

A LEGITIMIDADE DO DELEGADO DE POLÍCIA PARA PROPOR O PERDÃO JUDICIAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Arthur de Souza Manchini

Discente do Curso de Direito da PUC-PR, Campus Londrina.

Rafael Junior Soares

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Pós-graduado em Criminologia e Política Criminal pelo ICPC-UFPR; Direito Penal Econômico e Europeu pelo IDPEE - Coimbra e IBCCRIM; e Garantías constitucionales de la investigación y la prueba en el proceso pela Universidad de Castilla-La Mancha Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP. Docente de Direito penal na PUC-PR, Campus Londrina. Advogado criminalista.

RESUMO: O presente artigo objetiva o estudo da legitimidade do delegado de polícia em ser parte na elaboração do acordo de colaboração premiada, e que ao final seja concedido o perdão judicial ao colaborador, conforme a possibilidade trazida pelo artigo 4º, § 2º da Lei 12.850/2013. Terá como análise principal a titularidade da ação penal pública conferida de forma privativa ao Ministério Público pelo artigo 129, I, da Constituição Federal, que poderá ser ameaçada em muitos dos casos. Também serão estudadas quais as alternativas que o Ministério Público terá em caso de discordar da proposta apresentada pelo delegado e mesmo assim ao final ser concedido o perdão. A partir daí, verificar-se-á a legitimidade do delegado de polícia para propor tal prêmio.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade. Delegado de Polícia. Colaboração Premiada.

ABSTRACT: The main of this work is to study the legitimacy of police officer chief being part of the plea bargain agreement elaboration beside the final judicial forgiveness conceded to the collaborator, as the possibility stated in article 4th, § 2nd of the law 12.850/2013. The main analysis in this work will be the public criminal action ownership granted privately to the Public Prosecutor by article 129, I, of the Federal Constitution, that may be threatened in many cases. It will also be studied in here the alternatives taken by the Public Prosecutor in cases of disagreement on the police officer proposal despite the final judicial forgiveness being conceded. From them on, it will be verified the precinct chief legitimacy to propose such premium.

KEY-WORDS: Legitimacy. Police Officer. Plea Bargain.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro é o ramo do direito que apresenta maiores discussões e críticas diante do atual cenário político-criminal em que se encontra o país, seja pela forma com que se realiza a investigação criminal ou a própria ação penal.

A Lei 12.850/2013 trouxe grandes inovações, bem como disciplinou a forma de realização de determinados atos durante as fases investigatória e processual, no que se refere a crimes praticados por meio de organização criminosa. O artigo 4º, § 2º da Lei 12.850/2013 conferiu ao delegado de polícia a possibilidade de representar à autoridade judiciária pela concessão do perdão judicial, o que gera discussão relevante, tendo em vista que a autoridade policial estará dispondo de algo que não lhe pertence, uma vez que a promoção da ação penal pública cabe privativamente ao Ministério Público, conforme art. 129, I, da Constituição Federal.

Examinando-se o dispositivo infraconstitucional citado, a doutrina questionou sua concordância com o texto constitucional, uma vez que seria afrontado na situação em que o delegado de polícia representasse pela concessão do perdão judicial e, posteriormente, fosse acatado pela autoridade judicial, apesar da discordância do ministério público.

Porém, defende-se a legitimidade do delegado de polícia para a realização do acordo, partindo da premissa de que ele é a autoridade responsável pela presidência do inquérito policial, e que tal medida nada mais é do que um meio de obtenção de prova como qualquer outro.

A dúvida sobre a legalidade do parágrafo 2º do art. 4º da Lei 12.850/2013 levou o procurador geral da república a propor ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5508), buscando a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal. Em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada por sete votos a quatro, a ação foi julgada improcedente, reconhecendo-se a legitimidade do delegado de polícia para representar pelo perdão judicial no acordo de colaboração premiada. Contudo, a análise do artigo ainda é válida, na medida que o sistema acusatório pode ser violado caso haja a usurpação da função de uma parte do processo pela outra.

Assim, passa-se a análise dos conflitos e repercussões que o dispositivo legal proporciona, bem como quais as possíveis saídas para tais situações.

2. A COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Primeiramente, é de suma importância entender o sistema processual penal adotado no Brasil, e, por sua vez, como a colaboração premiada nele está inserida, para então, finalmente, examinar a figura do delegado de polícia como parte proponente do acordo de colaboração premiada e seus eventuais limites.

