidade em celebrar tais acordos é, para além de ilegal, negar qualquer racionalidade lógica ao sistema de investigação criminal. (...).

.....
Conforme já afirmado anteriormente, o momento da colaboração também é relevante para que seja estabelecida a autoridade competente para celebrar o acordo: na fase de investigação criminal, a legitimidade para celebrar acordo é concorrente entre o Delegado de Polícia e o membro do Ministério Público e, na fase de ação penal, do membro do Ministério Público.” (grifei)

Idêntico entendimento vem de ser externado pelo eminente Relator, que advertiu sobre o momento adequado à celebração, **pela autoridade**

ADI 5508 / DF

policial, de acordos de colaboração premiada, **como o evidenciam as razões que dão suporte ao seu douto voto, do qual extraio o seguinte e expressivo fragmento:**

“A Lei nº 12.850/2013 tem como objetivo o combate às organizações criminosas, havendo íntima conexão com os postulados constitucionais da eficiência e do resguardo da segurança pública.

.....
Os preceitos asseguram ao delegado de polícia a legitimidade para a proposição do acordo de colaboração premiada – instrumento de obtenção de prova – na fase de investigação, quando desenvolvida no âmbito do inquérito policial.

Sendo a investigação o principal alvo da polícia judiciária, ante a conformação constitucional conferida pelo artigo 144, meios previstos na legislação encontram-se inseridos nas prerrogativas da autoridade policial. Sendo a polícia a única instituição que tem como função principal o dever de investigar, surge paradoxal promover restrição das atribuições previstas em lei. (...).

A Lei é clara ao definir o momento em que pode ocorrer o procedimento de delação. O artigo 3º, ao versar os meios de obtenção da prova relacionada às organizações criminosas, entre eles a colaboração premiada, dispõe ser a celebração do acordo permitida em qualquer fase da persecução penal.

Abre-se a oportunidade de colaboração premiada na fase de investigações – no curso do inquérito policial ou outro procedimento de investigação equivalente – ou no transcorrer da ação penal, inclusive após o trânsito em julgado de decisão.

O momento no qual realizada é relevante para que seja estabelecida, nos ditames da lei e da Constituição, a autoridade com atribuições para firmar o acordo: durante as investigações, compete à autoridade policial, em atividade concorrente e com supervisão do membro do Ministério Público; instaurada a ação penal, tem-se a exclusividade do Órgão acusador.

ADI 5508 / DF

A insurgência contra o disposto no § 2º do artigo 4º da Lei nº 12.850/2013 não prospera.

O texto confere ao delegado de polícia, no decorrer das investigações, exclusivamente no curso do inquérito policial, a faculdade de representar ao juiz, ouvido o Ministério Público, pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não haja sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 do Código de Processo Penal.

.....
Mostram-se inconfundíveis o objeto da delação com o efeito concreto, em termos de viabilizar investigações, elucidando práticas criminosas, e os benefícios a serem implementados em sentença pelo órgão julgador. Definida a natureza jurídica do instrumento, tendo em conta o arcabouço constitucional e infraconstitucional, nada impede que seja formalizado, na fase de investigação, pelo delegado de polícia, com manifestação do Ministério Público, como dispõe a legislação, uma vez que as vantagens previstas na Lei de regência somente poderão ser implementadas pelo juiz.

.....
Os textos impugnados versam regras claras sobre a legitimidade do delegado de polícia na realização de acordos de colaboração premiada, estabelecendo a fase de investigações, no curso do inquérito policial, como sendo o momento em que é possível a utilização do instrumento pela autoridade policial. (...).” (grifei)

Posta a questão nesses termos, mostra-se imperioso reconhecer, considerados os aspectos subjacentes à controvérsia constitucional em exame, a plena legitimidade da autoridade policial para negociar, para celebrar e para formalizar o acordo de colaboração premiada com potenciais agentes colaboradores, desde que esse procedimento tenha lugar no curso das investigações criminais promovidas pela Polícia Judiciária, no âmbito dos respectivos inquéritos policiais.

ADI 5508 / DF

7. Conclusão

Sendo assim, Senhora Presidente, *em face de todas as razões expostas, e acolhendo, integralmente, os fundamentos* que dão suporte ao douto voto proferido pelo eminente Ministro Relator, **acompanho** Sua Excelência **para julgar improcedente** a presente ação direta, **confirmando**, *em consequência, a plena validade constitucional das expressões legais ora impugnadas* neste processo de fiscalização normativa abstrata.

É o meu voto.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, é impensável que alguém possa fazê-lo, nem mesmo o Judiciário.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Ministério Público é titular exclusivo da ação penal pública e atua de forma soberana, podendo propor, ou não, a ação. Não se coloca em dúvida.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vossa Excelência tem razão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É emblemático, Presidente, quanto ao monopólio do Judiciário, relativamente ao julgamento da ação, o que se contém no artigo 4º da Lei nº 12.850:

"Art. 4º O juiz" – não o Ministério Público, não a Polícia – "poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade" – há uma limitação ao juiz – "ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que" [...].

ADI 5508 / DF

Vem o rol dos resultados contemplados em lei. Mais ainda, versa o § 2º desse mesmo artigo 4º:

"§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada," – porque se pode sacar descoberto contra o cidadão – "o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público," – sempre 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," – que não obriga o órgão julgador a 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)".

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não passa pela cabeça de ninguém imaginar, que um delegado de polícia possa, obrigando o Ministério Público e o Judiciário, afastar a oferta da denúncia pelo titular da ação penal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Como salientei anteriormente, é **bastante clara** a posição de Vossa Excelência **a respeito da impossibilidade** de a autoridade policial **inibir** o exercício, pelo Ministério Público, das prerrogativas que lhe competem **no plano** do sistema acusatório.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Verificar a contribuição.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O **acesso** do agente colaborador aos benefícios premiaiais **a que alude** a Lei nº 12.850/2013 **depende, essencialmente, de sua efetiva cooperação** no atingimento de

ADI 5508 / DF

qualquer – basta apenas um – dos resultados a que se refere o **art. 4º** do diploma legislativo ora mencionado.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A lei é sábia, porque apenas prevê a atuação da polícia em uma fase, a de inquérito, e não no processo-crime

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Está-se diante do controle concentrado de constitucionalidade e são atacados dois dispositivos da Lei nº 12.850, os parágrafos 2º e 6º do artigo 4º. O que cumpre ao julgador no controle concentrado? Proceder ao cotejo dos dispositivos impugnados com a Constituição Federal e definir se há conflito, ou não.

