



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 177.071/2017-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.567/DF

Relator: Ministro **Alexandre de Moraes**
Requerentes: Partido Social Liberal (PSL)
Interessados: Presidente da República
Congresso Nacional

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS – LEI 12.850/2013. **ART. 2º, § 1º.** APLICAÇÃO DA MESMA PENA DO CRIME DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA AO DE OBSTRUÇÃO À JUSTIÇA ENVOLVENDO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DE PRECEITO SECUNDÁRIO DE NORMA PENAL INCRIMINADORA PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE RUPTURA COM O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS DELITOS. **ART. 2º, § 6º (IN FINE).** INTERDIÇÃO AO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA POR OITO ANOS APÓS CUMPRIMENTO DA PENA. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. EQUIPARAÇÃO DE TRATAMENTO COM IDÊNTICA INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA PARA EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO (ART. 1º, I, 10, DA LEI COMPLEMENTAR 64/1990, REDAÇÃO DA LC 135/2010 – “LEI DA FICHA LIMPA”). **ART. 2º, § 7º.** APURAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE POLICIAIS EM ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS PELA CORREGEDORIA DA POLÍCIA QUE NÃO OBSTA O PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **ART. 4º, § 14.** “RENÚNCIA” AO DIREITO AO SILÊNCIO E COMPROMISSO EM DIZER A VERDADE COMO PRESSUPOSTOS DE ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. “RENÚNCIA” QUE DEVE SER INTERPRETADA COMO “NÃO EXERCÍCIO” DE DIREITO FUNDAMENTAL.

1. O art. 2º, § 1º, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas) aplica ao tipo penal de obstrução à justiça envolvendo organizações criminosas as mesmas penas do crime

de participação em organização criminosa. A correspondência entre a reprovabilidade da conduta descrita no tipo penal e a pena cominada em abstrato para ele se encontram no campo de conformação do legislador. Não cabe ao Judiciário intervir em legítima opção político-legislativa de delimitação de preceito penal secundário, notadamente para substituí-lo por outro com sanções mais brandas. Precedentes.

2. O tipo penal do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 (impedir ou embaraçar investigação de infração penal que envolva organização criminosa) não é norma incriminadora demasiadamente aberta, capaz de romper com o princípio da tipicidade.

3. A interdição de exercício de função pública por oito anos subsequentes ao cumprimento de pena, constante do art. 2º, § 6º, *in fine*, da Lei 12.850/2013, busca assegurar paridade de tratamento com a interdição temporária prevista no art. 1º, I, e, 10, da Lei Complementar 64/1990 (Lei das Inelegibilidades), redação da Lei Complementar 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

4. Apuração de indícios de envolvimento de policiais em organizações criminosas por parte de corregedoria de polícia com acompanhamento, até o final do inquérito, pelo Ministério Público (art. 2º, § 7º, da Lei 12.850/2013) não obsta que o MP, investido de poder investigatório, instaure, por autoridade própria, procedimento de apuração criminal, notadamente quando envolvidos agentes ou organismos policiais. Precedentes.

5. O direito ao silêncio e sua decorrente garantia constitucional de não autoincriminação (arts. 5º, LIV e LXIII) proíbem coação estatal para que o acusado forneça prova contra si, mas não colaboração voluntária deste com fim de obter redução de pena ou outra vantagem de caráter premial negociada com o órgão acusador. O termo “renunciar” ao direito ao silêncio, constante do art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, deve ser entendido como “abrir mão do exercício”, não como renúncia definitiva àquele direito fundamental.

6. Parecer por improcedência do pedido.

1 RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Social Liberal (PSL) em face dos arts. 2º, §§ 1º, 6º e 7º; e 4º, § 14, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas), que “define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências”.

Em destaque estão as normas e trechos impugnados:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena – reclusão, de 3 ([...]) a 8 ([...]) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraçada a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 ([...]) a 2/3 ([...]):

I – se há participação de criança e adolescente;

II – se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática da infração penal;

III – se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV – se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V – se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

§ 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 ([...]) anos **subsequente ao cumprimento da pena.**

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até sua conclusão. [...]

Art. 4º O juiz poderá, 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 seguintes resultados: [...]