O Brasil adotou o chamado sistema acusatório, em que as partes possuem suas funções definidas dentro do processo, estando em situação de igualdade. Da mesma forma, impõe-se às partes provar o alegado, cabendo ao magistrado apenas a valoração das provas produzidas, para o fim de fundamentação de suas decisões¹.

¹ Eugênio Pacelli refere-se ao sistema acusatório como aquele em que sujeitos distintos possuem função de investigação, acusação e julgamento, sendo que não caberia a uma das partes interferir na atuação da outra. O autor ainda faz menção à dificuldade de se adotar de pronto o sistema acusatório no Brasil, ante as inúmeras características inquisitórias trazidas pelo Código de Processo Penal em sua redação original, que sofreram ajustes ao longo dos anos. PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 19-23. Para uma melhor compreensão: PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, 102-165.

Eugênio Pacelli expõe de forma clara que o sistema brasileiro não se trata de um sistema misto:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro.²

Renato Brasileiro de Lima apresenta outra característica fundamental do sistema acusatório que é a titularidade privativa da ação penal pública conferida ao Ministério Público:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art.129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.³

Assim, vale dizer que o ministério público é quem tem o controle sobre a propositura ou não de uma ação penal pública, bem como a produção de provas necessárias para a condenação do acusado. Não se admite no sistema brasileiro a figura do juiz inquisidor, que além de julgar o processo, também seria responsável pela acusação e gestão das provas.

Com o escopo de garantir a imparcialidade inerente ao sistema acusatório, à luz das funções atribuídas ao julgador, acusador e defensor, a Lei 12.850/2013 teve especial cuidado ao vedar a participação do juiz na fase de negociação do acordo de colaboração premiada, como pode ser extraído do § 6º do artigo 4º da Lei de Organização Criminosa⁴, afastando o magistrado da negociação da colaboração premiada como forma de resguardar os papéis desempenhados no processo penal.

2.1. DA INSERÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO SISTEMA BRASILEIRO

² *Ibidem*, p. 21.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 40.

⁴ BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. **A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 167-187, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.48>>. Acesso em 20 de novembro de 2018.

Não há dúvidas que hoje⁵ a colaboração premiada é um importante meio de obtenção de provas⁶ na persecução penal, ou seja, tal instituto é destinado à obtenção de fontes ou elementos de prova capazes de formar a convicção do magistrado para a prolação da sentença.

Desse modo, a lei permite que o acusado que colabore e produza determinados resultados (art. 4º, inc. I a V), possa obter em seu benefício prêmios (art. 4º, §§ 1º e 2º), que podem variar da redução de pena até o perdão judicial ou, ainda, o não oferecimento de denúncia pelo ministério público (imunidade processual).

Tendo em vista que alguns dos prêmios influenciam diretamente no resultado da ação penal em termos de sanção, como é o caso do perdão judicial ora analisado, seria razoável se presumir que caberia somente ao ministério público elaborar a proposta, nos moldes do sistema acusatório anteriormente explicitado.

Entretanto, como se observa no art. 4º § 2º da Lei 12.850/2013, o delegado de polícia também possui essa atribuição:

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 do perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, o que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

⁵ Como bem apontado por Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto o instituto da colaboração premiada é introduzido no ordenamento jurídico brasileiro no início da década de noventa com a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90) que previa em seu art. 8º parágrafo único a possibilidade de redução de pena para o membro que denunciasse o bando ou quadrilha. A referida lei ainda acrescentou o § 4º no artigo. 159 do Código Penal. Posteriormente mais leis fizeram referência ao instituto, como é o caso do art. 6º da revogada Lei 9.034/95; a Lei de Lavagem de Capitais (9.613/98) que ampliou o rol de prêmio previstos, incluído a possibilidade de cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, bem como a possibilidade de perdão judicial; Lei de Proteção das vítimas e testemunhas (Lei n. 9.807/99); a Lei n.11.343/06 previu a possibilidade de redução de pena para quem colaborasse com a investigação e instrução processual; foi previsto o acordo de leniência com a Lei 12.529/11, quem previa em seu art. 87 que não seria oferecida denúncia em relação a quem se beneficiou com o acordo de leniência; porém, é com a Lei 12.850/2013 que o instituto passa a ganhar mais destaque no cenário Processual Penal brasileiro. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à Lei 12.850/13**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p 35.