O que previram esses dois parágrafos? A possibilidade, no inquérito, de ter-se entabulado acordo – entabulado simplesmente – por delegado de polícia e, mesmo assim, ouvindo-se o Ministério Público. E, no § 6º, versou-se que o juiz não participa da negociação realizada entre as partes, para a formalização do acordo, ocorrido este na fase de inquérito, e sempre com a manifestação do Ministério Público. Onde há inconstitucionalidade?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A exigência legal de manifestação do Ministério Público, **se e quando** o acordo de colaboração premiada for celebrado pela autoridade policial **configura um natural consectário resultante** da própria Constituição, que atribui ao Ministério Público o poder de controle externo da atividade policial.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sei que o sistema que se tem em São Paulo é o mais salutar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É verdade!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Depois de apresentada a denúncia é que há a distribuição.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Exatamente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro Celso, permite um aparte? Esse modelo de São Paulo, o DIPO, foi adotado agora no projeto de Código de Processo Penal, o relatório já foi apresentado pelo Deputado João Campos, com a nomenclatura de Juiz de Garantias. É exatamente o modelo de São Paulo, do DIPO. O juiz - é um juiz titular e são doze juízes auxiliares - acompanha toda investigação e, uma vez oferecida a denúncia, não é ele mais quem controla essa legalidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O modelo paulista que consagrou a implantação do DIPO, há mais de 20 anos, representou significativo avanço no plano das atividades investigatórias, **quase à semelhança** do sistema que a Itália **veio a adotar**, em 1988, **quando editou** o seu Código de Processo Penal e, *nele*, **instituiu** a figura *do Juiz de Investigações Preliminares*.

Tenho a impressão de que a figura *do Juiz de Garantias* **constava** do projeto de reforma processual penal de 2008, mas dele foi excluída.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Foi retirada, não foi aprovada. Agora, retornou a ideia.

ADI 5508 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tenho para mim que se trata de ideia a ser devidamente considerada pelo Congresso Nacional.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Poderia começar, Ministro Celso de Mello, de onde Vossa Excelência parou, no sentido de que a colaboração entre as instituições, no caso específico do Ministério Público e da Polícia, não é premiada, mas é um prêmio para a cidadania e contra o crime. Vossa Excelência lembrou bem, são duas instituições da maior importância, da maior significação. E a colaboração premiada é um negócio jurídico. Dessa forma, apenas uma ferramenta - para aproveitar bem a expressão da Advocacia-Geral da União - para se chegar à obtenção de provas. Não um meio de prova em si, mas um meio de obtenção de provas.

E não vejo também, como aqui já foi dito, qualquer viés que possa, de alguma forma, tisonar de inconstitucionalidade as normas ou as expressões normativas que foram impugnadas.

O Ministro Celso de Mello, como o Ministro Marco Aurélio, no seu voto, inicialmente salientou, especialmente em casos de crime organizado, se não houver a colaboração das instituições para que o Poder Judiciário possa agir de maneira eficiente, pode se ter a frustração total da possibilidade de esclarecimento do julgamento.

Tem-se dito, nas informações prestadas, nos documentos e nos memoriais apresentados, do maior valor todos eles, que, de alguma forma, estaria contaminado ou restringido o *jus puniendi* do Estado. O que o Ministério Público tem e está salientado no voto escrito que irei juntar, é o dever-direito à perseguição.

Também tem me preocupado, Ministro Celso de Mello, e cheguei a comentar com o Ministro Roberto Barroso, a observação de que o delegado de polícia não poderia propor acordo que eventualmente pudesse comprometer as funções do Ministério Público, por exemplo, abrindo mão da apresentação de uma denúncia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Por que não se prever, também, a possibilidade de se entabular acordo

ADI 5508 / DF

manietando-se o Judiciário? É a mesma coisa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - E até digo isso no meu voto, Ministro. Se se puder eventualmente vincular - por isso é que não dou caráter vinculante à manifestação do Ministério Público -, porque vincularia o próprio juiz; se se vincula de um lado, se vincula de outro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Se o acordo entabulado pelo Ministério Público é vinculante, o que se dirá quanto à manifestação num acordo que foi feito com o delegado de polícia e o acusado? O contrário?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque estaríamos restringindo o próprio Poder Judiciário e não apenas uma das instituições, Ministério Público ou, no caso, a Polícia Judiciária.

Esse acordo firmado em colaboração premiada é uma forma de obtenção de provas de investigação, e o Código de Processo Penal, em seus arts. 6º e 7º, traz um rol meramente exemplificativo de diligências investigatórias que podem ser determinadas pela autoridade policial. E este rol é complementado pela legislação especial, que prevê outros meios de busca de provas, outras ferramentas - para usar uma expressão de que se valeu aqui o Ministro Celso de Mello -, por exemplo, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, interceptação de comunicações telefônicas. Tudo isso sempre sujeito à ação do Poder Judiciário ou à autorização do Poder Judiciário, e sempre à fiscalização externa da própria atividade policial pelo Ministério Público. Então, para que o delegado de polícia possa realizar sua atividade investigatória, a Constituição determina ser indispensável que disponha de todos os instrumentos legitimamente incluídos na legislação, para que se chegue ao melhor desempenho e, principalmente, ao melhor resultado.

Nosso sistema jurídico prevê muitas formas de controle, como disse, controle interno disciplinar, controle externo operacional e jurídico, para que esse instituto de colaboração premiada, pela Polícia Judiciária, não se afaste dos limites da legalidade e para que se tenha, portanto, resultados legítimos.

ADI 5508 / DF

Menciono alguns precedentes deste Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

E anoto também que a atuação do Ministério Público, em nenhum momento, parece-me, de alguma forma, restringida pelo que se tem na norma. Os mecanismos todos colocados à disposição do Ministério Público ou, neste caso específico, da Polícia Judiciária voltam-se à melhor forma de se obterem as provas necessárias para que se tenha, então, o esclarecimento de todos os fatos que, se se transformarem, no caso da colaboração premiada, em elemento necessário à atuação do Poder Judiciário, que isso se faça.