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Sustenta, em síntese, que o art. 1º, § 2º, seria inconstitucional por violação aos arts. 1º, III (princípio da segurança jurídica) e 5º, LIV (princípios do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade), por se tratar de tipo penal excessivamente aberto, vago e impreciso. Diz que “a descrição típica é extremamente aberta e gera absoluta insegurança sobre quais seriam os atos ou procedimentos que poderiam representar”. Acentua que a falta do advérbio

“indevidamente” permite criminalizar circunstâncias legítimas utilizadas pela defesa de cidadãos para impedir ou retardar andamento de investigações criminais. Pondera ser desproporcional “punir igualmente quem participa da organização criminosa e aquele que apenas embaraça a sua investigação”. No que se refere à expressão “subsequentes ao cumprimento da pena”, contida no art. 2º, § 6º, da lei, aponta violação art. 5º, LIV, da CR, por ser desarrazoado interditar exercício de função pública nos 8 anos seguintes ao término de pena privativa de liberdade. Afirma ser necessário afastar interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 12.850/2013 que atribua ao Ministério Público poder de instaurar procedimento para apurar participação policial nos crimes de que trata a lei, pois tal interpretação violaria o art. 144, §§ 1º e 4º, da CR. Quanto ao art. 4º, § 14, assevera que, ao impor a colaboradores o dever de compromisso legal de dizer a verdade, vulneraria a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito ao silêncio, garantias consagradas nos arts. 5º, LV, LVII e LXIII, da Constituição da República.

O então relator, Ministro TEORI ZAVASCKI, adotou o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 19).

A Presidência da República defendeu compatibilidade da Lei 12.850/2013 com a Constituição da República. Afirmou que a norma do art. 2º, § 1º, atendeu a disposição da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (conhecida como Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004).¹ Aduziu não ser vedada utilização

¹ “Artigo 23. Criminalização da obstrução à justiça.

de tipo penal aberto e que utilização do advérbio “indevidamente” não teria efeito prático, pois o “direito positivo resguarda exercício regular de direito como causa excludente de ilicitude”. Acentuou ser proporcional a pena em abstrato com o grau de reprovabilidade da conduta de indevidamente impedir ou embaraçar investigação penal que envolva organização criminosa. Relativamente à expressão “subsequentes ao cumprimento da pena”, contida no art. 2º, § 6º, destacou que a norma busca paridade com o disposto no art. 1º, I, e, 10, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990 (Lei das Inelegibilidades), com redação da Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010 (conhecida como “Lei da Ficha Limpa”). Quanto ao art. 2º, § 7º, asseverou ser inviável afastar o poder investigatório do Ministério Público quando apurado envolvimento de policial em crime de organização criminosa. Destacou que a natureza do acordo de colaboração torna legítima a “renúncia” ao direito a silêncio e exige do colaborador compromisso com a verdade. Ponderou que o termo “renúncia” não é empregado no sentido disposição de direito fun-

Cada Estado Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidas intencionalmente:

- a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção;
- b) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos”.

damental, mas no sentido de opção legítima do seu não exercício (peça 24).

O Congresso Nacional defendeu constitucionalidade dos dispositivos impugnados. Destacou o tipo penal do art. 2º, § 1º, possui núcleos facilmente identificáveis, pois se aplica a quem impeça ou embarace investigação penal que envolva organização criminosa. Logo, não se trata de tipificação excessivamente aberta. Afirmou que a sanção impeditiva do exercício de funções públicas nos 8 anos subsequentes ao cumprimento da pena (art. 2º, § 6º) não ofende o princípio da proporcionalidade. Ressaltou que o art. 7º, § 2º, não retira da polícia civil as funções de polícia criminal e a apuração de infrações penais e dá concretude à função de controle externo da atividade policial do Ministério Público. No que tange ao art. 4º, § 14, assentou não proceder a alegação de renúncia ao direito a silêncio, “uma vez que ninguém é obrigado a participar de colaboração premiada” (peça 26).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por improcedência do pedido (peça 28).

É o relatório.

2 DISCUSSÃO

2.1 ARTIGO 2º, § 1º DA LEI 12.850/2013

O art. 1º, § 1º, da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Lei das Organizações Criminosas), definiu organização criminosa como a

associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

As condutas de promover, constituir, financiar ou integrar, diretamente ou por interposta pessoa, organização criminosa passou a ser tipificada pela Lei 12.850/2013, com pena de reclusão de três a oito anos e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações praticadas (art. 2º).