⁶ Tal classificação é dada pelo artigo 3º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013, bem como Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 127483/PR, que considera a Colaboração Premiada como meio de obtenção de provas, diferenciando-a dos depoimentos do colaborador, os quais são meios de prova. Por este motivo é o § 16 do artigo 4º da Lei n.12.850/2013 veda que a sentença seja proferida com base exclusivamente no depoimento prestado pelo colaborador. Acórdão disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUM%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ma6lleg>>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

Pela alta frequência com que o instituto da colaboração é utilizado, surgiram inúmeras críticas⁷ quanto ao dispositivo citado, uma vez que, numa primeira análise, confere à autoridade policial a possibilidade de negociar prêmio que está fora da sua área de atuação. Como a situação pode atingir a titularidade da ação penal, denota-se que o sistema processual brasileiro também pode ser violado, na medida em tal prerrogativa é uma das bases do sistema acusatório.

3. DA NÃO VIOLAÇÃO À TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL CONFERIDA AO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República é clara ao determinar em seu artigo 129, I, como privativa do ministério público a propositura da ação penal pública, sendo que não cabe a nenhum outro órgão dar início à persecução penal, exceto nos casos da ação penal privada. O *parquet* tem a função de garantidor da ordem jurídica, do regime democrático de direitos e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁸, assim a análise da propositura ou não de uma ação penal de natureza pública cabe somente a seus membros.

Importante destacar o ministério público não é um órgão acusador, pois como garantidor do regime jurídico⁹, ao analisar os elementos de autoria e materialidade que constam na investigação preliminar, pode optar pelo arquivamento, novas diligências ou pela propositura da ação penal¹⁰.

Presume-se que ao propor a ação penal pública, o ministério público possui a pretensão de ao final ver o acusado condenado, por este motivo o legislador pareceu se equivocar ao conferir ao delegado de polícia a possibilidade de representar pela concessão do perdão judicial ao colaborador.

Tanto se fala da estranheza do dispositivo em análise que Marcelo Mendroni, ao escrever sobre o tema, coloca como excepcional a possibilidade de o delegado de polícia realizar a negociação com o colaborador:

Embora a Lei preveja eventual negociação entre o delegado de polícia e o investigado com seu defensor, logicamente durante a fase de investigação criminal, nessas condições o projeto do acordo deve necessariamente passar pelo conhecimento e manifestação do Ministério Público, titular da ação penal, que concordará ou não. Evidente o necessário conhecimento do MP, pois, se não o ratificar, nenhum acordo será selado e o MP poderá interpor a ação penal. O dispositivo parece ter relevância intrínseca nas ocasiões

⁷ Renato Brasileiro de Lima, a título de exemplo, aponta que é inadmissível que o acordo celebrado pela autoridade policial e o colaborador seja capaz de impedir o exercício da ação penal, haja vista que aquela não possui capacidade postulatória, nem legitimação ativa para tanto. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 807.

⁸ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁹ A essência do Ministério Público não deve ser analisada somente a partir da natureza de suas atribuições, devendo – se levar em conta sua finalidade institucional e os dispositivos constitucionais que o regem. Por essa razão, o Ministério Público não deve ser considerado um poder autônomo, tampouco uma instituição vinculada a outro poder. Trata-se de uma instituição constitucional autônoma que desempenha uma função essencial à Justiça. NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 973.

¹⁰ JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo, 2016, p. 151.

“urgentes” e “inadiáveis” em que o Delegado de Polícia se depara com situação que conduza à necessidade e vantagem de propor a colaboração premiada ao pretendente, devendo considerar sempre, e ser expresso, que a ratificação ou retificação dependerá, sempre, da manifestação do Ministério Público, o dominus litis. O mais coerente é que o acordo seja realizado já entre o Ministério Público e o investigado, com a necessária participação do seu defensor, que poderá ser constituído, dativo ou da Defensoria Pública, para que o investigado/acusado seja instruído acerca de todos os seus termos legais, em aplicação do Princípio da Ampla Defesa.¹¹

Destarte, o delegado de polícia seria parte legítima para realizar a proposta apenas quando estivesse diante de uma situação de urgência. No entanto, embora se veja boa vontade na manifestação, a urgência da situação fático/jurídica representa situação de clara insegurança jurídica para resolver a questão.