Além da limitação à própria titularidade da ação, há vários exemplos no nosso ordenamento jurídico, inclusive, de restrição à possibilidade de o Ministério Público conseguir a própria instauração da ação penal, como ocorre, por exemplo, quando se determina o trancamento de uma investigação, quando é decretada a prescrição na fase investigatória, quando não é recebida a denúncia. A legislação restringe a atuação do próprio Ministério Público, que também não é pleno, como nenhuma atuação. Sequer os poderes do Estado são absolutos.

Também anoto dispor o Ministério Público do *jus perseguendi*. E o direito de ação, que é o que leva a eventual punição, tem como titular o Estado-juiz. Ele é o responsável, em última instância, pelo que é apurado, processado, garantido o devido processo legal, com o direito de defesa assegurado a cada cidadão.

Não vejo, portanto, na atuação do delegado nesta fase de firmar-se uma colaboração premiada, nesse negócio jurídico, senão mais um instrumento posto à disposição da sociedade e do Estado, principalmente para que se tenha o equacionamento de gravíssimos problemas que temos, com uma criminalidade cada vez mais profissional e com organizações cada vez mais intrincadas, que precisam mesmo da atuação conjunta das instituições importantíssimas, como são estas duas, Ministério Público e Polícia Judiciária. E tenho que as suas funções próprias estão devidamente listadas na Constituição, sem que haja

ADI 5508 / DF

possibilidade de uma esvaziar a outra. Pelo contrário, tomando de empréstimo a finalização do voto do Ministro Celso de Mello, tenho como perfeitamente apropriada e legítima a atuação do delegado de Polícia, como posto na norma questionada, porque me parece que é da atuação conjunta, integrada, colaborativa dos dois órgãos, que nós poderemos ter na sociedade brasileira melhor eficácia na atuação de ver os crimes serem realmente esclarecidos e levados os seus autores a julgamento pelo Poder Judiciário.

Acho que é exatamente isso que precisa prevalecer, não eventuais questões que possam parecer, à primeira vista, corporativas. Aquilo que vale para os Poderes da República, que devem ser independentes, porém harmônicos, deve prevalecer para todas as instituições que tenham suas atividades devidamente encarecidas, limitadas e expressas na Constituição.

E com o esclarecimento, Ministro Marco Aurélio, como foi acentuado inicialmente pelo Ministro Celso de Mello, sobre a necessidade de se resguardar o Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O Ministério Público precisa ser resguardado na atual quadra?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Não no sentido...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Se Vossa Excelência me permitir?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Estou acompanhando Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sobre a colocação feita por Vossa Excelência a respeito da integração polícia e Ministério Público, termino o voto com este trecho: a supremacia do interesse público conduz a que o debate constitucional não seja pautado por interesses corporativos – e a ação foi ajuizada contra a lei pela Procuradoria-Geral da República –, e julgo o pedido formalizado tal como se contém, mas por argumentos normativos acerca do desempenho das instituições no combate à criminalidade.

ADI 5508 / DF

Terminei: a atuação conjunta, a cooperação entre órgãos de investigação e de persecução penal – já que distingo o papel de cada qual – é de relevância maior. E disse: é nefasta qualquer queda de braço como a examinada. E não devemos fragilizar essa Lei, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, agora sou a última a votar, mas o meu voto estava preparado desde a primeira sessão de julgamento. Eu não fiz a leitura do voto, mas leio o que nele se contém: *portanto, a atuação conjunta do Ministério Público e da Polícia Judiciária contra todas as formas de criminalidade, em especial o crime organizado e os crimes praticados nas entranhas do Estado, além de ser constitucional é conveniente, atendendo ao interesse comum e aos anseios de uma sociedade que zela para que se tenha a melhor jurisdição e que deve estar sempre acima de eventuais questões corporativas* - e nós não combinamos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Presidente, receio uma emenda regimental que, no caso, explicita que processo-crime só pode ser distribuído a um único dos integrantes do Tribunal!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Como disse, sem combinar com Vossa Excelência, nós terminamos exatamente da mesma forma. Estou portanto, com o esclarecimento feito por Vossa Excelência, votando no sentido de acompanhar o Ministro-Relator para julgar improcedente o pedido formulado na ação.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Presidente):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, em face do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei 12.850/2013, cujo objeto é a legitimidade de delegado de polícia formalizar acordo de colaboração premiada.

2. O Procurador-Geral da República sustenta que *"os trechos impugnados da lei, ao atribuírem a delegados de polícia iniciativa de acordos de colaboração premiada, contrariam o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV), o princípio da moralidade (art. 37, caput), o princípio acusatório, a titularidade da ação penal pública conferida ao Ministério Público pela Constituição (art. 129, I), a exclusividade do exercício de funções do Ministério Público por membros legalmente investidos na carreira (art. 129, § 2º, primeira parte) e a função constitucional da polícia, como órgão de segurança pública (art. 144, especialmente os §§ 1º e 4º)"*.

Assevera que delegado de polícia não dispõe de legitimidade para propor nem para formalizar acordo de colaboração premiada porque: *a)* não é parte processual e o acordo, ainda que formalizado na fase de inquérito policial, pode ter reflexos no exercício da ação penal ou em benefícios penais a serem reconhecidos na ação penal; *b)* caso o MP discorde de seus termos, poderá processar o colaborador sem levar em conta as vantagens oferecidas pelo delegado; *c)* a previsão legal de acordo por iniciativa policial sem participação ou anuência do Ministério Público importa permissão de que órgão público (a polícia) faça oferta que não poderá honrar, por não ter a titularidade de outros deveres, como o do oferecimento, ou não, de denúncia.

ADI 5508 / DF

3. Foi adotado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999.

4. A Presidência da República manifestou-se pela improcedência do pedido. Alegou que a *"colaboração premiada constitui-se em um meio de obtenção de prova no sistema de investigação criminal, tal como captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do artigo 3º da Lei nº 12.850/2013). E, como qualquer meio de obtenção de prova, pode ser obtido pela autoridade policial"*.

5. O Senado Federal manifestou-se pela improcedência do pedido. Afirmou que as finalidades legais da colaboração premiada *"se enquadram e se compatibilizam com a função precípua da Polícia Judiciária prescrita pela Constituição, pelo Código de Processo Penal e Lei nº 12.830/13"*.

6. Foram admitidas como terceiros interessados a Federação Nacional dos Policiais Federais/FENAPEF, que se manifestou pela procedência do pedido e Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal/ADPF e a Federação Nacional dos Delegados da Polícia Federal/FENADEPOL, que se manifestaram pela sua improcedência.