O § 1º do art. 2º da Lei 12.850/2013 estabelece que “nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”.² Trata-se de preceito penal que atende mandado de criminalização do art. 23 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (conhecida como Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004).³ A pena em abstrato (preceito secundário) revela opção político-legislativa que, de acordo com o grau de reprovabilidade da conduta descrita no preceito incriminador, define a sanção

2 Observou corretamente a Presidência da República que o maior grau de reprovabilidade está ligada ao fato de que um dos escopos da Lei 12.850/2013 foi alterar mecanismos de persecução penal e, dessa forma, garantir maior eficácia à produção de provas. As condutas de indevidamente impedir ou embaraçar investigação de infração penal envolvendo organização criminosa podem ter o efeito de esvaziar um dos principais propósitos da lei, motivo pelo qual merecem maior repressão pelo legislador (peça 24 – folha 7).

3 *Vide* nota 1.

correspondente. Para EMERSON GARCIA, “o delineamento da norma proibitiva implícita no tipo penal e a cominação da respectiva sanção estão sujeitas à liberdade de conformação do legislador, que realiza os juízos valorativos que lhe são próprios”.⁴ A jurisprudência prevalecente do Supremo Tribunal Federal não admite intervenção do Judiciário em opção político-legislativa de cominação em abstrato de penas, sobretudo para substituí-la por sanções mais brandas, como se vê das decisões abaixo:

[...]. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma. [...].⁵

[...] A pretensão de ser alterada por meio de provimento desta Corte a sanção penal prevista em lei para o tipo de injúria qualificada implicaria formação de uma terceira lei, o que, via de regra, é vedado ao Judiciário. Precedentes: RE 196.509, rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 10.12.99; AI (AgR) 360.461, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 16.12.2005; RE (AgR) 493.234, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI [...].⁶

Não procede a alegação de que a falta do advérbio “indevidamente” no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 permitiria criminalização

4 GARCIA, Emerson. Aferição da proporcionalidade da pena cominada à infração penal: uma interpretação constitucionalmente (in)correta. Disponível em: < http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/211/77 > ou < <http://zip.net/bvtL3L> >. Acesso: 6 jul. 2017.

5 Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso extraordinário 443.388/SP. Relatora: Ministra ELLEN GRACIE. 18/8/2009, unânime. *Diário da Justiça eletrônico* 171, 11 set. 2009.

6 STF. 1ª Turma. *Habeas corpus* 109.676/RJ. Rel.: Min. LUIZ FUX. 11/6/2013, maioria. DJe 158, 14 ago. 2013.

de condutas legítimas da defesa. É correta a observação da Presidência da República de que a inclusão do termo não teria efeito prático, pois o direito positivo resguarda o exercício regular de direito como causa excludente de ilicitude (e não só no direito penal).

Descabe igualmente afirmar que se trata de tipo penal demasiadamente aberto, vago e impreciso. Há clara definição do objeto jurídico tutelado (administração da justiça), do sujeito ativo (qualquer pessoa – crime comum), do sujeito passivo (o estado) e do núcleo do tipo (impedir ou embaraçar)⁷ investigação de infração penal que envolva organização criminosa).

O art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013 define organização criminosa. Ainda que se pudesse considerar o art. 2º, § 1º, como tipo penal aberto, não há na norma penal incriminadora situação de incompreensão capaz de gerar ruptura com o princípio da tipicidade dos delitos.⁸

7 Esclarece NUCCI que “os termos são sinônimos, mas se pode extrair, na essência, a seguinte diferença: impedir é mais forte e provoca cessação; embaraçar é menos intenso, significando causar dificuldade. Tanto faz se o agente pratica um deles ou ambos os verbos, pois incide em crime único. A expressão ‘de qualquer forma’ é elemento normativo do tipo, de fundo cultural, sendo mesmo desnecessária, afinal, volta-se à conduta embaraçar, que significa perturbar. O seu significado já representa algo aberto, passível de se concretizar de qualquer modo” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2015).

8 O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* 70.389/SP, admitiu a subsistência de tipo penal aberto inscrito no art. 233 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Trata-se de preceito normativo que **encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado**, eis que o delito de tortura – por comportar formas múltiplas de execução – caracteriza-se pela inflicção de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. – **A norma inscrita no art. 233 da Lei 8.069/90, ao definir**

A alegação de inconstitucionalidade é inconsistente.

2.2 ART. 2º, § 6º

(INTERDIÇÃO PARA EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA)

Sustenta a requerente ser desarrazoado interditar exercício de função ou cargo público nos oito anos seguintes ao término de pena privativa de liberdade (art. 2º, § 6º, *in fine*, da Lei 12.850/2013). Não procede a alegação.