No entanto, existem aqueles que consideram o questionamento quanto à constitucionalidade do artigo de lei mera preocupação dos membros do *parquet* em não conseguirem o protagonismo da investigação, bem como da ação penal:

Percebe-se que, talvez por uma influência corporativista, visando um indevido protagonismo do MP na investigação criminal, os autores citados invocam argumentos frágeis e que não encontram amparo em nosso ordenamento jurídico. Ora, se nenhuma providência probatória pudesse ser tomada sem a consulta do titular da ação penal, então nem o inquérito policial poderia ser instaurado pelo delegado de polícia, que também não poderia requisitar perícia, ouvir testemunhas, apreender objetos, etc. Se prevalecesse esse entendimento, a própria existência do inquérito policial perderia sentido¹².

O argumento de que o Ministério Público busca um protagonismo indevido na investigação¹³, parece um tanto quanto desarrazoado, porque ao ser o titular da ação penal pública deve possuir como uma de suas atribuições a investigação dos fatos tidos como criminosos¹⁴, já que é o maior interessado na obtenção de elementos de autoria e materialidade do delito.

¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58.

¹² NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Delegado de Polícia tem Legitimidade para celebrar colaboração premiada**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegadolegitimidadecelebrarcolaboracaopremiada#author>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

¹³ O que talvez exista, como expõem Gustavo Henrique Badaró em sua obra, é a falta de regulamentação legal sobre a forma que se conduzirá a investigação pelo Ministério Público, mas não quanto a sua constitucionalidade, uma vez que o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, já decidiu pela sua constitucionalidade. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pag. 154-155).

¹⁴ O autor Guilherme Madeira ao escrever sobre o tema aponta para a legitimidade do Ministério Público para a realização da investigação penal, tendo em vista a teoria dos poderes implícitos criada pela Suprema Corte Americana. Segundo a teoria, quando a Constituição atribui uma função para determinado órgão, lhe garante também os poderes necessários para realizá-la. DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 149.

A afronta à titularidade da ação penal é tão controvertida que levou a proponente de ação direta de inconstitucionalidade, questionando-se a constitucionalidade dos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013. Porém, ao final, a ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo-se a constitucionalidade dos dispositivos legais e, por consequência, entendendo-se como preservada a titularidade privativa da ação penal pública conferida ao ministério público.

3.1. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, § 2º DA LEI 12.850/2013 SEGUNDO O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

No recente julgamento da ADI 5508, como pode ser observado pelo informativo nº 907¹⁵ do Supremo Tribunal Federal, os ministros julgaram improcedente a ação proposta pelo procurador geral da república, considerando como constitucional e legítima a possibilidade de o delegado de polícia realizar as negociações no acordo de colaboração premiada.

No julgamento acima, os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, acompanharam o relator do caso, ministro Marco Aurélio¹⁶, e consideraram que pelo fato da colaboração premiada ser um meio de obtenção de provas e como ao delegado de polícia é a autoridade incumbida de realizar a investigação penal, não seria razoável restringir suas atribuições, bem como conferir tais poderes à autoridade policial em nada afetaria a titularidade da ação penal própria do ministério público.

Os Ministros Edson Fachin¹⁷, Rosa Weber e Luiz Fux¹⁸ divergiram em parte da maioria, na medida em que consideraram que a autoridade policial é legítima para a celebração do acordo, porém, a manifestação do Ministério Público é necessária e deve ser vinculante, o que tiraria do delegado de polícia a autonomia atribuída, porquanto o tornaria mero instrumento do ministério público para a realização da diligência.

Por sua vez, o ministro Dias Toffoli¹⁹ entendeu ser o delegado legitimado para realizar o acordo de colaboração premiada. Todavia, poderia propor somente os prêmios genéricos da redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos.

¹⁵ STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁶ O Ministro Marco Aurélio em seu voto atribui a legitimidade ao Delegado de Polícia para realizar o acordo de colaboração premiada, inclusive, com a possibilidade de representação pela concessão do perdão judicial se valendo dos argumentos de que seria prejudicial a concentração de tal prerrogativa apenas para os membros do Ministério Público; que o Delegado é quem preside com exclusividade o inquérito, com base na lei 12.830/2012; que a representação pela concessão do perdão judicial não viola o sistema acusatório, relacionando-se apenas com o poder de punir do Estado e retirar tal faculdade da Autoridade Policial apenas enfraqueceria a persecução penal e por fim aponta que o necessário para o combate à criminalidade é uma cooperação entre as instituições e não conflitos por corporativismo dos órgãos. Íntegra do voto vide: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁷ O ministro Luiz Edson Fachin julgou parcialmente procedente a ação, para, sem redução de texto, excluir a interpretação aos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013 que contemple poderes aos delegados de polícia para celebrar, sem a manifestação do Ministério Público, acordo de colaboração premiada. STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

¹⁸ STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>> Acesso em 31 de agosto de 2018).