7. A Advocacia-Geral da União apresentou parecer pela improcedência do pedido.

8. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela procedência dos pedidos, como modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de modo a preservar acordos de colaboração premiada realizados por delgado de polícia antes da pronúncia de inconstitucionalidade, salvo nos casos em que o Ministério Público, como titular da ação penal, os haja repudiado, por não interessarem à persecução penal.

9. Na espécie vertente, deve ser analisada a constitucionalidade, ou

ADI 5508 / DF

não, de dispositivos legais que preveem a possibilidade de o delegado de polícia celebrar acordo de colaboração premiada.

10. O art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, estabelece que:

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

(...)

§ 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”.

11. Colaboração premiada, como prevista no art. 4º da Lei nº 12.850/2013, é meio de obtenção de prova, como decidido por este Supremo Tribunal:

“(...) 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’,

ADI 5508 / DF

seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. (...)” (HC 127.483, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 4.2.2016, decisão unânime).

Em igual sentido, se posiciona a doutrina:

“No que respeita à prova, a delação premiada coloca-se como meio de prova, entendido este, segundo Manzini, como o elemento que se presta à obtenção de certeza judicial.

No mesmo sentido, define-o Eugenio Florian, para quem o meio de prova corresponde ao modo ou ato mediante o qual se adquire no processo o conhecimento de um objeto de prova” (Ferro, Ana Luiza Almeida; Pereira, Flávio Cardoso e Gazzola, Gustavo dos Reis. Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. 1ª Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2014. fl. 99).

12. A natureza jurídica do acordo de colaboração premiada é de negócio jurídico:

“A delação premiada consubstancia uma forma qualificada de delação na qual o investigado ou acusado que prestar informações, nessa condição, sobre fato de terceiro recebe uma sanção positiva representada por um prêmio, cuja consequência se projeta na esfera penal como circunstância de redução de pena, perdão judicial.

Portanto, a informação do codelinqüente é estimulada de molde a delatar os coautores ou partícipes. Deve-se considerar nas informações prestadas a postura negocial que assume o ato de delação. Em outros termos, as referidas informações decorrem de um negócio jurídico firmado com o réu como produto de razões de política criminal” (Ferro, Ana Luiza Almeida; Pereira, Flávio Cardoso e Gazzola, Gustavo dos Reis. Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. 1ª Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2014. fls. 98-99).

ADI 5508 / DF

13. Sendo a colaboração premiada negócio jurídico cujo objetivo é propiciar meios de obtenção de provas, tem-se que a sua negociação e celebração pela polícia judiciária harmoniza-se com a função investigativa daquele órgão, como estabelecem o art. 144, §1º, inc. IV e §4º da Constituição da República e o art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal:

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

I - polícia federal;

(...)

IV - polícias civis;

(...)

§ 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.

(...)

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

“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” (Código de Processo Penal).

Sobre a função investigativa da polícia judiciária, a doutrina leciona que:

“O nosso CPP, então, defere a determinados órgãos, responsáveis pela segurança pública, a competência para a investigação da existência dos crimes comuns, em geral, e da

ADI 5508 / DF

respectiva autoria. É a chamada polícia judiciária (art. 144, CF).

(...)

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (opinio delicti) do responsável pela acusação.

(...)

O inquérito policial, atividade específica da polícia denominada judiciária, isto é, a Polícia Civil, no âmbito da Justiça Estadual, e a Polícia Federal, no caso de Justiça Federal, tem por objetivo a apuração das infrações penais e de sua autoria (art. 4º CPP). (...). Quem preside e conduz o inquérito policial é o Delegado de Polícia ou o Delegado de Polícia Federal. Apenas eles, como se sabe e vem garantido em Lei (12.830/13 – art. 2º, §1º)” (Pacelli, Eugênio. Curso de processo penal. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. Fls. 58-61).

14. Assim, quando o delegado de polícia celebra acordo de colaboração premiada, como age ao analisar outras provas, atua em típica atividade investigativa de colheita de elementos de convicção sobre a materialidade e a autoria do delito.

15. Em seus artigos 6º e 7º, o Código de Processo Penal traz um rol, meramente exemplificativo, de diligências investigatórias que podem ser determinadas pela autoridade policial:

“Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

ADI 5508 / DF

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 7º. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

Esse rol é complementado pela legislação especial, que prevê, entre outros meios de prova, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal e o próprio acordo de colaboração premiada, objeto desta ação.

16. Para realizar sua atividade investigatória, como determinado pela Constituição, é indispensável que o delegado de polícia detenha meios de coleta das provas, como é o caso da colaboração premiada.

ADI 5508 / DF

Ao prever a possibilidade de a autoridade policial negociar acordo de colaboração premiada, a Lei nº 12.850/2013 conforma-se ao art. 144 do texto constitucional, que estabelece ser função da polícia judiciária “a apuração de infrações penais”.

17. Ademais, o sistema jurídico prevê diversos controles, interno (disciplinar) e externos (operacional e jurídicos), para o bom uso da delação premiada pela polícia judiciária, afastando-se o risco de ingerências políticas em seu aproveitamento.

Quanto ao controle interno, os delegados de polícia estão sujeitos à fiscalização por suas corregedorias. Qualquer desvio de finalidade no uso do instituto poderá ser objeto de análise pelo órgão correicional da polícia, detentora de função disciplinar sobre a autoridade policial.

18. Quanto aos controles externos, o sistema constitucional estabelece a competência do Ministério Público para exercer a fiscalização da atividade policial. Assim, eventual abuso pela polícia judiciária na utilização do instituto da colaboração premiada poderá ser averiguada e reprimida pelo próprio Ministério Público:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”

Tem-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA.