A norma busca assegurar paridade de tratamento relativamente ao disposto no art. 1º, I, e, 10, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990 (Lei das Inelegibilidades), com redação da Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010 (conhecida como “Lei da Ficha Limpa”), consoante o qual são inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação **até transcurso do prazo de 8 anos após cumprimento da pena**, pelos crimes praticados por **organização criminosa**, quadrilha ou bando. Entendeu o Supremo Tribunal Federal, relativamente à interdição do art. 1º, I, e 10 da LC 64/1990, com a LC 135/2010, ser razoável e proporcional a interdição temporária para exercício de mandato eletivo:

o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos” (STF. Plenário. HC 70.389/SP. Rel.: Min. SYDNEY SANCHES. 23/6/1994, maioria. *DJ*, 10 ago. 2001 – sem destaque no original).

12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado.

13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas “c”, “d”, “f”, “g”, “j”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10. Vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia subtração, do prazo de 8 ([...]) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado.⁹

Se é razoável e proporcional interditar exercício de mandato eletivo nos oito anos subsequentes ao cumprimento de pena privativa de liberdade pela prática de crime de organização criminosa, com mais razão será justificada a medida para ocupar cargo ou função pública. Organizações criminosas têm cada vez mais utilizado a máquina pública para atingir seus intentos criminosos. A corrupção e participação de agentes públicos tem sido essencial para viabilizar execução de atos ilícitos por organizações criminosas.

Por conseguinte, é plenamente justificada a medida de interditar a ocupação de cargo ou exercício de função pública pelo prazo de oito anos subsequente ao cumprimento da pena.

9 STF. Plenário. ADI 4.578/DF e ações declaratórias de constitucionalidade 29/DF e 30/DF (julgamento conjunto). Rel.: Min. LUIZ FUX.

2.3 ART. 2º, § 7º (CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL E PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO)

O art. 2º, § 7º, da Lei 12.850/2013 estabelece que “se houver indício de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria da Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até sua conclusão”.

Trata-se de projeção legal da função institucional do Ministério Público de controle externo da atividade policial que **não subtrai** do MP – nem poderia, sob pena de inconstitucionalidade –, seu poder investigatório.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário 593.727/MG, afirmou, em repercussão geral, que a Constituição “não torna investigação criminal exclusividade da polícia, nem afasta os poderes de investigação do Ministério Público” e consolidou a seguinte tese para aplicação aos demais processos envolvendo idêntica controvérsia jurídico-constitucional:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, ne-

cessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.¹⁰

No que tange à apuração de crimes envolvendo agentes policiais, diante do risco de favorecimento interno ou de inércia deliberada na apuração dos delitos praticados por esses agentes, com maior razão se legitima o reconhecimento de poderes investigatórios ao MP, como decorrência direta do controle externo da atividade policial. A esse respeito, observa o Ministro CELSO DE MELLO:

[...] se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do *Parquet*, em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, **excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais**, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão do Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal.¹¹

Portanto, a pretensão de afastar interpretação do art. 2º, § 7º, da Lei 12.850/2013 que permita ao Ministério Público instaurar procedimento investigatório próprio para apurar envolvimento de policiais em organização criminosa milita em sentido contrário ao

10 STF. Plenário. Recurso extraordinário com repercussão geral 593.727/MG. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. Redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES. 14/5/2015, maioria. *DJe* 175, 8 set. 2015.

11 STF. Segunda Turma. HC 89.837/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 20/10/2009, un. *DJe* 218, 20 nov. 2009.

definido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e significa postulação de interpretar a Constituição segundo a lei, quando a diretriz hermenêutica obedece sentido contrário. vale lembrar o postulado que J. J. GOMES CANOTILHO invoca, de que normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (interpretação da constituição conforme as leis – *gesetzkonforme Verfassungsinterpretation*).¹² O verdadeiro autor da ideia, WALTER LEISNER, fala de “interpretação da Constituição segundo a lei”.¹³ O intérprete e aplicador do direito deve fazer leis e demais normas infraconstitucionais adaptar-se ao ordenamento constitucional, não este àquelas, a fim de não conferir à constituição caráter demasiadamente aberto, a ser preenchido a seu talante pelo legislador ordinário, e de não se chegar a interpretações constitucionais inconstitucionais.¹⁴

Não cabe à lei delimitar os poderes investigatórios do Ministério Público outorgados pela Constituição da República como decorrência de suas funções institucionais, entre elas a de controle externo da atividade policial, que fundamenta e dá substância à investigação direta pelo Ministério Público sobre participação em delitos de agentes ou organismos policiais.¹⁵

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1106.