¹⁹ O ministro Dias Toffoli julgou parcialmente procedente a ação para dar interpretação conforme à constituição legitimando a autoridade policial, mas desde de que, na sua proposta — art. 6º, 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, contudo exigindo

Assim, parece quase unânime que o delegado de polícia, ao realizar o acordo de colaboração premiada, não viola a titularidade do ministério público na propositura da ação penal. Não obstante, ao representar pelo perdão judicial, a autoridade policial realmente não interfere na propositura da ação penal, contudo pode vincular a decisão final do magistrado, pois como colocado por César Roberto Bitencourt, preenchidos os requisitos legais, o benefício deverá ser concedido:

Embora as opiniões dominantes concebam o *perdão judicial* como mero benefício ou favor do juiz, entendemos que se trata de *um direito público subjetivo de liberdade* do indivíduo, a partir do momento em que preencher os requisitos legais. Como dizia Frederico Marques, os benefícios são também direitos, pois o campo do *status libertatis* se vê ampliado por eles, de modo que, satisfeitos seus pressupostos, o juiz é obrigado a concedê-los. Ademais, é inconcebível que uma causa extinta da punibilidade fique relegada ao puro arbítrio judicial.²⁰

O que se observa é que como os requisitos²¹ para a concessão do perdão judicial que, no caso da Lei 12.850/2013, seria a colaboração eficaz e a representação da autoridade policial ou requerimento do ministério público, o magistrado estaria obrigado a concedê-lo na medida em que homologado o acordo em momento anterior à sentença, avaliando como efetiva a colaboração realizada.

Destarte, caso o *parquet* se manifeste contra a concessão do perdão, mas a autoridade policial represente pela benesse, o juiz, ao final do processo, deverá concedê-lo, proferindo, portanto, decisão contrária à pretensão do titular da ação penal, com base na manifestação de autoridade que sequer é sujeito processual.

Esse é o posicionamento exposto por Eduardo Araújo da Silva:

Aliás, se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia e o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do jus puniendi estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das

antes a manifestação, sem caráter vinculante, do Ministério Público. STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 886.

²¹ 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. (BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Lei das Organizações Criminosas**, artigo 4º, §6º, Diário Oficial da União, Brasília, 16 de setembro de 2013).

funções acusatórias em juízo. Em caso semelhante, quando da discussão sobre a possibilidade de acordo entre o acusado e o juiz para fins de suspensão condicional do procedimento *ex-officio* (art. 89 da Lei no 9.099/95), a jurisprudência dos Tribunais Superiores pacificou-se no sentido da impossibilidade de outro órgão dispor da ação penal pública.²²

Portanto, após a decisão de improcedência da ADI 5508, a representação da autoridade policial pela concessão do perdão judicial não ofende a titularidade da ação penal pública estipulada ao ministério público pela Constituição da República, todavia, acaba vinculando a decisão final do magistrado, pela representação do delegado de polícia que não é parte no processo.

4. ANÁLISE ACERCA DAS POSSIBILIDADES PARA PRESERVAÇÃO DAS FUNÇÕES ACUSATÓRIAS

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, busca-se a medida mais correta, a fim de se preservar o sistema acusatório e, por corolário, garantir que as funções atribuídas ao ministério público, no que diz respeito à propositura e condução da ação penal pública, sejam preservadas.

Inicialmente, a lei 12.850/2013 traz uma possibilidade que se mostra equivocada para o presente caso, conforme § 2º do artigo 4º do diploma legal. A medida apresentada é a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, que determina a remessa dos autos ao procurador-geral de justiça:

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 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.

O supracitado refere-se à remessa dos autos ao procurador-geral de justiça por motivo de discordância pelo juiz quanto ao pedido de arquivamento. No entanto, o que a Lei 12.850/2013 tenta estabelecer é uma saída para o ministério público no caso da concessão do perdão judicial em face de seu posicionamento contrário.