ADI 5508 / DF

INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. 2. A Constituição Federal de 1988, ao regradar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar. 3. O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (ne procedat iudex ex officio). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja “de Direito” não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiqüíssimos nomes de “promotor de justiça” para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da “procuradoria de justiça”, órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos. 4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa

ADI 5508 / DF

que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 (“II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no “controle externo da atividade policial”. Noutros termos: ambas as funções ditas “institucionais” são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir. 5. Nessa contextura, não se acolhe a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial público protagonizado várias das medidas de investigação. Precedentes da Segunda Turma: HCs 89.837, da relatoria do ministro Celso de Mello; 91.661, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 93.930, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 6. Na concreta situação dos autos, o paciente, na condição de policial civil, foi denunciado pelos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CP), extorsão (caput e § 1º do art. 158 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998). Incide a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o procedimento especial do art. 514 do CPP se restringe às situações em que a denúncia veicula crimes funcionais típicos. O que não é o caso dos autos. Precedentes: HCs 95.969, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 73.099, da relatoria do ministro Moreira Alves. Mais: a atuação dos acusados se marcou pela grave ameaça, circunstância que também afasta a necessidade de notificação para a resposta preliminar, dada a inafiançabilidade do delito. 7. Eventual ilicitude da prova colhida na fase policial não teria a força de anular o processo em causa; até porque as provas alegadamente ilícitas não serviram de base para a condenação do paciente. 8. O Tribunal de Segundo Grau bem explicitou as razões de fato e de direito que embasaram a condenação do acionante pelo crime de concussão. Tribunal que, ao revolver todo o conjunto probatório da causa, deu pela desclassificação da conduta inicialmente debitada ao paciente (extorsão) para o delito de concussão (art. 316 do CP). Fazendo-o fundamentadamente. Logo, a decisão

ADI 5508 / DF

condenatória não é de ser tachada de 'sentença genérica'. 9. Ordem denegada" (HC 97.969, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 23.5.2011).

19. Há, ainda, triplo controle externo jurídico.

Primeiramente, nos termos do art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, eventual acordo de colaboração premiada celebrado pela polícia judiciária deverá ser remetido para manifestação do Ministério Público, que exercerá o primeiro controle jurídico ao analisar os termos acordados e proferir seu parecer.

Posteriormente, o acordo terá sua regularidade, legalidade e voluntariedade auferida pelo Poder Judiciário.

A voluntariedade pode ser verificada pelo juiz pela oitiva do colaborador, inclusive sem a presença do proponente do acordo (Ministério Público ou autoridade policial), para que ele não se sinta inibido em dizer os reais motivos que o levaram a colaborar.

O juiz não fica vinculado aos termos propostos pelo delegado de polícia e deverá fiscalizar o acordo ajustado, homologando-o, recusando a homologação ou adequando-o ao caso concreto, nos termos da Lei n. 12.850/2013:

"Art. 4º. (...)

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

O terceiro controle externo jurídico ocorre quando o magistrado prolate decisão, ocasião em que deverá verificar se o acordo foi ou não cumprido, para, somente em caso positivo, aplicar o benefício pactuado.

Tem-se da doutrina que:

"Na colaboração premiada, o magistrado, embora não participe das negociações, possui dupla e relevante atuação. Inicialmente,

ADI 5508 / DF

atuará na homologação do acordo, realizando controle de legalidade e voluntariedade. Mas não apenas nesse momento irá atuar. Na fase da sentença, também atuará, oportunidade em que irá verificar se o acordo se cumpriu e, ainda, aplicar ou não eventual benefício. (...)

Segundo o art. 4º, §7º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

A finalidade da homologação é, sobretudo, realizar o controle da regularidade, legalidade (ou seja, se foram observados os requisitos, procedimentos e garantias previstos na lei) e voluntariedade do ato e deve ser feita perante o juiz natural do feito.

Na análise da voluntariedade, a lei permite que o juiz ouça o colaborador, sigilosamente, na presença de seu defensor.

(...)

Interessante questionar se o juiz poderia ouvir o colaborador sem a presença do MP ou do Delegado para tal fim. Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto entendem que é possível, para avaliar a voluntariedade do acordo, que o juiz ouça somente o colaborador e seu defensor. 'Daí porque, na audiência que se refere o dispositivo, não haver previsão quanto à presença do proponente do acordo (Ministério Público ou delegado de polícia), mas somente do colaborador e seu defensor (...). A presença daqueles que propuseram tais acordos decerto que traria constrangimentos ao colaborador que, talvez por isso, pudesse se sentir inibido em apontar os reais motivos de que levaram a prestar o auxílio. (...).

De qualquer sorte, caso o magistrado entenda que não há voluntariedade ou, ainda, em caso de dúvida a respeito do consentimento livre do imputado, deve negar homologação ao acordo, de maneira fundamentada.

(...)

O magistrado, ao receber o pedido de homologação, pode tomar três possíveis decisões: a) homologar o acordo; b) não homologá-lo; c) realizar sua adequação" (Mendonça, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado. Custos

ADI 5508 / DF

Legis, vol. 4: 2013. Fls. 22-24).

20. Os mecanismos internos e externos de controle da atividade da polícia judiciária, isoladamente e em conjunto, asseguram a lisura de acordos celebrados pela autoridade policial, com a finalidade única de garantir o sucesso das investigações.

21. Ademais, se o acordo celebrado pela polícia judiciária vier a ser homologado judicialmente, não se há cogitar de ofensa à titularidade da ação penal pelo Ministério Público.

Primeiro, porque o Ministério Público será, obrigatoriamente, ouvido sobre os termos do acordo, como estabelece o art. 4º, §§ 2º e 6º, da Lei n. 12.850/2013, apresentando suas razões.

Ademais, a atribuição do Ministério Público de titularidade exclusiva da ação penal não é absoluto, sofrendo limitações, como dispõem o art. 5º, inciso LIX e o art. 129, da Constituição da República:

“Art. 5º (...)

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (grifos nossos).

Eugênio Pacelli ensina que:

“Ao dispor que a ação pena é privativa do Ministério Público, nos termos da lei, a Constituição Federal nada mais fez que delinear os contornos do nosso modelo acusatório público (porque deixava em mãos do Estado, como regra, toda a persecução penal), autorizando a possibilidade de a lei estabelecer exceções à regra, no que, então, recepcionou a maior parte dos vários dispositivos constantes do

ADI 5508 / DF

Código Penal e do Código de Processo Penal, que instituem e regulamentam a ação penal privada.

O critério de atribuição de legitimação ativa para a ação penal, é dizer, o critério de definição da natureza da ação, se pública ou privada, decorre de lei. Por isso, atualmente, nos termos do art. 100 do CP, a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (Pacelli, Eugênio. Curso de processo penal. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. Fls. 135-136).

Assim, o Código de Processo Penal prevê a possibilidade da ação penal privada e da ação penal privada subsidiária da pública:

“Naquelas infrações penais que ofendem sobremaneira a intimidade da vítima, o legislador lhe conferiu o próprio exercício do direito de ação. Nestas hipóteses, a persecução criminal é transferida excepcionalmente ao particular que atua em nome próprio, na tutela de interesse alheio (jus puniendi do Estado).

