

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**

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

ADI 5508 / DF

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.

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 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

ADI 5508 / DF

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).

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,

ADI 5508 / DF

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 negociação 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 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

ADI 5508 / DF

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. Mais peculiar, não há interlocução direta entre investigadores e promotores. Sempre que a autoridade policial precisa de uma medida que está além 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

ADI 5508 / DF

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 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.