Andrey Borges de Mendonça defende a aplicabilidade do artigo no caso de colaboração premiada, porquanto também advoga a participação efetiva e vinculante do ministério público no acordo de colaboração premiada:

Assim, não nos parece possível a homologação de acordo que não tenha a efetiva participação do membro do MP ou, ao menos, a sua concordância. Nada impede que o MP ratifique o acordo feito, devendo ter cautela apenas em verificar a voluntariedade do agente. Porém, caso o Delegado realize

²² SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. pág 61

acordo e o membro do MP manifeste-se em contrário, somente caberá ao juiz, caso concorde com o Delegado, aplicar o art. 28 do CPP. Não poderá homologá-lo nesse caso²³

A medida proposta pela lei apresenta novamente uma afronta ao sistema acusatório, tal qual a legitimidade do delegado propor o perdão judicial, pois atribui ao chefe do ministério público o poder de realizar um ato - a concessão do perdão judicial - que é ato privativo do magistrado, ocorrendo mais uma usurpação da função de um sujeito processual pelo outro.

Assim, ensinam Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto ao tratarem o tema:

Não apreendemos no que consistiria, exatamente, a aplicação do art. 28 do CPP, conforme ressalvado na parte final deste dispositivo. Suponha-se que, requerido o perdão judicial pelo Ministério Público, o juiz indefira o pedido. Poderia ser invocado o art. 28 do CPP, com a remessa dos autos ao procurador-geral para que desse a última palavra sobre o cabimento ou não do benefício? Pensamos que não. Jamais poderia o chefe do “parquet”, com efeito, impor ao juiz a concessão do perdão que é ato privativo do Magistrado, quando da prolação da sentença²⁴.

Os autores propõem uma solução lógica que seria a interposição de recurso pelo membro do ministério público no caso de discordância da concessão do perdão judicial, a fim de que seja submetida a matéria à instância superior:

Vale destacar, em acréscimo, que na hipótese de acolhimento, pelo juiz, da representação policial a despeito do posicionamento contrário do Ministério Público, restará sempre a este órgão a possibilidade de recurso às instâncias superiores.²⁵

Entretanto, não é razoável imaginar que o ministério público tenha que aguardar todo o trâmite processual para demonstrar seu inconformismo com a decisão, assim, ainda que a solução pareça lógica, não se mostra eficaz tendo em vista o sistema judiciário brasileiro atual.

4.1 A INTERPRETAÇÃO DA LEI 12.850/2013 CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO SENDO A MEDIDA MAIS CORRETA A SER APLICADA

²³ MENDONÇA, Andrey Borges de. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à Lei 12.850/13**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 53.

²⁵ *Ibidem*, p. 56.

O ordenamento jurídico possui uma hierarquia entre as normas²⁶, sendo que nenhuma norma infraconstitucional deve se sobrepôr à Constituição Federal. Assim, caso uma norma se mostre contrária ao texto constitucional deverá ser declarada inconstitucional.

No que se refere ao texto legal sob análise no presente artigo, verifica-se, como já mencionado, que foi proposta ação direta de inconstitucionalidade, contudo tal ação foi julgada improcedente e a Lei 12.850/2013 teve a constitucionalidade do artigo 4º, §§ 2º e 6º preservada, mantendo a legitimidade do delegado de polícia para realizar o acordo de colaboração premiada.

Porém, a autoridade policial pode ser parte legítima para realizar o acordo de colaboração premiada, desde que não tenha ampla liberdade para garantir ao colaborador todos os prêmios previstos na lei, especificamente o perdão judicial.

Como a norma já foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o que se está propondo é que agora se realize a interpretação do artigo 4º, § 2º da Lei 12.850/2013, conforme a Constituição Federal, preservando-se principalmente a função acusatória conferida ao Ministério Público no sistema processual penal.

Alexandre de Moraes, ao escrever sobre o tema, define a interpretação conforme a Constituição da seguinte maneira:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.²⁷

Assim, o que se busca com tal técnica de interpretação é a preservação da norma, utilizando-a da forma que mais se adeque com os valores trazidos pela Constituição Federal, com o escopo de que não seja necessária a declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que esta seria a medida extrema, que apenas se justificaria em caráter excepcional.

No caso do § 2º do artigo 4º da Lei 12.850/2013, o que já ocorreu pelo julgamento da ADI 5508, foi a manutenção da constitucionalidade da norma, pois o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o requerimento do procurador geral da república. Por outro lado, caberia a utilização da

²⁶ Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed.ver.e.atual. São Paulo: atlas, 2014, p.785.

técnica da interpretação conforme a Constituição Federal²⁸ para preservar as funções conferidas ao Ministério Público.