(...)

A ação penal subsidiária da pública encontra previsão constitucional expressa (art. 5º, LIX, CF; art. 29, CPP e art. 100, §3º, CP), e estando no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, não pode ser suprimida do ordenamento nem por emenda constitucional, sendo verdadeira cláusula pétrea.

Tem cabimento diante de inércia do MP, que, nos prazos legais, deixa de atuar, não promovendo a denúncia ou, em sendo o caso, não se manifestando pelo arquivamento dos autos do inquérito policial, ou ainda, não requisitando novas diligências. É uma forma de fiscalização da atividade ministerial, evitando eventuais arbítrios pela desídia do Parquet” (Távora, Nestor e Alencar, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013. Fls. 173-181 – grifos nossos).

22. Além da limitação à titularidade da ação, existem vários outros exemplos em nosso ordenamento jurídico de restrição à possibilidade de o Ministério Público conseguir a própria instauração da ação penal, como ocorre quando: *a)* é determinado o trancamento de uma investigação; *b)* é

ADI 5508 / DF

decretada a prescrição ainda na fase investigatória; c) não é recebida a denúncia; d) a legislação condiciona a propositura da ação penal pública à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça.

Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Agravo regimental. Inquérito. Arquivamento de ofício pelo colegiado. Admissibilidade (vencido o Relator que admite o arquivamento até mesmo por decisão monocrática). Ausência de elementos informativos mínimos que autorizem sua instauração. Denúncia anônima e notícias genéricas extraídas da internet que não descrevem nenhum fato concreto. Inexistência de base empírica idônea para a abertura de investigação com relação ao detentor de prerrogativa de foro. Necessidade de controle de legalidade da persecução penal pelo Poder Judiciário. Recurso não provido. 1. A titularidade da ação penal pública e a atribuição para requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do Código de Processo Penal) não significam que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. 3. Assim como se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos demonstrativos da autoria e materialidade, há que se admitir – desde o seu nascedouro - seja coarctada a instauração de procedimento investigativo, uma vez inexistentes base empírica idônea para tanto e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado. 4. Agravo regimental não provido” (Inq 3847 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 8.6.2015 – grifos nossos).

E:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DESARQUIVAMENTO E REABERTURA DE INQUÉRITO POLICIAL. PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE MARCO INTERRUPTIVO DESDE A DATA DOS FATOS QUE

ADI 5508 / DF

ENSEJARAM A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. I – Os fatos que deram causa à instauração do inquérito policial, cuja finalidade é apurar a prática do crime de tráfico de influência (art. 332 do CP), ocorreram em 10/1/2000, data em que foi firmado o contrato 007/00 entre a EMBRASC e a CEDAE. II – Considerando-se que a pena máxima imposta para o crime previsto no art. 332 do Código Penal é de 5 anos, a prescrição, nos termos do art. 109, III, do CP, verifica-se em 12 anos. III – Saliente-se, ainda, que o paciente completou 70 anos em 11/10/2011, o que determina a redução do prazo à metade. IV – A Secretaria da 5ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro informou que os autos do inquérito em questão foram remetidos ao Ministério Público para diligência, em 4/7/2012, de onde não retornaram ainda. V – Não tendo ocorrido nenhum marco interruptivo do curso do prazo prescricional desde a data dos fatos, deve-se declarar a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 107, IV, do CP)” (HC 94.869, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 7.4.2014 – grifos nossos).

23. Ser o acordo de delação premiada proposto pela autoridade policial não importa, pois, em qualquer restrição ao direito de ação do Ministério Público nem gera novidade ou estranheza à dinâmica processual penal.

Deve ser anotado que o Ministério Público dispõe, tão somente, o *ius persecuendi* ou o direito de ação, não sendo titular do direito de punir. O *ius puniendi* tem como o seu único titular o Estado-Juiz, que detém o monopólio do uso legítimo da força pela coerção.

Assim, se no acordo de colaboração premiada se oferecerem benefícios que mitigam a futura pena a ser imposta, também não haverá ofensa às funções ministeriais, porque a pena a ser aplicada pela prática delitiva depende unicamente de decisão judicial fundamentada e não da vontade do Ministério Público ou da autoridade policial.

ADI 5508 / DF

24. A legitimidade conferida à autoridade policial para o ajuste de acordo de colaboração premiada busca apenas ampliar o campo de investigação da polícia, instituição indispensável à segurança pública, essencial para a construção de um eficiente sistema de repressão à criminalidade.

Portanto, a atuação concorrente ou conjunta do Ministério Público e da polícia judiciária contra o crime, além de constitucional, atende ao interesse comum e aos anseios da sociedade, o que deve estar sempre acima de eventuais questões corporativas.

25. Pelo exposto, julgo improcedente a ação.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, eu reli os meus debates com o Ministro Marco Aurélio na primeira assentada. E ouvindo agora - eu não diria, esclarecimentos, ele repetiu os argumentos, eu que talvez tenha ouvido hoje com mais atenção - verifiquei que os três pontos de divergência em relação ao eminente Ministro Marco Aurélio, as três conclusões: que o § 6º do art. 4º da lei é constitucional, autorizando o delegado de polícia a formalizar o acordo de colaboração com investigado e seu defensor, nos termos do *caput* do referido artigo - isso eu concordei integralmente com o Ministro-Relator.

O segundo ponto, formalizado o acordo de colaboração, o delegado de polícia encaminhará os autos ao juiz que, após manifestação não vinculante do Ministério Público, decidirá sobre sua homologação nos termos do § 7º do art. 4º -, também absolutamente idêntico ao eminente Relator.

E o terceiro - agora percebo - também não guarda nenhuma divergência com o eminente Ministro-Relator. A autoridade policial não poderá oferecer a concessão de perdão judicial ou acordo de não persecução penal colaborador, no caso da não persecução sem a concordância do Ministério Público, em face da previsão da privatividade da titularidade da ação penal. A interpretação conforme que eu dava aqui consta integralmente da fundamentação do voto do eminente Relator.

Então, por total ausência de divergência, eu reformulo, readéquo e julgo improcedente, acompanhando o eminente Ministro-Relator.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**RETIFICAÇÃO DE VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, da mesma forma, eu também havia proposto uma interpretação conforme a Constituição. O meu entendimento é que o delegado de polícia pode celebrar acordos de colaboração premiada, desde que isso não interfira com prerrogativas do Ministério Público. E, relativamente aos acordos que não interfiram com a prerrogativa do Ministério Público, ainda assim acho que o Ministério Público deve-se pronunciar, manifestar, previamente à decisão judicial.