13 LEISNER, Walter. “Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung”, inicialmente publicado no *Juristenzeitung* de 1964, p. 201-205, agora reproduzido in: _____. *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 276-289 (p. 281).

14 CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, obra citada na nota 12, p. 1.106.

15 Nesse sentido, destaca RENATO BRASILEIRO DE LIMA:

2.4 ART. 4º, § 14 (COLABORAÇÃO PREMIADA E “RENÚNCIA” AO DIREITO AO SILÊNCIO)

O direito ao silêncio é decorrência da proteção a pessoas acusadas ou investigadas de depor contra si mesmas (*privilege against self-incrimination* – privilégio contra autoincriminação), prevista no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁶ É direito público subjetivo que assiste “a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la” e “não autoriza órgãos estatais a dispensarem tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental”.¹⁷

“Como o art. 2º, § 7º, da Lei 12.850/2013 dispõe que a investigação será presidida pela Corregedoria de Polícia, que deverá comunicar o fato ao *Parquet* para fins de acompanhamento do procedimento investigatório, há quem entenda que estaria afastada a possibilidade de as investigações serem realizadas diretamente pelo Ministério Público.

Não nos parece ser esta a melhor conclusão, a não ser que se queira interpretar a Constituição Federal à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. Ora, por mais que o dispositivo sob comento tenha a pretensão de atribuir à respectiva Corregedoria de Polícia a exclusividade da investigação de policiais envolvidos em organizações criminosas, é evidente que tal preceito não pode se sobrepor aos dispositivos constitucionais que dão amparo à investigação realizada diretamente pelo Ministério Público” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 501).

16 “Artigo 8. Garantias judiciais. [...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]
g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; [...].”

17 STF. Pleno. HC 79.812/SP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 8/11/2000, un. DJ, 16 fev. 2001.

É direito fundamental integrante da cláusula do devido processo legal substantivo¹⁸ (Constituição da República, art. 5º, LIV), que, por mandamento constitucional expresso (CR, art. 5º, XLIII),¹⁹ deve ser informado ao preso. Esclarece LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO que o direito à não autoincriminação “proíbe coação para que o acusado forneça provas contra si, **não a colaboração** nem as intervenções corporais legítimas”.²⁰

Daí dispor o art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, que “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença do seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. A incorreta utilização do termo “renunciará” tem gerado equívoco por parcela da doutrina que entende ser inconstitucional a exigência, porque se trataria o direito ao silêncio de “direito fundamental irrenunciável”.²¹

18 STF. Segunda Turma. Agravo regimental no HC 111.567/AM. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 5/8/2014, un. *DJe* 213, 30 out. 2014.

19 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]”.

20 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Comentário ao art. 5º, XLIII. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 458 [sem destaques no original].

21 Incorrem no equívoco, por exemplo: BITENCOURT e PAULO BUSATO (BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – Lei 12.850/13*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134-135); GABRIEL HABIB (HABIB, Gabriel. *Leis Penais especiais comentadas*. Tomo II. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 50-51; OS DELMANTO (DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Leis penais especiais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.036); LUÍS

Observa GUILHERME DE SOUZA NUCCI em relação ao art. 4º, § 14, que “não se trata de abrir mão definitivamente do direito, mas num determinado momento para o caso concreto”.²² No que se refere à imprecisão terminológica, esclarecem CLEBER MASSON e VINÍCIUS MARÇAL que, “ao se referir de forma imperativa à renúncia ao direito fundamental ao silêncio, o legislador parece ter ferido justamente uma das características marcantes dos direitos fundamentais, qual seja, a irrenunciabilidade”. Destacam que, “em matéria de direitos fundamentais, o que pode ocorrer é o seu não exercício, mas nunca sua irrenunciabilidade”, de modo que, “com a celebração do acordo de colaboração premiada, o colaborador faz, em verdade, opção pelo **não exercício** do direito constitucional ao silêncio, tudo mediante supervisão e orientação de seu defensor”.²³

Ao discorrer sobre a compatibilidade constitucional da colaboração premiada, FREDERICO VALDEZ PEREIRA destaca que, “para se argumentar pela inconstitucionalidade da colaboração por suposta violação do direito ao silêncio, ter-se-ia de considerar o direito dos acusados a não confessar como sendo direito irrenunciável, ou, apesar de voluntariamente renunciável, que o prêmio pela colaboração eliminaria a voluntariedade”. Esclarece que “a possibilidade de se atribuir efeito benéfico à confissão voluntariamente prestada, ainda que acres-

FLÁVIO GOMES e MARCELO RODRIGUES DA SILVA (GOMES, Luis Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 331-334).