A lei 12.850/2013 no artigo 4º estabeleceu os prêmios que podem ser concedidos ao colaborador por meio do acordo realizado pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia. Esses prêmios consistem em redução de até dois terços da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o perdão judicial que é o prêmio em análise neste artigo.

Não é razoável presumir que o delegado de polícia possa extrapolar suas competências ao realizar o acordo, assim, o que se mostra mais coerente em se tratando do assunto, é que ao delegado se permita realizar o acordo com o colaborador premiado, tendo em vista ser um meio de obtenção de provas inerente à atividade policial²⁹, entretanto, teria liberalidade para propor apenas os prêmios de redução ou substituição de pena, excluindo-se o perdão judicial sob pena de ofensa ao sistema acusatório. A limitação mostra-se necessária na medida em que ao representar pela concessão do perdão judicial, a autoridade policial vincularia a postura do ministério público no curso da ação penal, limitando-se sua atividade à luz do texto constitucional.

Portanto, a interpretação defendida no ensaio quanto à legitimidade do delegado no acordo de colaboração premiada é de que seja parte legítima para realizar o acordo de delação premiada, mas não poderá em hipótese alguma representar pela concessão do perdão judicial, reservando-se a possibilidade da propositura de tal prêmio apenas ao ministério público, que é o titular da ação penal pública e quem exerce de fato a função acusatória.

5. CONCLUSÃO

A titularidade da ação penal pública conferida exclusivamente ao Ministério Público pela Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, mostra de forma clara a opção do Brasil pela adoção do sistema penal acusatório, em que as partes têm suas funções muito bem definidas, sendo o magistrado imparcial no processo.

Ao conferir ao delegado de polícia a possibilidade de representar pela concessão do perdão judicial na colaboração premiada, está se admitindo a realização de atividade que não condiz com suas atribuições, assim como limitando o poder de atuação do *parquet*.

De fato, a celebração de acordo de colaboração premiada pelo delegado de polícia não viola a titularidade da ação penal pública, contudo, na hipótese de representação pela concessão do perdão

²⁸ Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há que se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1820.

²⁹ 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 a participação da autoridade que preside a investigação é fundamental (ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado> > Acesso em 02 de fevereiro de 2018).

judicial, mesmo com a discordância externada, pode-se vislumbrar vinculação indevida da sentença que será proferida.

Portanto, inegável o importante papel da autoridade policial na fase pré-processual. No entanto, o que deve ocorrer é uma interpretação da Lei 12.850/2013 conforme a Constituição Federal, admitindo-se, que a autoridade policial realize o acordo de colaboração premiada na fase investigatória. Por outro lado, em hipótese alguma poderá representar pela concessão do perdão judicial, sendo que apenas possui legitimidade para propor prêmios que não interfiram na persecução penal conduzida pelo ministério público e não vinculem a decisão final do magistrado.

6. REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração premiada e polícia judiciária: a legitimidade do delegado de polícia**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-29/academia-policia-colaboracao-premiada-policia-judiciaria-legitimidade-delegado>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5508, de 26 de abril de 2016**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=10843941&tipo=TP&descricao=ADI%2F5508>> Acesso em 26 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, artigo 127, Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Lei das Organizações Criminosas**, Diário Oficial da União, Brasília, 16 de setembro de 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**, Diário Oficial da União, Brasília, 3 de outubro de 1941.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à Lei 12.850/13**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Disponível em: <file:///C:/Users/Note/Downloads/2013_Direito_Publico_Andrey_delacao_premiada.pdf >. Acesso em 07 de setembro de 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed.ver.e.atual. São Paulo: atlas, 2014.

NETO, Francisco Sannini; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Delegado de Polícia tem Legitimidade para celebrar colaboração premiada**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/delegado-legitimidade-celebrar-colaboracao-premiada#author>> Acesso em 02 de fevereiro de 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Da Inconstitucionalidade da Proposta do Delegado de Polícia para Fins de Acordo de Delação Premiada: Lei nº 12.850/13**. São Paulo: 2013. Disponível em: <http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2013_delacao_premiada.pdf> Acesso em 27 jan. 2018.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei Nº 12.850/13**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STF. **Informativo 907, de 18 a 22 junho de 2018**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo907.htm>>. Acesso em 31 de agosto de 2018.