Pelo que entendi, o Ministro Marco Aurélio, ao explicitar a sua posição, também tem essa compreensão. Acho que todos estamos de acordo, não há o porquê da divergência, de modo que eu reajusto também. Perdão! Eu diria que todos os que admitimos a participação da Polícia Federal na celebração de acordos, e não consideramos que se dependa, em qualquer caso, da manifestação favorável do Ministério Público, estamos anuindo a posição do Ministro Marco Aurélio.

Para ficar claro: quando a proposta de acordo ou acordo envolver alguma prerrogativa do Ministério Público - como, por exemplo, o não oferecimento de denúncia ou, talvez, o perdão judicial ou, até mesmo, a redução de dois terços da pena -, eu acho que, em todos esses casos, a anuência do Ministério Público é indispensável. Se o Ministério Público não anuir, eu acho que o delegado pode representar, para que haja a redução. Mas aí representar não é propriamente estar firmando um acordo com a parte. Esta ideia de que só é vinculante a manifestação do Ministério Público quando esteja em questão prerrogativa dele próprio, eu acho que é um traço comum da minha posição, do Ministro Marco Aurélio - acho que de todos nós aqui -, da Presidente e do Ministro Celso.

Só para eu ter clara a divergência, eu teria vontade de ouvir a posição do Ministro Edson Fachin e da Ministra Rosa.

ADI 5508 / DF

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL - ADPF
ADV.(A/S)	: ANTONIO TORREAO BRAZ FILHO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL - FENADEPOL
ADV.(A/S)	: LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF
ADV.(A/S)	: RUDI MEIRA CASSEL E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - ADPESP
ADV.(A/S)	: ISIS TAVARES DOS SANTOS VAICHEN

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Quanto à colocação do ministro Luís Roberto Barroso, não há qualquer divergência. Não passa pela minha cabeça que se lance em um acordo, entabulado por delegado de polícia, a impossibilidade de o Ministério Público apresentar denúncia.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL**ESCLARECIMENTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu ia pedir a palavra em função de ter visto que a minha posição, pelo menos hoje, não foi bem compreendida por Vossa Excelência.

Eu acompanhei o eminente Relator quanto ao juízo de improcedência com relação ao pedido principal. Qual era o pedido principal? A declaração de inconstitucionalidade de expressões normativas dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850. Também entendo perfeitamente hígidas, na linha do pedido deduzido, essas expressões. Mas, no meu voto, eu julgo procedente, em parte, o pedido sucessivo e o pedido sucessivo objetivava uma interpretação conforme. Poder-se-ia objetar: mas, se se está buscando uma interpretação conforme, está-se, pelo menos, pretendendo o reconhecimento de uma inconstitucionalidade. Mas, deixando de lado essa questão, eu julgo procedente o pedido sucessivo em parte. E por que em parte? Porque nele se objetiva a interpretação conforme de que é obrigatória a participação do Ministério Público desde o início das tratativas da colaboração premiada. Eu entendo que não há essa necessidade, necessária apenas uma manifestação do Ministério Público. Então a interpretação conforme se faz para entender obrigatória a manifestação do Ministério Público, com um ademais. Qual é este ademais? É que seja a manifestação positiva, ou seja, o ademais é a anuência do Ministério Público aos termos de colaboração premiada celebrado pelo – ou firmado pelo – delegado de Polícia. Tal anuência figura como uma condição de procedibilidade da própria colaboração, ou seja, o juiz sequer conheceria da colaboração se não houvesse a anuência do Ministério Público.

Eu poderia aderir, com a maior tranquilidade, à posição do Ministro Fachin, que, fundado na doutrina do Celso Antônio, se bem me recordo, defendia que se trata de um ato complexo. Mas essa posição, em absoluto, implicaria qualquer vinculação ao Poder Judiciário. No Poder Judiciário,

ADI 5508 / DF

a colaboração premiada, na minha compreensão, está sujeita a um duplo crivo seu, que é a apreciação da colaboração para efeito da homologação – e aí sim vinculado o juízo de homologação aos requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade – e a apreciação, ao final do acordo, de sua eficácia, quando do exame do mérito, nos termos do que aqui apreciamos na Pet 7.074-QO, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin.

Então, é isso, Senhora Presidente. De forma alguma há qualquer vinculação por parte do Poder Judiciário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Eu lerei - porque, se for o caso, altero - o que registrei na outra sessão .

A Ministra Rosa Weber julga improcedente o primeiro pedido, o pedido principal, no qual se busca a declaração de inconstitucionalidade das expressões previstas nos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei.

Quanto ao pedido sucessivo, vota no sentido de deferir em parte, emprestando interpretação conforme a Constituição, que atribui efeito vinculante à manifestação do Ministério Público, quanto ao acordo celebrado com o Delegado de Polícia Judiciária, sendo a participação do Ministério Público obrigatória.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Quem sabe até eu tenha enunciado de uma maneira que levou a essa compreensão de Vossa Excelência. Eu enfatizei uma condição de procedibilidade. A manifestação positiva do Ministério Público seria a condição de procedibilidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não. Então, refaço, uma vez que esta proclamação não corresponde ao que Vossa Excelência votou. Mas agradeço a correção.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, para que não haja dúvida, todos nós achamos que a participação do Ministério Público é obrigatória e indispensável. Apenas não atribuímos a essa participação o caráter vinculante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A vinculabilidade não há, exatamente.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Nem, necessariamente, desde o início. Ele vai ser ouvido posteriormente.

ADI 5508 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Quanto a isso, houve unanimidade.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu poderia dizer, se me fosse permitido, que "*Rosa locuta, causa finita*", ou seja, o que a Ministra Rosa acaba de dizer compreende a percepção que tenho e que vai na esteira da oração que o Ministro Luís Roberto Barroso acaba de proferir.