22 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 611.

23 MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 183-184.

cida da colaboração revelativa, não importa violação do direito a não autoincriminação, tampouco o prêmio elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado”. Observa este:

Exatamente por ser sujeito processual, o réu pode, desde que livre e conscientemente, dispor de seu direito constitucional a não colaborar (CUERDA-ARNAU, 1995, p. 593-594); significa dizer que o direito em questão é, em todo caso, disponível, situando-se na esfera de liberdade do titular do direito a decisão sobre opor-se, total ou parcialmente, ou mesmo não se opor à imputação. Sendo assim, e acaso não pare dúvidas de que a escolha de colaborar foi feita livremente, a renúncia ao direito se insere na estratégia processual adotada pelo acusado.

Nesse sentido há posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol: *ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere* (ESPAÑA, 1987). Na mesma linha é a posição da Suprema Corte norte-americana, ao apreciar a constitucionalidade do *plea bargaining*, considerando que o *privilege against self-incrimination* da 5ª emenda garante ao acusado fazer opção por colaborar ou não com a acusação: *Waivers of constitutional rights not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences. On neither score was Brady's plea of guilty invalid [...].*”

Entender a prerrogativa em sentido oposto significaria considerar que o acusado tem algum dever fundamental de contrapor-se à pretensão punitiva, o que, por certo, inexistente. De qualquer modo, é importante mencionar ainda que não se há como refletir com base na confissão própria do processo medieval inquisitivo, a qual impunha ao órgão jurisdicional, independente de sua veracidade, a condenação do confitente. No atual sistema tem-se mero reconhecimento de fatos, que não importa em alguma eficácia vinculativa, não se presta a afastar a presunção de inocência, tampouco pode, isoladamente, determinar o conteúdo da decisão seque frente ao confitente.²⁴

24 PEREIRA, Frederico Valdez. *Compatibilização constitucional da colaboração premiada*. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/valdez.pdf> > ou < <http://zip.net/bwtLjd> >. Acesso: 11 jul. 2017.

O falecido Min. TEORI ZAVASCKI, ao homologar acordo de colaboração premiada firmado entre o Ministério Público Federal e DELCÍDIO DO AMARAL GÓMEZ, advertiu, quanto à expressão “renúncia” à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio, que esta deve ser interpretada “com a adição restritiva ‘ao exercício’ da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins”.²⁵

As exigências de **não exercício** do direito constitucional ao silêncio e de compromisso em dizer a verdade para celebração de acordo de colaboração premiada (art. 4º, § 14, da Lei 12.850/2013) não ferem o direito ao silêncio como garantia constitucional de não autoincriminação (CR, art. 5º, LIV e LXIII).

Trata-se de condição inerente ao acordo de colaboração premiada, porquanto não faria sentido nem seria compatível com a dinâmica e a teleologia do instituto que o colaborador invocasse direito ao silêncio quando chamado a dizer o que soubesse dos fatos sob investigação, concernentes a si e a outras pessoas. Isso frustraria por completo a atitude de colaboração que deve governar o colaborador e justificar as vantagens previstas em lei para sua pessoa.

De resto, nem todo direito fundamental é indisponível e irrenunciável. O direito a propriedade, por exemplo, é tido como fundamental, e nada impede que seu titular a ele renuncie. No caso do direito a não autoincriminação, importa considerar que a

25 STF. Petição 5.952/DF. Rel.: Min. TEORI ZAVASCKI. 14/3/2016, decisão monocrática. DJe 50, 17 mar. 2016.

colaboração premiada é, antes de tudo, direito do réu ou investigado, que a ela adere se convier a seus interesses. Abrir mão episodicamente ao direito a silêncio será estratégia da defesa para consumir o acordo, nunca imposição estatal.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República em exercício por improcedência do pedido.

Brasília (DF), 17 de julho de 2017.

José Bonifácio Borges de Andrada
Procurador-Geral da República em exercício