A divergência que permanece, eu peço todas as vênias para manter essa posição. É que nós entendemos - e digo "nós" porque creio que hauri essa posição da Ministra Rosa Weber - que a manifestação indispensável e obrigatória do Ministério Público é vinculante, ou seja, levado a efeito um acordo de colaboração premiada pela autoridade policial, remetida ao juiz, auscultado o Ministério Público, se vier uma manifestação em sentido contrário, eu entendo que essa manifestação impede a respectiva homologação. Mas a compreensão majoritária que já vejo é no sentido diverso. Evidentemente, nos casos eventualmente existentes, com a ressalva da minha posição, é claro que iremos aplicar a posição majoritária.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Fachin, a nossa posição é que a palavra final é do juiz e não do Ministério Público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Para eles, é do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas aí há um conjunto de premissas, como, por exemplo, atribuir à polícia o poder de transação, um poder punitivo estatal que ela não tem: de ser parte em um acordo sem a imprescindível e vinculante presença do Ministério Público. Não deduzo isso das disposições constitucionais, nomeadamente dos artigos 129 e 144, à luz das funções quer da Polícia, quer do Ministério Público. Portanto, nós retomariamos o debate, porque eu não deduzo da Constituição esse poder que a maioria do Plenário está a acolher: a

ADI 5508 / DF

atribuição desse poder à Polícia, sem a presença do titular da manifestação em relação ao início do desdobramento do *ius puniendi* do Estado. Creio, guardadas as devidas proporções, a orientação majoritária que tem, nesse momento, em alguma medida, no meu modo de ver, dilui o instituto da colaboração premiada e esgarça os poderes do Ministério Público. Mas é a percepção que tenho.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, estou entendendo e, evidentemente, estamos aqui tentando construir a melhor solução. Então, imaginando, aqui, a Polícia conduz a colaboração premiada e diz: "tendo em vista o nível de colaboração do colaborador e a quantidade de evidências que pudemos apurar com a sua participação, nós representamos para que a pena seja reduzida em dois terços". Isso, faria a Polícia. Aí, o Ministério Público concorda; está resolvido o problema. O Ministério Público discorda e diz: "acho que só deve ser um terço". O juiz vai decidir. É como vejo essa questão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É, quem decide é o juiz.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, acho que o Ministério Público pode divergir - tem toda a razão -, e o juiz vai ver quem tem a melhor razão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas não vincula.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Exatamente, acho que não vincula. Portanto, o Ministério Público é uma parte ativa deste debate, só não dá a palavra final.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Em última análise, como ato complexo, Ministro Luís Roberto, se não houver uma segunda manifestação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É complexo porque depende da homologação do juiz.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, com todo o respeito, na minha compreensão, não é. Se não houver uma segunda manifestação, que é a manifestação do Ministério Público consonante com

ADI 5508 / DF

a primeira manifestação, que é a manifestação do delegado de polícia, o ato não se perfectibiliza. Uma vez perfectibilizado, sujeita-se à homologação do juízo, que poderá homologá-lo ou não.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pois então, a minha lógica é: a polícia propõe, o Ministério Público opina e o juiz decide.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É, a lógica é essa mesma que prevaleceu.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Se acaso o Ministério Público se manifestar inteiramente contrário à celebração do acordo?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - O juiz pode acolher.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas acho que o Ministério Público, com todo o prestígio institucional que tem e merece ter, não é quem dá a palavra final, quem dá a palavra final é o juiz.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – É claro que, para alguns juízes que seguem estritamente o que preconiza o Ministério Público, a manifestação vai ser definitiva!

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E o problema vai ser os que seguem estritamente à polícia, doravante.

20/06/2018

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, só para anotar claramente meu posicionamento, haja vista que houve Colegas que entenderam que, na improcedência assentada no voto do eminente Relator, estariam inclusas algumas propostas de interpretação conforme, e, como também fiz uma proposta de interpretação conforme, gostaria de dizer que mantenho a posição de meu voto proferido na sessão anterior. E gostaria de explicitá-la para fins de registro.

Apresento, então, ao final de meu voto - que resumi na última sessão, vou fazer, depois, o registro dele completo -, a seguinte disposição: com essas considerações, julgo parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para o fim de:

1) dar interpretação conforme ao art. 4º, § 2º, da Lei 12.850/2013, para assentar a legitimidade da autoridade policial para, diante da relevância da colaboração prestada, representar nos autos do inquérito policial ao juiz, para a concessão de perdão judicial ao colaborador, ouvido, previamente, o Ministério Público; 2) dar interpretação conforme ao art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013, para assentar a legitimidade da autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada, desde de que, nas condições de sua proposta – art. 6º, inciso II, da Lei 12.850/2013 -, somente figurem, de modo genérico, as sanções premiaias expressamente previstas no art. 4º, **caput** e seu § 5º, da Lei 12.850/2013, a que poderá fazer jus o colaborador, a critério do juiz, em razão da efetividade de sua cooperação, exigindo-se, antes de sua homologação, a manifestação, sem caráter vinculante, do Ministério Público. Esse é o dispositivo de meu voto.

Em meu voto, explico novamente que é necessária essa explicitação porque entendo que o Ministério Público, sendo o **dominus litis**, pode, no negócio jurídico negocial do acordo de colaboração, acordar o perdão

ADI 5508 / DF

judicial e tratar a respeito da pena - inclusive, dentro desses limites.

Então, meu voto faz um corte entre aquilo que pode a polícia no acordo e aquilo que pode o Ministério Público. Por isso que eu não adiro à proposta de improcedência total formulada. Até porque poderia haver aí uma situação em que o Ministério Público vai buscar lá e sai tosquiado.

É como voto, Senhora Presidente.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL
- ADPF

ADV.(A/S) : ANTONIO TORREAO BRAZ FILHO (09930/DF, 154525/MG)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DA POLÍCIA FEDERAL
- FENADEPOL

ADV.(A/S) : LUIZ FERNANDO FERREIRA GALLO (15411/DF)

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF

ADV.(A/S) : RUDI MEIRA CASSEL (DF022256/) E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO
PAULO - ADPESP

ADV.(A/S) : ISIS TAVARES DOS SANTOS VAICHEN (250035/SP)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando improcedente o pedido, e os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, julgando parcialmente procedente o pedido, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Falaram: pela requerente, a Dr^a. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curiae* Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - ADPF, a Dra. Larissa Benevides Gadelha Campos; e, pelo *amicus curiae* Federação Nacional dos Policiais Federais - FENAPEF, o Dr. Rudi Meira Cassel. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.12.2017.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, acolhendo proposta do Relator, deliberou adiar o julgamento, para sua continuação na presença de todos os integrantes da Corte. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 14.12.2017.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido, assentado a constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13.

Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar o Relator, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.6.2018.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário